

# Université Paris II – Panthéon-Assas

École Doctorale d'Histoire du Droit, Philosophie du Droit et Sociologie du Droit

(ED8)

Thèse de doctorat en Droit  
soutenue le 22 octobre 2020

## La procédure, matrice des libertés anciennes : aux origines du droit au procès (XVI<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> siècles)

Thèse de Doctorat / octobre 2020



**JUAN MANUEL HERNANDEZ VELEZ**

Sous la direction du professeur François Saint-Bonnet (Université Paris II – Panthéon-Assas)

Membres du jury :

M. le Professeur Francesco Di Donato – Università degli Studi di Salerno, *rapporteur*

Mme le Professeur Soazick Kerneis – Université Paris – Nanterre, *rapporteur*

Mme Elina Lemaire Maître de Conférences HDR – Université de Bourgogne, *suffragante*

M. le Professeur Franck Roumy – Université Paris II – Panthéon-Assas, *suffragant*



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## **Remerciements**

*Mes remerciements s'adressent tout d'abord au Professeur François Saint-Bonnet. Il m'a témoigné dès la rédaction du mémoire de M2 une bienveillance sans faille et a jugé prometteur mon projet de thèse quand il n'était qu'une idée vague. Ses conseils avisés et la confiance dont il m'a toujours honoré m'ont aidé à surmonter les obstacles et à achever ce travail. J'espère que cette thèse sera à la hauteur de son exigence. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.*

*Ma reconnaissance s'adresse également aux Professeurs Francesco Di Donato, Soazick Kerneis et Franck Roumy, ainsi qu'à Madame Elina Lemaire, pour m'avoir fait l'honneur de siéger dans le jury de ma soutenance et d'évaluer le fruit de mes recherches et de mon analyse.*

*Parce qu'ils m'ont permis de donner un complément à mon travail de recherche et, avouons-le aussi, les moyens de financement, je remercie les différentes universités et équipes de travail avec lesquels j'ai pu travailler en tant qu'enseignant : au sein de l'Université de Cergy-Pontoise, de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne (en particulier les Professeurs Pierre Bonin, Anne Rousselet-Pimont et tout récemment Claire Lovisi) et de l'Université de Versailles (le Professeur Sophie Petit-Renaud et les MCF Mme. Claire Bouglé-Le Roux et M. Franck Monnier). Que ceux qui ont été mes élèves pendant ces années puissent également recevoir un modeste hommage en ces lignes.*

*Je souhaite remercier toutes les équipes des différents bibliothèques et centres de recherche fréquentés (IHD, Institut Villey, Bibliothèque d'Assas, BNF, Bibliothèque Cujas, BIS, BSG, École des Chartes) pour leur aide et dévouement ; ainsi que ceux – beaucoup plus anonymes – qui à travers le monde font le travail de numérisation des sources. Les choix de méthode et les résultats de ce travail doivent beaucoup à ces légions de travailleurs discrets.*

*Je tiens à exprimer ma gratitude envers Benjamin Lloret, Alexis Le Barbier, François Waquet, Samy Fellah et Louis Terracol, qui, pendant les derniers mois et dans un contexte bien particulier, ont lu attentivement plusieurs pages de ce travail, en m'apportant leurs corrections, remarques et conseils. Toute la responsabilité des éventuelles erreurs n'est attribuable qu'à ma négligence.*

*Je me tourne maintenant vers mes proches : ce travail est dédié à la mémoire de mon père et à la présence – lointaine mais presque palpable – de ma mère. Elle, qui m'a toujours soutenue de toutes les manières possibles, et pour qui mon parcours est un motif de fierté. Elle sait combien ce travail est l'achèvement d'un projet envisagé il y a longtemps, bien loin de ce pays. À ma sœur et à ma famille, je les remercie pour leur bienveillance, les mots d'encouragement et les moments chaleureux.*

*Aux ami.e.s, les amigues, plusieurs d'entre eux et elles qui sont comme la famille que j'ai trouvé après avoir traversé l'Atlantique, je vous suis redevable pour votre affection. Le temps de solitude de la thèse n'a jamais été un temps d'isolement. La solidarité qu'ils m'ont toujours témoignée et les merveilleuses expériences partagées ont fait de ces années non seulement un temps d'épanouissement intellectuel mais aussi de développement personnel.*

*Finalement, mes pensées vont à ma compagne Charlotte : merci de m'avoir soutenu pendant ces trois dernières années, avec mon entêtement et monothématisme, en plus des moments de tension caractéristiques de la dernière ligne droite. Le moment est enfin venu, la page est tournée. Maintenant, c'est le début d'une nouvelle histoire : celle avec notre descendance.*



## **Résumé :**

Cette étude retrace les fondements dogmatiques du droit au procès en France sous l’Ancien Régime. Pour ce faire, elle propose l’appellation plus abstraite de « droit subjectif aux formes juridiques » et analyse les différents discours qui durant l’époque moderne tendent à rapprocher les formes, formalités et procédures à la garantie de la liberté, jusqu’à faire de celles-ci le rempart par excellence contre l’arbitraire.

La procédure constitue la matrice des « libertés anciennes » : elle a été forgée théoriquement par la doctrine, traduite institutionnellement par la magistrature, réalisée légalement par les ordonnances, et mise en application – bien que très difficilement – par les gens de robe. L’analyse des discours sur la procédure permet par ailleurs de repérer que l’affermisssement du pouvoir étatique entraîne progressivement la subjectivation des énonces juridiques qui contiennent les normes procédurales. Ainsi, la conception spécifique des libertés anciennes entre en résonance avec sa traduction la plus contemporaine.

*Descripteurs : Formes juridiques – Droit au procès – Formalités – Procédure – Libertés publiques – Ancien Régime – Magistrature ancienne – Garanties judiciaires – Droits subjectifs*

## ***Procedures and the Development of Ancient Public Liberties: The Origins of Due Process of Law (France, 16th – 18th centuries):***

This research traces the dogmatical foundations of due process of law in Ancient Regime’s France. To do so, we propose the more abstract concept of “subjective right to legal forms”. This study analyses the different speeches that in the modern age connect forms, formalities, and procedures to the protection of rights and liberties, making those forms the more adequate defence against arbitrary measures.

Procedure constitutes then the source of the “ancient liberties”: it was theoretically shaped by the doctrinal works, translated into an institutional speech by the ancient magistracy, legally accomplished by the royal ordinances, and enforced, although with difficulties, by the judiciary. The examination of the speeches about procedure allows us to notice that the consolidation of the state’s power leads to the subjectivation of the legal statements containing procedural norms. Thus, the specific conception of the ancient liberties resonates with the contemporary version of them.

*Keywords: Legal forms – Right to due process of law – Formalities – Procedure – Public liberties – French Ancient Regime – Ancient magistracy – Judicial guarantees – Subjective rights*



## *Principales abréviations*

|                       |  |
|-----------------------|--|
| AFHIP                 | – Association française des historiens des idées politiques                                      |
| AFRI                  | – Annuaire français de relations internationales   |
| AHRF                  | – Annales historiques de la Révolution française   |
| APD                   | – Archives de philosophie du droit   |
| AN                    | – Archives nationales  |
| BNF                   | – Bibliothèque Nationale de France   |
| CJ                    | – Code de Justinien  |
| CT                    | – Code Théodosien  |
| CRMH                  | – Cahiers des recherches médiévales et humanistes  |
| D                     | – Digeste de Justinien   |
| FHS                   | – <i>French Historical Studies</i>   |
| HES                   | – Histoire, économie & société   |
| ISAMBERT              | – Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789... |
| JDCP                  | – Journal de droit comparé du Pacifique  |
| NRHDFE                | – Nouvelle revue historique du droit français et étranger  |
| ORF                   | – Ordonnances des Rois de France   |
| PUAM                  | – Presses Universitaires d'Aix-Marseille   |
| PULIM                 | – Presse Universitaire de Limoges  |
| PUR                   | – Presse Universitaire de Rennes   |
| <i>r</i> <sup>o</sup> | – <i>recto</i>   |
| RHFD                  | – Revue d'histoire des facultés de droit   |
| RHDFE                 | – Revue historique du droit français et étranger   |
| RFDC                  | – Revue française de droit constitutionnel   |
| RFHIP                 | – Revue française d'histoire des idées politiques  |
| RHMDC                 | – Revue d'histoire moderne et contemporaine  |
| RIDC                  | – Revue internationale de droit comparé  |
| RSIHPA                | – Revue de la société internationale d'histoire de la profession d'avocat                        |
| <i>v</i> <sup>o</sup> | – <i>verso</i>   |

« Le droit, au sens strict du mot, est donc l'enveloppe formelle de réalités en elles-mêmes beaucoup trop variées pour fournir avec profit l'objet d'une étude unique ; et il n'épuise aucune d'elles [...] »

BLOCH, Marc, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien* (1949)

# Sommaire

---

*Une table de matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage*

## **Introduction**

### **PREMIÈRE PARTIE : Penser le droit au procès**

#### **Titre I : La procédure comme fondement de la liberté**

Chapitre 1. Le respect de la procédure dans la production normative

Chapitre 2. Le respect de la procédure dans l'application des normes

#### **Titre II : Le zèle de la magistrature comme relais pour garantir le droit au procès**

Chapitre 3. Le respect des formes et des prérogatives des corps de la monarchie

Chapitre 4. L'observance des formes et les droits des sujets

#### **Conclusion de la première partie**

### **SECONDE PARTIE : Réaliser le droit au procès**

#### **Titre I : Les ambivalences du droit du procès dans l'administration de justice royale**

Chapitre 5. L'affirmation des garanties judiciaires

Chapitre 6. Les obstacles aux garanties judiciaires

#### **Titre II : L'appropriation du droit au procès dans le discours des réformateurs et des praticiens**

Chapitre 7. La procédure au cœur du débat constitutionnel du siècle des Lumières

Chapitre 8. Vers un droit au procès appartenant à l'individu

#### **Conclusion de la seconde partie**

### **Conclusion générale**



## Introduction

---

« Le plus complet épanouissement de l'ère de la liberté, marque aussi le règne de la plus pénible rigueur dans la forme [...]. C'est déjà un fait qui doit nous rendre attentifs de voir la forme disparaître précisément à l'époque où le bon plaisir souverain s'est mis sur le trône, s'affirmant ouvertement et sans voiles comme principe du droit public [...]. *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté.* »<sup>1</sup>

### *Forme et ordre juridique*

L'éloge de la forme chez Jhering est bien connu ; l'est moins le contexte dans lequel le grand théoricien du droit allemand du XIX<sup>e</sup> siècle l'a formulé. Il s'agit d'un éloge des formes du droit romain, étroitement lié à une anthropologie inhérente à cette civilisation antique, spécifiquement à l'époque républicaine<sup>2</sup>. Dans la droite ligne de Savigny, Jhering considère en effet que l'organisation sociale et les institutions – la constitution au sens large<sup>3</sup> – de la république romaine assuraient une liberté particulièrement étendue aux citoyens. Inversement, l'auteur vilipende le *princeps* et le volontarisme inhérent au régime impérial<sup>4</sup>. Il évoque par la suite, dans un registre plus théorique, ce qu'il appelle une « force d'attraction des formes » qui se manifeste de différentes manières. *Primo*, elle attire par son esthétique, car la forme « séduit le sens poétique [...], grâce à l'élément plastique et dramatique, avec le secours duquel elle sait embellir les événements de la vie ». *Secundo*, elle manifeste un *logos* car la

---

<sup>1</sup> JHERING, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Tome III, Paris, Marescq, 1877, p. 157-158 (nous soulignons).

<sup>2</sup> Sur cet aspect, voir l'analyse de l'œuvre de Montesquieu de : POUTHIER, Tristan, *La fonction des romains dans l'Esprit des lois*, 2006, disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268681/document> (consulté le 10 juin 2020).

<sup>3</sup> La *constitution* romaine ne fait pas exclusivement référence à l'organisation du pouvoir public – magistratures –, mais aussi au développement des formes sociales que grâce à la répétition deviennent juridiques. Voir sur ce sujet les remarques de : VILLEY, Michel, *Le Droit Romain. Son actualité*, Paris, PUF, 2012, p. 21-23.

<sup>4</sup> L'auteur fait référence tant au « régime césarien » qu'aux empereurs byzantins. JHERING, R., *L'esprit du droit romain...*, *op. cit.*, p. 157.

forme « flatte la sévère raison par l'ordre, la régularité, l'uniformité, la netteté de l'existence et de l'action humaine qui s'y manifestent ». *Tertio*, elle présente un aspect moral car la forme « imprime le sentiment du sérieux et de la solennité, parce qu'elle élève celui qui agit au-dessus de lui-même [...] ; parce qu'enfin, elle le place dans une corrélation sainte avec ceux qui l'ont précédé et ceux qui existeront après lui »<sup>5</sup>. Cette réflexion dévoile le caractère nécessaire, central, de la forme dans un ordre juridique, par opposition à une conception qui ne la regarde que comme accessoire.

Dans une vision plus politique – liée spécifiquement au libéralisme postrévolutionnaire –, Benjamin Constant fait de la notion un principe constitutionnel pour contrer l'arbitraire :

« Ce qui préserve de l'arbitraire, c'est l'observance des formes. Les formes sont les divinités tutélaires des associations humaines ; les formes sont les seules protectrices de l'innocence, les formes sont les seules relations des hommes entre eux. »<sup>6</sup>

Ces formes en question sont, bien entendu, celles qui disposent d'une valeur juridique : « il n'y a de sûreté publique que dans la justice, de justice que dans les lois, de lois que par les formes »<sup>7</sup>. Cet enchaînement de concepts « confine à l'oxymore »<sup>8</sup> car le rapport entre les formes et les libertés individuelles est pour le moins paradoxal : les premières sont les instruments pour garantir les secondes, lesquelles sont à leur tour déclarées par les formes légales.

Par-delà la force évocatrice de ces réflexions et des différences d'approches, elles impriment à la notion de *forme* un caractère atemporel, en particulier dans son

---

<sup>5</sup> JHERING, R., *ibid.*, p. 192. Jean-Paul Andrieux dans sa définition des « formes et procédures » fait écho à cette réflexion : « Au-delà des nécessités sociales, la forme offre au droit de s'élever, d'atteindre une dimension symbolique et de dévoiler par sa beauté formelle un attrait esthétique. Cette valeur symbolique supplémentaire ajoute encore à la pragmatique efficacité d'une fonction d'adaptation. Le droit s'ouvre alors à une autre dimension, celle de l'art », ANDRIEUX, Jean-Paul, *Verbo* « Formes et procédures », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012, p. 747. Savigny fait également référence à la solennité du formalisme qui implique une réflexion préalable à l'extériorisation de la volonté : « Dans l'intérêt de la prospérité des relations civiles, il est désirable que les conventions ne soient pas conclues à la hâte, mais qu'on réfléchisse mûrement aux conséquences qui en découleront. La nature du contrat solennel [...] tend à exciter cette attention sérieuse de l'esprit, et contribue ainsi à créer cette situation désirable », cité par : JHERING, R., *ibid.*, p. 181.

<sup>6</sup> CONSTANT, Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, A. Eymery, 1815, p. 292.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>8</sup> LAURENT-BONNE, Nicolas, « La dictée du testament authentique, un succédané de formalisme rituel », *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, Sandrine Tysseyre et Nicolas Laurent-Bonne (dir.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 12.

rapport avec l'ordre juridique<sup>9</sup>. Ainsi, c'est en partant d'une conception très générale de la forme que cette recherche envisage le dépassement du cadre chronologique que les études sur les libertés publiques retiennent traditionnellement<sup>10</sup>. L'usage juridique de la notion de forme peut éclairer les relations entre pouvoirs publics et individus tel que conçues par l'approche historique de la discipline de « libertés publiques »<sup>11</sup>. En effet, elle permet de distinguer deux perspectives : d'une part, les formes constituent un élément central du jugement que l'on peut porter sur l'élaboration et l'application des normes dans un régime politique (vision du « haut vers le bas »). D'autre part, elles rendent possible la réflexion sur le Droit en partant de l'individu auquel elles garantissent les libertés (vision du « bas vers le haut »).

De ces deux perspectives, on peut également déduire deux manières d'appréhender les formes juridiques, qui sont par ailleurs deux axes traversant la présente étude<sup>12</sup>. D'abord, elles peuvent être discernées grâce à leur capacité de produire un objet juridique (une « règle » ou une « norme ») qui fera partie de la réalité<sup>13</sup>. Ensuite, elles peuvent être appréhendées à partir d'un aspect psychologique, puisque les formes juridiques peuvent donner à l'individu la certitude « subjective » que le résultat produit – l'acte ou la décision – s'accorde à la réalité que l'ordre juridique prétend montrer. En d'autres termes, la fonction principale des formes juridiques est de dévoiler et de donner de la clarté à la vérité « réelle » ; elles ne se réduisent nullement à la production d'une vérité « formelle »<sup>14</sup>. Ainsi, dans la mesure où le rapport entre les formes dans l'ordre juridique et le réel devient explicite – au

---

<sup>9</sup> Chez Constant, il existe bien évidemment une césure entre les libertés des « Anciens » (les citoyens de l'Antiquité) et celles des « Modernes » (les citoyens de la post-Révolution). CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, dans : *Œuvres politiques*, Paris, Charpentier et Cie., 1874. En revanche, chez Jhering la césure est moins évidente, d'autant plus que l'exemple dans sa réflexion fait référence aux Anciens tel que Constant les considérait.

<sup>10</sup> Qui commence globalement après la Révolution de 1789. L'intitulé spécifique sur la périodisation dans cette étude se trouve *infra*, p. 37-38.

<sup>11</sup> SAINT-BONNET, François, « Histoire des libertés publiques », P. Wachsmann et F. Picod (dir.), *Jurisclasseur Libertés publiques*, fasc. 10, édition mise à jour décembre 2010, 21 p.

<sup>12</sup> Jhering identifie ces deux aspects dans sa réflexion, quoique d'une manière un peu différente : « Nous avons à distinguer soigneusement deux espèces d'avantages : ceux qui sont inhérents à la forme comme telle, et se reproduisent par conséquent pour tous les actes *formels* (avantages *généraux*) et ceux qui reposent sur l'élément morphologique d'une forme isolée, à laquelle ils sont propres (avantages *spéciaux*) [...] ». JHERING, R., *L'esprit du droit romain...*, *op. cit.*, p. 177-185.

<sup>13</sup> Il y a plusieurs degrés de « production d'une réalité juridique » à travers les formes : dans les rapports entre particuliers, la *forma* des romains est évoquée par ANDRIEUX, J.-P., « Formes et procédures », *Dictionnaire de la culture juridique...*, *op. cit.*, p. 746. Également, en matière d'obligations la forme *ad substantiam actus* est conçue comme nécessaire pour l'existence de l'acte juridique. En matière de *iurisdictio*, les *actiones legis* produisent un rapport juridique entre deux parties et le pouvoir public.

<sup>14</sup> Ces deux manières d'appréhender les formes ont un rapport évident avec la dichotomie légalité/légitimité d'une norme dans un ordre juridique. La première étant assimilée à la légalité, la seconde à la légitimité. On y reviendra.

travers d'un objet concret ou d'une fiction juridique<sup>15</sup> –, un bref détour historique sur la relation entre réflexion philosophique sur la forme et droit s'impose.

### *De l'eidos et l'idea aux formes juridiques et judiciaires*

Le panorama historique proposé est limité à la philosophie européenne qui précède celle de notre étude – de l'Antiquité au XIV<sup>e</sup> siècle, retenant les auteurs et la périodisation que les manuels d'histoire de la pensée politique et juridique opèrent<sup>16</sup>. Comme l'intitulé l'indique, seront soulignés les aspects dans lesquels convergent les réflexions proprement « philosophiques » et le droit.

Les Grecs sont les premiers à proposer une réflexion philosophique sur la notion de forme. Trois mots font référence au concept dans lequel est implicite une « épistémologie fondée sur le visible »<sup>17</sup> : εἶδος (*eidos*), ἰδέα (*idea*), μορφή (*morphè*)<sup>18</sup>. Chez les présocratiques, ils font davantage référence aux réalités corporelles ou matérielles et ne servent que subsidiairement de critère de classification des choses – ce qui suppose une certaine abstraction. En revanche, ils n'expriment aucunement les réalités idéelles de la pensée de Platon.

Il est en effet le premier philosophe à proposer une théorie des formes – la « Doctrine des Idées » – disposant d'une réalité intelligible et se faisant l'expression la plus parfaite du réel. Platon accuse les sophistes d'abuser du langage pour persuader le public de ce qui est le « vraisemblable » et non pour chercher à démontrer la « vérité »<sup>19</sup>. Il opère ainsi une césure entre le *fond* (le sujet traité dans un discours) et la *forme* (le langage et sa technique, c'est-à-dire la rhétorique). Sous l'emprise des

---

<sup>15</sup> La fiction juridique est toujours un objet qui suppose sa fausseté voir THOMAS, Yan, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 175-176, juillet-septembre 2005, p. 127-129, disponible sur : <https://journals.openedition.org/lhomme/29519> (consulté le 15 juin 2020).

<sup>16</sup> Parmi ces manuels : BILLIER, Jean-Cassien, et MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001 ; FASSO, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, 3 vol., Roma, GLF editori Laterza, 2001 ; VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013.

<sup>17</sup> De sorte que la forme des objets est conçue dans leur rapport spatial. Elle est en contraste avec une épistémologie fondée sur l'audible, telle que la philosophie d'Héraclite la propose. SOMVILLE, Pierre, « Note introductive : εἶδος et le visible », *Philosophie de la Forme. Eidos, Idea, Morphe dans la philosophie grecque des origines à Aristote*, Actes du colloque interuniversitaire de Liège, 29 et 30 mars 2001, Louvain-La-Neuve, éditions Peeters, 2003, p. 13.

<sup>18</sup> Les deux premières partagent par ailleurs la même racine indo-européenne « qui connote à la fois l'idée de voir et celle de savoir ». MOTTE, André, « Les philosophes préclassiques », *Philosophie de la Forme...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>19</sup> Cf. les dialogues *Gorgias* et *Phèdre* de Platon.

sophistes, cette dernière s'éloigne de la connaissance, de la vérité et du bien<sup>20</sup>. Platon propose alors sa Doctrine des Idées : les notions d'*eidos* et d'*idea* expriment, outre des réalités sensibles, une réalité universelle et transcendante. Elles n'indiquent pas une *forme* « extérieure » mais une *idée* qui est le modèle par excellence de ce qu'elles désignent : « la chose en soi »<sup>21</sup>.

La Doctrine platonicienne des Idées a un rôle majeur dans la réflexion postérieure sur les lois en tant qu'objets juridiques. Or elle témoigne d'une ambivalence qui demeure à l'époque moderne : la loi est considérée comme un « artefact » – elle renvoie donc à une réalité sensible, mais est envisagée comme un universel dépassant la raison individuelle<sup>22</sup>. Quoi qu'il en soit, la réflexion de Platon sur la forme y compris sur les formes de gouvernement exposées dans *La République* a une postérité considérable, très tôt servie par la critique d'Aristote.

En opposition à la Doctrine des Idées platonicienne qui enferme dans un espace « figé »<sup>23</sup>, la théorie physique de la connaissance élaborée par Aristote est animée par la notion de mouvement<sup>24</sup>. La forme est alors conçue en prenant en compte l'aspect spatial aussi bien que le temporel car la notion d'« être en tant qu'être » (*ousia*, communément traduite par « substance ») implique un devenir, un « acte en puissance » de la matière dans lequel la forme est l'élément stable<sup>25</sup>. Le Stagirite en déduit une certaine hiérarchie des éléments de l'être : la forme (majoritairement par le vocable *eidos*) qui est une substance première (*ousia prôte*) est supérieure aux autres éléments de l'« être en tant qu'être » – la matière (*hulé*) et le composé des deux. Il avance deux arguments pour expliquer cette hiérarchisation : premièrement, la forme

<sup>20</sup> Voir sur ce sujet : IJSSELING, Samuel, « Rhétorique et philosophie. Platon et les Sophistes, ou la tradition métaphysique et la tradition rhétorique », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 74, n°22, 1976, p. 193-210.

<sup>21</sup> Les exemples de l'*Euthyphron* et le *Cratyle* montrent l'ampleur de la formule. BERTI, Enrico, « Conclusions générales du colloque », *Philosophie de la Forme...*, *op. cit.*, p. 654. En revanche, la notion voisine de *morphè* reste cantonnée au domaine des réalités sensibles.

<sup>22</sup> Le philosophe doit parvenir justement à l'universel. Ce paradoxe théorique devient une difficulté pratique au moment de considérer l'obéissance aux lois, dont Platon donne une réponse toute aussi paradoxale. Voir : GOLDIN, Owen, « Qu'est-ce qu'une loi dans les Lois », *RFHIP*, vol. 16, no. 2, 2002, p. 247-258. Janine Chanteur voit au contraire une unité dans la théorie des lois et du législateur platonicienne : « La législation est l'acte du dialecticien [...]. Les lois sont l'acte même de la dialectique, car elles se déduisent de la connaissance de l'intelligible [...]. Elles sont la transcription, en termes de commandement, de ce qu'est la dialectique en termes de connaissance. L'*archè* du philosophe-roi exprime à la fois le commandement et la légitimité de ce commandement [...] », CHANTEUR, Janine, « La loi chez Platon », *APD*, Tome 25, 1980, p. 146.

<sup>23</sup> Sur l'emploi des mots *eidos* et *idea* en tant qu'acceptions de « forme », le Stagirite continue globalement à leur le même sens sémantique que l'on trouve chez Platon, même si les différences entre les deux théories des idées sont évidentes : « la transcendance des unes [Platon] et l'immanence des autres [Aristote] n'empêche pas leur extrême proximité sémantique ». STEVENS, Annick, « Aristote, philosophie théorique : essai de conclusion synthétique », *Philosophie de la Forme...*, *op. cit.*, p. 577.

<sup>24</sup> C'est l'opinion majoritaire des commentateurs, *contra* : BRUNNER, Fernand, *Platonisme et aristotélisme : la critique d'Ibn Gabirol par Saint-Thomas*, Louvain, Publications universitaires de Louvain Béatrice-Nauwelaerts, 1965.

<sup>25</sup> C'est la principale raison pour laquelle la réponse donnée à Parménide est polyvalente : « l'être se dit de plusieurs façons ».

« sépare » et « détermine » la matière, critères nécessaires pour que la dernière devienne une substance<sup>26</sup>. *Secundo*, le composé de la matière et la forme supposent la préexistence de la dernière pour que le composé puisse exister<sup>27</sup>. Cette réflexion métaphysique se concrétise dans la pensée politique d'Aristote relative aux formes de gouvernement ou à la constitution des cités. Par ailleurs, sa pensée donne une importance accrue à l'adjectif *formel* à travers la théorie des quatre causes – dont la cause *formelle*<sup>28</sup> –, reprise par la scolastique médiévale.

La philosophie grecque est riche d'une réflexion spéculative sur les « réalités sensibles »<sup>29</sup>. Au contraire, l'Antiquité romaine est moins féconde dans sa pensée strictement philosophique sur les formes. Le « vide philosophique » de la pensée politique républicaine est bien connu ; l'expulsion des philosophes grecs à la demande de Caton le censeur en étant un révélateur emblématique<sup>30</sup>. Toutefois, la méfiance des conservateurs de la tradition républicaine à l'égard des philosophes n'est pas un obstacle pour qu'une réflexion authentiquement romaine sur les formes surgisse. Travail collectif plus que d'un maître qui « fait école »<sup>31</sup>, elle est liée aux éléments qui caractérisent la société républicaine, à savoir la trinité romaine religion, autorité et tradition<sup>32</sup>. Le résultat est novateur pour son époque : le « droit en tant que forme », selon la formule d'Aldo Schiavone<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> Sans la forme, la matière est pour ainsi dire rien, cf. *Métaphysique*, Z, 3, 1029a20-26. Voir : CARBONELL, Claudia, *Movimiento y forma en Aristóteles*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2007, p. 173-174.

<sup>27</sup> La logique temporelle de l'argument est ici évidente, la hiérarchisation est faite dans un rapport entre deux choses, dont une qui précède l'autre. *Métaphysique*, Z, 3, 1029a5-7. CARBONELL, C., *Movimiento y forma en Aristóteles...*, op. cit., p. 175.

<sup>28</sup> « Dans ce cadre, la forme [...] s'enrichit d'une signification nouvelle [...], qui la rend plus dynamique, c'est-à-dire capable d'expliquer le mouvement, le changement, le développement. Elle n'est plus seulement un objet à contempler, ou un objet dont on s'inspire pour fabriquer quelque chose ou même pour comprendre la réalité, mais elle est un principe qui, d'une certaine manière, agit ou au moins dirige l'action ». BERTI, E., « Conclusions générales... », *Philosophie de la Forme...*, op. cit., p. 661.

<sup>29</sup> On peut évoquer le grand nombre d'écoles créées à Athènes à l'initiative d'un maître : l'académie de Platon, le lycée d'Aristote, l'école cynique d'Antisthène, l'école du Portique de Zénon – stoïcisme –, la philosophie du Jardin d'Épicure – épicurisme –, le cyrénaïsme d'Aristippe, entre autres.

<sup>30</sup> Il s'agit des philosophes Carnéade de l'Académie et Diogène philosophe stoïcien. PLUTARQUE, *Caton l'Ancien*, XXII, 1-7. Voir sur ce sujet : BERNS, Thomas, « Absence de la philosophie à Rome et présence de Rome à la philosophie (Caton, Polybe et Cicéron) », *Revue de Philosophie Ancienne*, Vol. 22, No. 1 (2004), p. 107-120.

<sup>31</sup> La tradition juridique romaine retient deux grandes écoles issues de deux maîtres, via l'*Enchiridion* de Pomponius : Capiton et Labéon, dont les écoles des jurisconsultes sabinienne (conservatrice) et proculienne (novatrice). Si cette opposition n'est nullement évidente, les controverses doctrinales entre les deux écoles existaient belle et bien. Voir sur ce sujet : GAUDEMET, J., *Les naissances du droit...*, op. cit., p. 270-280, en particulier la note de bas de page n° 44.

<sup>32</sup> Voir les remarques de Hannah Arendt sur le caractère sacré de la fondation de Rome et la religion qui en découle. ARENDT, Hannah, « Qu'est-ce que l'autorité ? », *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 158-164.

<sup>33</sup> « Le droit est une forme qui a envahi la modernité, dont il est rapidement devenu l'élément irremplaçable, et c'est une forme inventée par les Romains [...]. C'est à Rome seulement que le travail d'ordonnement inévitablement présent dans toute communauté fut très tôt réservé et de façon rigoureuse, à un groupe de spécialistes, puis se transforma en une technologie sociale au statut fort, qui [...] allait isoler la fonction juridique et ses experts, les « juristes » [...], la détachant de toute autre production culturelle ou centre institutionnel [...], pour en permettre une identification autonome, nette et définitive. » SCHIAVONE, Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011, p. 13-14.

Si l'autonomie des formes juridiques – devenues une discipline à part entière – est inédite, l'épistémologie dont elles sont tributaires provient de la philosophie grecque. Dans l'œuvre de Quintus Mucius Scaevola (†-87), les formes exprimées dans les *caput* (chapitres) sont des abstractions, à la manière de la *diareisis* platonicienne<sup>34</sup>. De même, Cicéron (†-43), reprend dans ses développements sur le droit la distinction aristotélicienne des *genres* (pour « les réduire à un nombre déterminé, aussi petit que possible »<sup>35</sup>) et des *espèces*. Enfin, l'influence grecque est patente dans des œuvres plus tardives telles que les *Institutes* de Gaius (†180). La classification du *jus civile* renvoie en effet à trois formes (au sens de *genres*) : personnes, choses et actions<sup>36</sup>. Le « formalisme » romain tant évoqué par les manuels de droit est ainsi le résultat d'une réflexion sur les formes abstraites appliquée aux objets concrets du droit tel qu'il était pratiqué par les habitants de l'Empire ; il ne traduit pas forcément une tendance ou une aptitude à multiplier les actes extérieurs liés à la validité d'un droit<sup>37</sup>.

Parmi les trois grandes formes-*genres* que les juristes romains proposent, les *actiones* sont les plus à même d'être rapprochées de la prédétermination d'une expression extérieure de la volonté individuelle pour aboutir à l'existence d'un droit<sup>38</sup>. Ainsi, les formalités qui doivent être suivies en cas de litige sont bientôt identifiées à la conception actuelle de « procédures en justice » ; d'autant que les *actiones* supposent que le particulier entreprend un double processus d'expectative et d'obéissance vis-à-vis de la puissance publique<sup>39</sup>. La redécouverte du *corpus* de Justinien au XI<sup>e</sup> siècle montre la force de cette réflexion autour les formes juridiques romaines qui deviennent le modèle technique de la justice des royaumes d'Europe.

L'avènement du christianisme influence également de manière graduelle la réflexion sur les formes juridiques. Sa figure de proue dans le contexte de la romanité est Augustin d'Hippone (†430). De sa « jurisprudence théologique »<sup>40</sup>, deux aspects sont à retenir pour ce qui concerne cette étude. D'une part, sa transposition de la

<sup>34</sup> Sans pourtant se confondre complètement avec la méthode platonicienne, tel que l'explique Aldo Schivaone. *Ibid.*, p. 258-259.

<sup>35</sup> CICERON, *De oratore*, 1.41.186-42.191. Cité par : *Ibid.*, 260.

<sup>36</sup> GAIUS, *Institutes*, livre I, 2-8.

<sup>37</sup> Pour Michel Villey l'apport « scientifique » vient essentiellement des Grecs ; VILLEY, Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 34-35. *Contra* : SCHIAVONE, A., *Ius. L'invention du droit...*, *op. cit.*, p. 254-269.

<sup>38</sup> L'on songe notamment aux exemples très rituels de la procédure des *actiones leges* des XII Tables. Néanmoins, cette prédétermination extérieure d'un acte n'est nullement exclusive des *actiones*, comme il est noté par plusieurs auteurs, y compris Jhering.

<sup>39</sup> L'expectative de la décision favorable (de l'acceptation de la demande à la sentence finale) mais aussi l'obéissance en cas de décision contraire à ses prétentions.

<sup>40</sup> Le sens de *jurisprudence* est celui de la tradition anglo-saxonne, c'est à dire en tant que philosophie du droit. CHROUST, Anton-Hermann, « The fundamental ideas in St. Augustine's philosophy of law », *Augustine and Modern Law*, Richard Brooks et James Bernard Murphy (ed.), Farnham, Ashgate, 2011, p. 171.

Doctrines des Idées de Platon au cadre théologique du christianisme. Cependant, Augustin affirme que les idées existent comme de « pensées contenues dans l'Intellect Divin (Dieu) »<sup>41</sup>. De plus, s'opposant aux stoïciens, il considère que le *logos* universel (l'ordre de l'univers ou *lex aeterna*) qui permet l'intelligibilité des Idées ne se confond pas avec l'Intellect Divin lui-même car la *lex aeterna* est un « acte délibéré » de Dieu<sup>42</sup>. De cette réflexion résulte la classification et hiérarchisation augustinienne des lois – éternelle, de la nature et humaine ou profane – reprise au Moyen Âge tardif et à l'époque moderne. D'autre part, Augustin opère une christianisation de la pensée sur les formes proprement juridiques du droit romain. Bon connaisseur du droit de l'Empire, ses nombreux commentaires sur les formes de ce droit – en faveur ou contre, peu importe – en administrent la preuve<sup>43</sup>. Mesurer l'influence immédiate que ses commentaires ont pu avoir à l'intérieur du système juridique romain n'est pas l'objet de cette recherche. En revanche, il est incontestable que par le biais de la pensée augustinienne les formes juridiques de l'occident romain sont durablement associées à une nouvelle transcendance.

Parmi les successeurs de l'« augustinisme politique »<sup>44</sup>, le rôle d'Isidore de Séville (†636) dans l'histoire des formes juridiques doit être souligné, notamment à la lumière de deux de ses ouvrages<sup>45</sup>. En premier lieu, il consacre le cinquième livre de ses *Étymologies*, une encyclopédie avant la lettre, au droit. L'auteur y reprend de manière abstraite les formes et catégories du droit romain tout en le conformant au

<sup>41</sup> Ce qui suppose une séparation de la doctrine platonicienne d'après laquelle ces idées existent même en dehors d'un Intellect Divin. AUGUSTIN, *Retractationes*, I, 3.2.

<sup>42</sup> AUGUSTIN, *De diversis Quaestionibus* XCIII, *quaestio* 79, 1, cité par CHROUST, A.-H., « The fundamental ideas in St. Augustine's... », *op. cit.*, p. 60. La pensée stoïcienne entraîne un matérialisme panthéiste qui identifie le *logos*, la nature et Dieu, ce qui est inacceptable pour la foi chrétienne. Le « jusnaturalisme » de la doctrine d'Augustin diffère donc de celui de Cicéron et des juristes « classiques » romains (Gaius, Ulpian, Paul). Voir également : GOMEZ PEREZ, Rafael, *La ley eterna en la historia. Sociedad y derecho según San Agustín*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1972, p. 45-53.

<sup>43</sup> LARDONE, Francesco, « Roman Law in the Works of St. Augustine », *Augustine and Modern Law*, *op. cit.*, p. 229-250.

<sup>44</sup> Entendu comme l'absorption de « la vieille idée romaine de l'État [...] par l'emprise croissante de l'idée chrétienne, jusqu'à aboutir, au XII<sup>e</sup> siècle, à la théorie des deux glaives ». Pour Arquillière certains passages de l'œuvre d'Augustin attestent de cette idée. ARQUILLIÈRE, Henry-Xavier, *L'augustinisme politique. Essai sur la formation des théories politiques au Moyen Âge*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1955, p. 19 ; voir également : DUFAL, Blaise, « Séparer l'Église de l'État : L'augustinisme politique selon Arquillière », *L'Atelier du Centre de recherches historiques* [En ligne], 01 | 2008, disponible sur : <http://journals.openedition.org/acr/313> (consulté le 20 septembre 2018). Contra : DE LUBAC, Henry, « Augustinisme politique ? », *Théologies d'occasion*, Paris, 1984, p. 255-308.

<sup>45</sup> Si ses ouvrages sont loin d'exprimer un système philosophique – et même théologique –, leur autorité pendant le Moyen Âge – principalement les *Étymologies* et les *Sententiae* pour le droit – peut être constatée à l'échelle européenne, notamment par le biais des retranscriptions trouvées dans le Décret de Gratien. De même, l'influence d'Isidore de Séville sur la construction du droit canonique est patente avec par exemple sa participation aux conciles de l'Espagne wisigothique du VII<sup>e</sup> siècle et sa participation à l'élaboration de la compilation canonique dite *Hispana*. LOSCHIAVO, Luca, « Isidore of Seville and the construction of a common legal culture in early medieval Europe », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 10, 2016, disponible sur : <https://www.cliothemis.com/Isidore-of-Seville-and-the> (consulté le 30 août 2018) ; ANDRES SANTOS, Francisco, « Derecho y jurisprudencia en las fuentes de Isidoro de Sevilla », *AnTard*, 23, 2015, p. 155-162 ; HOYOS PEREZ, Bernardino, « La obra jurídica de San Isidoro », chapitre de Thèse de doctorat en Droit, Université Pontificia Bolivariana, 22 p., disponible sur : <https://revistas.upb.edu.co/index.php/upb/article/download/4015/3596> (consulté le 31 août 2018).

cadre de pensée chrétien : la classification augustinienne entre droit divin et droit civil, avec la hiérarchisation subséquente. Les distinctions et sous-catégories sont faites avec la méthode de l'« étymologisme » qui suppose que le mot vient définir la forme de la matière définie<sup>46</sup>. En outre, il développe l'idée d'un *ordo iudiciarius* en tant que principe du pouvoir politique<sup>47</sup> ; donnant une description très spécifique des formes judiciaires qui sera largement reprise par la procédure dite romano-canonique du XII<sup>e</sup> siècle. Il s'agit donc d'une première ébauche de rationalisation du procès judiciaire dans le cadre romano-chrétien post impérial, avec les éléments principaux tel que le *lieu*, les *acteurs* et les *actes*, ainsi que l'idée d'*inquisitio* ou forme permettant de découvrir la vérité<sup>48</sup>. En second lieu, Isidore formule précisément l'obligation morale de soumission des rois aux lois dans ses *Sententiæ*<sup>49</sup>, thème récurrent de la discussion autour les formes du gouvernement à la fin du Moyen Âge et à l'époque moderne.

L'essor du droit canonique et la redécouverte des compilations de Justinien permettent de renouveler la réflexion sur les formes juridiques. Cette « science du droit » – faite pour une partie à l'image de la science du droit romain « classique » – n'a pas la vocation spéculative de la philosophie. Elle se présente d'abord comme une interprétation littérale des textes (principalement le *Digeste* et le *Décret* de Gratien), non comme une formalisation abstraite des « réalités sensibles ». Toutefois, les docteurs *in utroque iure* comblent les aspects que les textes passent sous silence – les formes judiciaires<sup>50</sup>. Ce faisant, ils deviennent les artisans d'une forme juridique spécifique à la civilisation romano-chrétienne européenne : l'*ordo iudiciarius* ou « ordre judiciaire », notion clé dans cette étude.

Pour finir ce bref panorama historique, la philosophie de Thomas d'Aquin sur la forme doit être relevée. D'abord, il récupère l'hylémorphisme d'Aristote : dans la théorie de la connaissance de l'Aquinat, la forme bénéficie d'une certaine suprématie à l'égard de la matière. En même temps, il dépasse cette doctrine en raison de

---

<sup>46</sup> Méthode par ailleurs d'inspiration platonicienne. RIBERMONT, Bernard, « Isidore de Séville », *Écrivains juristes et juristes écrivains du Moyen Âge au siècle des Lumières*, Paris, Classiques Garnier, 2015, p. 628, voir les exemples de la p. 629.

<sup>47</sup> *Synonyma*, II.86 : « Rien ne devrait être tenu pour vérité que lorsque c'est démontré par certains indices, établi par un examen clair et rendu public par une procédure correcte (*ordine iudiciario*) ». Cité dans : LOSCHIAVO, L., « Isidore of Seville and the construction of a common legal... », *op. cit.*, §30.

<sup>48</sup> ISIDORE DE SEVILLE, *Etymologiarum*, XVIII, XV, 2-6. Voir : LOSCHIAVO, L., « Isidore of Seville and the construction of a common legal... », *op. cit.*, §33-61.

<sup>49</sup> *Sententiæ*, 3.51.1-2 : « *Iustum est principem legibus obtemperare suis [...] Princeps legibus teneri suis, nec in se posse damnare iura quae in subiectis constituunt...* ». De cette vision découle toute la théorie du *ministerium regis* qui aura son essor à l'époque carolingienne et dont l'écho résonne tout au long de la dynastie des capétiens.

<sup>50</sup> Le *Digeste*, le texte principal de l'étude des glossateurs, est très laconique en ce qui concerne les procédures de justice romaines.

l'anthropologie chrétienne de sa pensée qui exige l'immortalité de l'âme humaine<sup>51</sup>. En ce qui concerne les formes politiques ou juridiques, il opère également une synthèse d'Aristote et du christianisme. La classification augustinienne de la loi est reprise mais l'Aquinat s'intéresse davantage au contenu de la loi humaine, en utilisant une analyse purement aristotélicienne des quatre causes<sup>52</sup>. D'elle découle la séparation claire des formes juridiques et morales et, partant, une prise de distance avec l'augustinisme dominante<sup>53</sup>. Avec Thomas d'Aquin, les formes juridiques – et notamment celles qui proviennent de la romanité – retrouvent une autonomie longtemps mêlée à la morale chrétienne. De ce fait, l'utilisation des sources proprement juridiques est assez fréquente dans ses développements philosophiques<sup>54</sup>. Toutefois, il serait exagéré de voir en lui un maître de la science du droit au même titre que la *militia legum* de son époque : il ne pense jamais agir « en juriste », même dans ses développements les plus proches au domaine juridique. Pourtant, sa réflexion sur les formes juridiques romaines et canoniques féconde la pensée juridique postérieure.

Thomas d'Aquin utilise les sources du droit romain et du droit canonique principalement dans le domaine des procédures judiciaires, montrant l'importance qu'elles revêtent. Il considère en effet que la meilleure manière d'expliquer le sens religieux des mots tels que *iudicium*, *probatio* ou *pœna* est d'utiliser, par analogie, l'exemple de la procédure judiciaire<sup>55</sup>. Son intérêt premier est d'ordre épistémologique car tout jugement doit être précédé par une enquête – qu'elle soit judiciaire, scientifique

---

<sup>51</sup> « Toutefois l'hylémorphisme de Thomas ne peut pas être réduit à l'hylémorphisme aristotélicien lorsqu'on l'applique au cas de l'être humain. Et cela pour deux raisons. D'abord parce que l'âme, tout en étant forme substantielle, n'est pas entièrement immergée dans la matière, comme c'est le cas des autres formes « tirées de la puissance de la matière » par l'action des agents naturels. Elle est une *forme substantielle subsistante*, ce qui doit être compris dans un sens très précis : [...] le propre d'une forme substantielle *subsistante* est d'être elle-même le sujet de l'acte d'être, tandis que le composé, dont cette forme est un des principes constitutifs essentiels, ne subsiste que par l'acte d'être qui appartient à la forme. Thomas est arrivé à cette notion par l'analyse des opérations intellectuelles que l'âme exerce, lesquelles mettent en évidence une indépendance opérative qui ne peut s'expliquer que par une indépendance corrélative dans l'ordre de l'être. Cette doctrine lui permet aussi d'assurer à l'âme l'immortalité, qui était impensable dans le cadre de l'hylémorphisme aristotélicien ». BAZAN, Bernardo Carlos, « La corporalité selon saint Thomas », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, tome 81, n° 51, 1983, p. 369-409.

<sup>52</sup> Par ailleurs, sa définition de la loi reste la référence conceptuelle par excellence au moins jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle. Michel Villey voit dans cet intérêt de l'Aquinat un tournant de la pensée médiévale d'ampleur majeure : VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne...*, *op. cit.*, p. 162-165.

<sup>53</sup> « Nous devons nous rappeler que ces règles morales ne sont pas des règles juridiques : elles ne disent rien pour le partage du mien et du tien, le *suum cuique* », *ibid.*, p. 171.

<sup>54</sup> Sur les sources juridiques, principalement du droit romain : AUBERT, Jean-Marie, *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas*, Paris, J. Vrin, 1955.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 24-28. Parmi d'autres, les exemples liés à la procédure judiciaire sont : la fonction et les qualités du juge, les phases du procès – divisées à leur tour en plusieurs étapes –, le sens d'une sentence judiciaire. Pour un exemple concret : WEIDENFELD, Katia, « Le modèle romain dans la construction d'un droit public médiéval : "assimilations et distinctions fondamentales" devant la justice aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles », *RHDFE*, Vol. 81, No. 4 (octobre-décembre 2002), p. 500-502.

ou autre <sup>56</sup> ; il est également « propédeutique » car les formes judiciaires sont la représentation par excellence de la quête de vérité propre à l'être humain<sup>57</sup>.

Dans l'histoire de la pensée occidentale, la réflexion philosophique sur les formes a pu devenir progressivement – mais pas exclusivement – une philosophie des formes juridiques<sup>58</sup>. La notion de droit *en tant que forme* qui se développe à partir du XI<sup>e</sup> siècle en Europe occidentale, est difficilement dissociable d'une interrogation plus spéculative ou philosophique, de surcroît purement morale. Ainsi, la justice abstraite considérée comme une réalité intelligible ne peut pas faire l'économie des formes concrètes qu'elle revêt, c'est-à-dire des formes de justice ou judiciaires, d'autant plus à une époque où le paradigme de tout régime politique est la justice en tant que « *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* »<sup>59</sup>. De ce fait, la réflexion sur les formes juridiques constitue aussi une pensée de la légitimité du pouvoir en place.

### *Formes juridiques et légitimité du pouvoir politique*

Les citations de Jhering et de Constant interviennent certes postérieurement au cadre chronologique de cette étude. Néanmoins, la réflexion sur l'importance des formes juridiques est déjà présente sous la plume des juristes de l'époque moderne, et de celle qui l'a précédée. Le régime despotique est toujours décrit comme dépourvu de formes dans l'exercice du pouvoir, notamment lors des jugements criminels. Ainsi, l'acceptation – et de surcroît l'obéissance – d'un régime politique dépend largement des formes par lesquelles s'instaure, s'ordonne, se mesure et se manifeste le pouvoir.

---

<sup>56</sup> Il s'en suit dans l'œuvre de l'Aquinat le parallélisme : « Le juge est celui qui dit le droit, et son acte propre est le jugement. Ce jugement est une proclamation de la vérité ; il s'exprime dans une sentence, qui définit le droit ou détermine ce qui est juste ; il est une œuvre de vertu ; il est de soi affecté de certitude ; il se réfère à une règle de droit ; il procède par applications de règles communes à des cas particuliers ; il peut être enfin considéré au double point de vue de sa matière et de sa forme. De même, le savant accompli, *sciens*, est celui qui peut se prononcer sur la vérité, et son acte propre est le jugement. Ce jugement se formule dans une sentence, qui détermine et définit de ce qui est vrai ; il est affaire d'une vertu intellectuelle, la science ; il est par nature certain ; il a ses principes et ses lois, dont il fait l'application ; il peut être envisagé, enfin, dans sa matière ou dans sa forme ». ISAAC, Jean, « La notion de dialectique chez Saint Thomas », *Revue des Sciences philosophiques et théologiques*, Vol. 34, No. 4 (Octobre 1950), p. 484-485.

<sup>57</sup> « Cela n'est pas tant chez lui un artifice de rhétorique que le résultat d'une conviction profonde, celle que les rapports entre Dieu et les hommes peuvent s'éclairer par ceux qui règnent entre les représentants de l'autorité et leurs subordonnés, dans l'exercice de la justice ». AUBERT, J.-M., *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>58</sup> Il est intéressant de constater qu'il existe actuellement des théories dites « procédurales » de la Justice (John Rawls, Michael Sandel, Paul Ricoeur).

<sup>59</sup> Selon la définition du *D.*, I, 1, 10 : « La justice consiste dans la volonté constante et persistante d'attribuer à chacun ce qui lui revient ».

Il en est de même de la pensée actuelle sur le sujet, malgré les changements lexicaux et les évolutions des paradigmes de gouvernement.

Le respect des formes juridiques dans l'exercice du pouvoir est aujourd'hui envisagé par les juristes de différentes manières. Dans un cadre national, il est le corollaire de l'État de droit qui se soumet lui-même aux normes et formes qu'il produit. Les règles juridiques qui contiennent les différentes procédures conditionnent la capacité d'action de l'État<sup>60</sup>. La validité de l'ordre juridique étatique repose ainsi sur le respect de procédures instituées moyennant une classification des normes qui trouve sa justification dans la *gründnorm*<sup>61</sup> (perspective hiérarchique kelsenienne) ou dans les règles secondaires (perspective fonctionnelle hartienne)<sup>62</sup>. Cette affirmation purement théorique peut avoir plusieurs conséquences pratiques ; on s'en tiendra à des exemples très généraux. D'abord, les conditions de modification de la constitution sont impérativement contenues dans celle-ci sous peine d'en tâcher d'inconstitutionnalité toute autre forme de modification ; ensuite, une loi voit son existence et sa validité anéantis si elle est déclarée inconstitutionnelle pour « vices de forme » (c'est-à-dire, que son élaboration n'a pas suivi la procédure que l'ordre juridique a préalablement déterminé) ; enfin, une décision de justice peut être annulée en dernier ressort lors d'une cassation pour les mêmes raisons de forme, de même qu'un acte administratif ou (presque) tout autre type d'actes étatiques. Les formes juridiques conditionnent ainsi la puissance publique parce qu'elles déterminent dans une certaine mesure la validité, l'ampleur et la portée de son action. Du point de vue « interne » à l'ordre juridique, l'acte de la puissance peut être contraire à la forme qui le constitue, mettant en question sa validité juridique. D'un point de vue « externe » – ici la perspective dépasse le normativisme et les théories monistes du droit – l'acte peut remettre en question la

---

<sup>60</sup> « Au cœur de la théorie de l'État de droit, il y a donc le principe selon lequel les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'une *habilitation* juridique : tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique ; l'exercice de la puissance se transforme en une *compétence*, instituée et encadrée par le droit », CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 14.

<sup>61</sup> Dans la théorie de Kelsen, l'ordre juridique est identifié à l'État ; la « hiérarchie des normes » peut être également conçue comme une hiérarchie d'organes de l'État. La logique hiérarchique reste pourtant la même : « On est donc en présence d'une série de normes en cascade, qui s'enchaînent et s'engendrent successivement, en prenant appui les unes sur les autres : au sommet, une norme positive suprême, supérieure à toutes les autres qui définit leurs conditions de production (la Constitution) [...]. L'ordre juridique apparaît comme [...] une pyramide formée de « *couches de normes juridiques* » hiérarchiquement subordonnées et tirant leur validité de leur appartenance à cet ordre ». *Ibid.*, p. 42.

<sup>62</sup> On assimile principalement les règles « de forme » (de procédure ou de droit processuel) aux règles secondaires dans la mesure où celles-ci servent à l'adjudication des compétences d'application et de modification des règles primaires. Cependant, il convient de soulever une question : parmi les règles faisant partie de ce droit de la procédure ou « processuel », existe-t-il également des règles imposant une obligation ? Pensons, par exemple, à la récusation du juge : s'agit-il d'une règle dans l'ordre juridique enlevant la compétence d'application à un juge ? Ou bien, d'une règle qui interdit audit juge d'accepter la compétence d'application ?

légitimité du système juridique vis-à-vis des sujets de droit, car la puissance étatique vise la liberté individuelle en tant que droit subjectif<sup>63</sup>.

Dans un cadre international, le respect des formes peut être envisagé de deux manières. D'abord, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, l'État s'engage à respecter les instruments internationaux qui consacrent les formes spécifiques pour la production et l'exécution de politiques publiques nationales<sup>64</sup>. Ensuite, en tant que droit subjectif des individus à travers la consécration du « droit au procès équitable » dans les conventions internationales ou régionales des Droits de l'Homme<sup>65</sup>. Ces engagements ont une portée opérationnelle : la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme permet de mesurer l'importance des formes dans l'exercice de la puissance étatique et leur rapport avec les libertés des individus<sup>66</sup>.

Ces deux visions de la « forme juridique » montrent la difficulté à saisir et délimiter la notion avec la précision qu'une théorie juridique demande : s'agit-il d'une notion-principe (le respect des formes) ? Ou bien d'une notion qui contient un droit à (le droit « aux formes ») ? En dépit de cette imprécision, un constat est dressé : les formes juridiques ont un intérêt central pour la légitimité du pouvoir politique. La conception de Max Weber souligne ce rapport, en insistant sur le fait que « la soumission à des statuts formellement corrects et établis selon la procédure d'usage » génère la croyance en la légalité<sup>67</sup>.

Néanmoins, Niklas Luhmann critique les insuffisances théoriques de cette rationalité « moderne » et souligne que Max Weber omet deux aspects centraux dans sa théorie de la légitimité « rationnelle » de l'ordre social : d'une part, l'analyse des

---

<sup>63</sup> Bien entendu, lorsque la puissance étatique limite les libertés, un autre principe est évoqué pour légitimer les actes (par exemple, la santé ou l'ordre public contre la liberté).

<sup>64</sup> Il s'agit, en l'occurrence, du point de vue « interne » au système juridique : le système juridique international refuse la validité d'un acte ayant vocation à être juridique. Dans le cadre du droit communautaire européen, par exemple, l'exécutif des États membres est parfois contraint de respecter certaines conditions de forme pour pouvoir poursuivre une politique publique nationale.

<sup>65</sup> Voir par exemple dans le cadre des Conventions Régionales des Droits de l'Homme : l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme, les articles 7 et 8 de la Convention Interaméricaine des droits de l'homme, les articles 6 et 7 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir également l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>66</sup> « Si, officiellement, la Cour EDH juge les procédures suivies dans les États membres et la violation des droits substantiels, et non pas les législations des États membres, la portée de ses arrêts est considérable et l'hypertrophie de la notion de de procès équitable, contenu à l'article 6 de la Convention EDH, lui a permis de faire du droit procédural le critère d'appréciation du respect par les États des droits substantiels, au point de transformer le droit à un procès équitable en un véritable droit substantiel ». GUINCHARD, Serge et *alii.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 2017, p. 143. Pour la bibliographie sur le rôle de la CEDH, voir : *ibid.*, p. 142, note de bas de page n° 1. Il s'agit donc du point de vue « externe » : le système juridique international met en question la légitimité d'un régime national vis-à-vis de ces sujets (et de la « communauté internationale » elle-même)

<sup>67</sup> WEBER, Max, *Économie et société*, Tome I, Paris, Pocket-Agora, 2010, p. 73.

« mécanismes sociaux qui peuvent stabiliser la contingence en tant que positivité »<sup>68</sup> ; d'autre part, l'analyse de « la procédure d'établissement ou d'application du droit en tant que mécanisme de légitimation »<sup>69</sup>. Il propose à la place deux strates de la légitimation des formes juridiques. Tout d'abord, la légitimation proprement positive des formes dans le système juridique. Elle suppose que ce dernier est auto-référentiel, caractéristique qui se manifeste à travers le concept de *symbole de la validité juridique* : « Ce qui, dans le système juridique, est valide, ne doit être valide ; il est valide ou ne l'est pas. C'est pourquoi le système juridique peut changer sans aller à l'encontre de ses propres normes »<sup>70</sup>. Ensuite, une légitimation sociologique des formes dans le système juridique :

« [Il s'agit d'un] processus d'apprentissage institutionnalisé, comme une restructuration permanente des attentes [...], par le procès effectif de communication qui se déroule d'après le critère de régulations juridiques, donc d'un événement réel et non d'une relation normative de sens. »<sup>71</sup>

Le système juridique doit ainsi « restructurer les attentes » de la société pour être pérenne. Bien que théoriquement distincte des théories précédentes, celle de Luhmann opère encore une fois le dédoublement de la légitimité des formes juridiques à travers lesquelles se manifeste le pouvoir politique<sup>72</sup>.

Enfin, quoi qu'il en soit du caractère factuel ou fictif des formes juridiques (ou des faits ou fictions que les formes juridiques produisent) dans l'exercice du pouvoir politique, on doit constater que lorsqu'elles sont conçues comme *garantes des libertés*, c'est parce qu'elles permettent la détermination ou la qualification juridique d'un phénomène qui touche ce que les individus perçoivent comme une liberté (ou bien la liberté tout court). Ainsi, elles sont un rempart contre l'arbitraire et *a fortiori* légitiment la décision prise ou la qualification juridique produite vis-à-vis des individus. Or dans

---

<sup>68</sup> Autrement dit, la pérennisation de la qualification juridique d'un « contenu » (énoncé, acte...). LUHMANN, Niklas, *La légitimation par la procédure*, Paris, Presse de l'Université de Laval, Editions du CERF, 2001, p. 21.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>70</sup> Rappelons que pour l'auteur le droit est un système clos qui n'a pas besoin d'autres systèmes (économique, politique, religieux, etc.) pour produire son objet. LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 192, cité par : SOSOE, Lukas K., « Préface à l'édition française », *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, p. XXIX.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

<sup>72</sup> Nous avons précédemment exposé les deux visions « classiques » de la légitimité de l'ordre juridique dans un cadre national et international : une première, normativiste, qui considère la légitimité comme pure légalité ; une seconde – axiologique et de surcroît jusnaturaliste – qui considère que la légitimité se trouve en dehors du système juridique. La théorie de Luhmann propose une rupture avec ces deux visions de la légitimité.

la mesure où les libertés deviennent progressivement « étatiques », l'histoire des formes juridiques est assimilable à une histoire de la procédure.

### *Fonctionnalité et historicité de la procédure*

La notion de *procédure* évoque un ensemble des règles, inhérentes à un ordre juridique, grâce auxquelles une situation juridique est produite. Les différentes définitions des dictionnaires spécialisés renvoient davantage à l'aspect judiciaire ou juridictionnelle qu'elle comporte<sup>73</sup>. Bien que cette première acception du mot soit pertinente pour notre étude, c'est une définition du mot *par analogie* qui se révèle plus large et par conséquent plus adaptée : elle est envisagée comme une « série de formalités ou de démarches à accomplir, étapes administratives à respecter pour aboutir à une décision »<sup>74</sup>. D'un point de vue juridique, la définition donnée par Loïc Cadiet généralise encore davantage : c'est la « manière [...] de parvenir à un résultat juridique, loi, décision administrative ou acte juridique »<sup>75</sup>. Dans ces définitions, la finalité principale de la procédure est de légitimer la production d'un acte, notamment en ce qui concerne la procédure judiciaire, car il existe un « lien profond entre le procès et la justice »<sup>76</sup>.

La conception purement finaliste de la procédure<sup>77</sup> est néanmoins l'objet d'une critique sociologique. Pour Niklas Luhmann, la fonctionnalité de la procédure ne se

---

<sup>73</sup> La définition en droit proposé par le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), ainsi que la définition par métonymie confirment cette approche judiciaire de la notion : <http://www.cnrtl.fr/definition/procédure> (consulté le 10 août 2018). Celle de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert retient aussi exclusivement la définition judiciaire de la procédure : « On comprend conséquemment sous ce terme tous les actes qui se font, soit par le ministère d'un huissier, ou par celui d'un procureur, tant pour introduire la demande, que pour établir le pouvoir du procureur, les qualités des parties pour la communication respective des titres, pièces, & procédures ; enfin, pour l'établissement des moyens, & pour parvenir à un jugement, soit définitif, ou du-moins préparatoire, ou interlocutoire ». Pour les définitions de l'*Encyclopédie*, l'édition utilisée est l'*Edition Numérique Collaborative et Critique de l'Encyclopédie ENCCRE* de l'Académie des Sciences : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v13-873-0/> (consulté le 20 mai 2020).

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Il s'agit de la procédure « hors le procès ». CADIET, Loïc, *Verbo « Procédure »*, *Dictionnaire de la culture juridique...*, op. cit., p. 1217 (nous soulignons).

<sup>76</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « La philosophie du procès, propos introductifs », *APD*, Tome 39, 1994, p. 20.

<sup>77</sup> La fonctionnalité du principe du contradictoire chez Lionel Ascensi en est un exemple : « la contradiction constitue un droit fondamental [...] parce que la discussion contradictoire est *essentiellement* au cœur des procédures de résolution des litiges dont elle légitime la décision qui en exprime à l'issue » (souligné dans le texte). ASCENSI, Lionel, *Du principe de la contradiction*, Paris, LGDJ, 2006, p. 15. En ce sens, voir également : FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris, LGDJ, 2014, p. 107-128.

confond guère avec la finalité qui consiste à légitimer une décision au préalable<sup>78</sup>. Elle comporte deux variables nécessaires pour comprendre sa complexité sur le plan fonctionnel : une « instrumentale » et une « expressive »<sup>79</sup>. Pour l'auteur, les théories normatives du droit se trouvent dans un embarras : ces deux variables de la fonctionnalité de la procédure ne sauraient être cohérentes dans la définition purement finaliste d'« aboutissement d'une décision »<sup>80</sup>. C'est d'ailleurs le point central de la critique de Luhmann à la conception contemporaine de la procédure, en contraste avec la conception libérale dite « classique », qui ne voyait aucune tension entre les variables instrumentales et les variables expressives<sup>81</sup>. Celles-ci sont néanmoins importantes pour percevoir la valeur performative des discours sur le respect des procédures et qui visent à légitimer un acte du pouvoir. En effet, l'évaluation de la procédure (qu'elle soit favorable ou défavorable) ne se limite pas à son sens normatif à l'intérieur de l'ordre juridique, mais également à ce que les individus ou les groupes concernés ressentent – en tenant en compte les variables individuelles ou de groupe. Ainsi, ces variables assurent une certaine stabilité des procédures.

Contrairement à une approche purement « juridique » ou « positiviste », l'approche sociologique et anthropologique de la procédure prend en compte un aspect plus difficile à saisir, car il se présente d'une manière moins « extérieure » : le système de pensée sous-jacent, l'*épistémè*, qui est aussi utile pour comprendre les rapports entre les procédures et la légitimité des décisions prises. Ils sont intimement liés au « degré de vérité » que la procédure permet d'atteindre, où – pour le dire avec les termes de

---

<sup>78</sup> « La légitimation de la décision ne saurait s'entendre dans le même sens que la finalité de la procédure. En effet, il n'est absolument pas évident que la légitimation en général puisse s'obtenir à l'aide de procédures singulières indépendamment du contexte social qui soutient la disposition à admettre la décision ni de préciser dans quelle mesure cela pourrait se faire, pas plus qu'il n'est possible de déterminer à partir de quels effets spécifiques on pourrait contrôler la réussite de cette légitimation ». LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure...*, *op. cit.*, p. 218. Les développements qui suivent sont majoritairement issus de cet ouvrage.

<sup>79</sup> La première contient « les besoins dérivés qui prennent leur sens dans la satisfaction de finalités lointaines et qui [...] peuvent être sujets au changement » ; la seconde comporte « les besoins qui sont immédiatement satisfaits par l'agir, de telle manière qu'une modification de l'agir présuppose une modification du besoin ». *Ibid.*, p. 218-219.

<sup>80</sup> Ce qui implique toujours la dichotomie moyen/fin à laquelle se heurte l'analyse de la procédure. Voir les exemples relatifs aux procédures électorales, législatives et judiciaires présentes par Niklas Luhmann : *Ibid.*, p. 223-225.

<sup>81</sup> « On peut donc prendre pour point de départ le fait que, dans tous les systèmes sociaux complexes, ces deux fonctions doivent être assumées ensemble et que, plus la complexité est élevée, plus cela devra se faire en présence d'une contradiction croissante et d'une pression opérationnelle accrue [...]. Si l'on isole [...], les fonctions de la procédure, les présupposés de la conception libérale classique deviennent manifestes : l'accord entre les fonctions instrumentales et les fonctions expressives de la procédure. Dans une relation unitaire finalité/moyens, les procédures juridiques publiques devaient servir à la détermination adéquate du droit et en même temps à répandre la conviction selon laquelle justice a été rendue. On n'y voyait là aucune contradiction puisque l'on s'en remettait avec confiance, d'une part, au fait que la raison est également distribuée et, d'autre part, à la force de conviction d'arguments évidents. Les conceptions contemporaines de la procédure, se caractérisant encore par le fait qu'elles considèrent la procédure comme un moyen au service d'une fin, la renvoient ainsi à un avenir non encore réel et n'arrivent pas à saisir sa fonction pour la situation présente, pour un agir expressif et une autoprésention actuelle ». *Ibid.*, p. 221-222.

Foucault – aux dispositifs par lesquels le pouvoir produit le savoir<sup>82</sup>. L'histoire des dispositifs d'« achèvement d'une décision » révèle que la notion de procédure telle que développée dans le monde occidental a une historicité spécifique.

Dans cette perspective historique et fonctionnelle, le rituel peut être perçu comme un antécédent de la procédure. Si l'on prend en compte les finalités, le rituel est en effet assimilable à la procédure : dans les sociétés dites archaïques, il aboutit à une décision tout en exprimant une normativité. Que l'on songe au *fas* du droit romain archaïque, aux oracles et auspices, aux « pré-droits » de l'ancienne Grèce, ou même au caractère très rituel des *actiones legis* du *jus civile* romain : le rituel structure une situation des faits tout en déterminant automatiquement l'avancement de la situation. Or, c'est en raison de cette prédétermination implicite que la fonction du rituel ne peut être confondue conceptuellement avec la fonction de la procédure qu'on trouve dans les sociétés plus complexes<sup>83</sup>. En effet, comme le souligne Luhmann :

« Ce ne sont pas la forme concrète préfixée, la gestuelle, ni le mot juste qui font avancer la procédure, mais plutôt les décisions sélectives des participants qui [...] réduisent la complexité, absorbent l'incertitude ou, du moins, transforment la complexité indéterminée de l'ensemble des possibilités en une problématique déterminée et saisissable »<sup>84</sup>

Ainsi, l'histoire de la procédure doit sans doute se détacher de l'histoire du rituel – ou être mise sur un plan différent – dans la mesure où la procédure propose une rationalité toute différente des formes et notamment de la production de la vérité et l'établissement des faits.

Henry Lévy-Bruhl dans son étude sur la preuve judiciaire divise en deux temps son analyse : d'abord, la preuve archaïque ou irrationnelle ; ensuite, la preuve moderne

---

<sup>82</sup> « C'est seulement dans ces relations de lutte et de pouvoir, par la manière dont les choses entre elles, les hommes entre eux se haïssent, luttent, cherchent à se dominer les uns les autres, veulent exercer, les uns sur les autres, des relations de pouvoir que l'on comprend en quoi consiste la connaissance », et plus tard : « [...] les conditions politiques, économiques d'existence ne sont pas un voile ou un obstacle pour le sujet de connaissance, mais ce à travers quoi se forment les sujets de connaissance, et donc les relations de vérité. Il ne peut y avoir certains types de sujets de connaissance, certains ordres de vérité, certains domaines de savoir qu'à partir de conditions politiques que sont le sol où se forment le sujet, les domaines de savoir et les relations avec la vérité ». FOUCAULT, Michel, « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits, 1954-1988*, Tome I (1954-1975), Paris, Gallimard, 2001, p. 1418 et 1420-1421. Voir aussi : MAZABRAUD, Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, n°42/2, 2010, p. 127-189.

<sup>83</sup> Cela ne veut pas dire, bien entendu, qu'une société plus complexe n'ait pas ses « rituels ». À l'inverse, une société qui se règle davantage à travers le rituel peut également avoir certains aspects de la procédure tel qu'elle a été définie.

<sup>84</sup> LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure...*, *op. cit.*, p. 33. Dans l'Antiquité, la procédure formulaire romaine est exemplaire de ces finalités de la procédure contrastés avec les conditionnements du rituel.

ou rationnelle. Dans les deux cas la finalité est la même : « un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain »<sup>85</sup>. Si la division et les contenus qui découlent nous semblent assez évidents, le critère utilisé montre tout l'intérêt de la division entre les notions de procédure et de rituel. Dans le cas des preuves « irrationnelles », la preuve judiciaire est davantage une épreuve – l'ordalie, le duel judiciaire, le serment, les formules de procédure ou la divination –, car elle met en jeu ou plutôt en combat deux parties dont le résultat sera la victoire ou la défaite. Ce combat est par ailleurs rempli de gestes et formules nécessaires pour que la situation avance jusqu'à un aboutissement. C'est ce résultat qui est en quelque sorte prédéterminé dans la mesure où le « juge » ne prend pas lui-même une décision ; il se borne à « constater que la lutte s'est développée régulièrement »<sup>86</sup>. La prédétermination de la situation est d'autant plus importante dans ce type de preuve judiciaire, le résultat étant la conséquence « naturelle » de l'accomplissement du rite<sup>87</sup>. En revanche, dans le cas des « preuves rationnelles », la preuve judiciaire ne prédétermine aucunement le résultat du procès. Le juge est en effet en mesure de prendre une décision sur la base des preuves recueillies – écrit, témoignage, pour continuer avec la typologie de Lévy-Bruhl –, mais cette décision n'est guère prédéterminée par la procédure qui la précède<sup>88</sup>.

Néanmoins, dans le cadre de la chrétienté médiévale, jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle *grosso modo*, les modes de preuve dites irrationnelles – et notamment le jugement de Dieu – ne sont pas vraiment de modalités d'administration de la vérité, mais le rituel de jugement en soi<sup>89</sup>. D'un point de vue épistémologique, le rituel du jugement de Dieu ne sert pas à donner la conviction à un juge sur les faits, tout simplement parce que le jugement est fait par Dieu lui-même. Pour autant, ce rituel sert à conforter la conviction populaire, à assurer l'ordre social. C'est dans ce sens qu'il est une preuve : il ne fonde

---

<sup>85</sup> De ce fait, pour l'auteur « prouver, c'est faire approuver ». LEVY-BRUHL, Henry, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marciel Rivière et Cie., 1964, p. 15-22.

<sup>86</sup> FOUCAULT, Michel, « La vérité et les formes juridiques »..., *op. cit.*, p. 1444.

<sup>87</sup> Henry Lévy-Bruhl ajoute quelques remarques sur la fonction psychologique de ces preuves judiciaires : « Dans beaucoup de tribus africaines, qui boit le poison d'épreuve sans être incommodé est innocent ; qui le vomit est coupable. On peut dire que le mécanisme de l'institution se manifeste là à l'état pur. (Encore verrons-nous qu'on ne peut pas s'en tenir à une analyse aussi simpliste). En dehors de l'ordalie, bien d'autres pratiques impliquent, de la part de ces peuplades, *une croyance inébranlable à l'effet nécessaire du rite. Si, malgré tout, il reste inefficace – si, par exemple la pluie n'est pas tombée en dépit de la procession rituelle – c'est qu'il n'aura pas été correctement accompli* ». LEVY-BRUHL, Henry, « Réflexions sur le formalisme social », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. 15, 1963, p. 55.

<sup>88</sup> C'est un aspect que, pour Luhmann, la procédure doit envisager, à savoir la gestion des déceptions engendrées par les décisions : « En introduisant ainsi dans l'analyse les questions relatives au traitement des déceptions et l'apprentissage, on fait éclater le mode de pensée purement normatif du droit [...]. L'analyse sociologique est [...] en mesure d'examiner la fonction de ce concept de devoir-être et de le comprendre comme le signe qui cache des mécanismes sociaux très complexes qui stabilisent les attentes comportementales de façon à les mettre à l'abri des déceptions et qui permet ainsi de garantir les structures ». LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure...*, *op. cit.*, p. 233.

<sup>89</sup> Voir : JACOB, Robert, « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *APD*, Tome 39, 1995, p. 89-104.

pas le sens de la décision prise (car il implique automatiquement la décision) ; il légitime sa réception par la société. C'est également dans ce sens que la finalité du rituel est la même que celle de la procédure.

Le mot *procédure* apparaît en France dès 1344<sup>90</sup>, bien après la réalité qu'il définit. En effet, à cette époque le rituel et les modalités de preuve dites irrationnelles ont été déjà majoritairement remplacés par une forme réapparue plus d'un siècle auparavant : l'*inquisitio*, ou enquête<sup>91</sup>. En tant que technique de production du savoir, le mécanisme de l'enquête doit être distingué également du rituel. Elle n'est pas seulement placée au service du procès judiciaire et devient une technique de gouvernement capable de produire un savoir vertical au service des monarchies en voie de consolidation en Europe<sup>92</sup>. Ainsi, l'élaboration d'un ensemble de formes et de démarches pour aboutir à une décision s'appuie sur ce nouveau paradigme.

L'historicité de la procédure se rattache donc à la lente construction de l'État moderne, ce qui implique une certaine sécularisation des formes juridiques. Or, depuis le XII<sup>e</sup> siècle avec le développement de la doctrine procédurale des *ordines iudicarii*, la rationalité de la procédure adhère à une conception ontologique du sujet rationnel capable d'arriver à la vérité et à la recherche de la justice – qu'elle soit qualifiée de « divine » ou de « naturelle » – : elle est apophantique et identifie l'existence du sujet de la connaissance avec l'immanence de la vérité qu'il exprime.

Niklas Luhmann qualifie cette conception de la procédure « classique » de pré-sociologique, nous l'inscrivons par ailleurs dans le processus de développement de l'enquête comme technique de gouvernement. Elle s'oppose aux conceptions que

---

<sup>90</sup> CADIET, L., « Procédure », *Dictionnaire de la culture juridique...*, *op. cit.*, p. 1216.

<sup>91</sup> « Ce système de pratiques judiciaires [les épreuves issues du rituel] disparaît à la fin du XII<sup>e</sup> siècle et au cours du XIII<sup>e</sup>. Pendant toute la seconde moitié du Moyen Âge, on va assister à la transformation de ces vieilles pratiques et à l'invention de nouvelles formes de justice, de nouvelles formes de pratique et de procédure judiciaires. Formes qui sont absolument capitales pour l'histoire de l'Europe et pour l'histoire du monde entier [...]. Ce qui a été inventé dans cette réélaboration du droit est quelque chose qui ne concerne pas tant les contenus que les formes et les conditions de possibilité du savoir. Ce qu'on a inventé dans le droit à cette époque, c'est une manière déterminée de savoir, une condition de possibilité du savoir, dont le destin va être capital dans le monde occidental. Cette modalité de savoir est l'enquête, qui est apparue pour la première fois en Grèce et qui est restée dissimulée après la chute de l'Empire romain, pendant plusieurs siècles ». FOUCAULT, M., « La vérité et les formes juridiques »..., *op. cit.*, p. 1445.

<sup>92</sup> « De manière plus générale, cette enquête judiciaire s'est diffusée dans beaucoup d'autres domaines de pratiques – sociales, économiques – et dans beaucoup de domaines du savoir. C'est à partir de ces enquêtes judiciaires conduites par les procureurs du roi qu'ont été diffusées, à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, une série de procédures d'enquête. Quelques-unes étaient principalement administratives ou économiques. C'est ainsi que, grâce aux enquêtes sur l'état de la population, le niveau des richesses, la quantité d'argent et de ressources, les agents royaux ont assuré, établi et augmenté le pouvoir royal. C'est de cette façon que tout un savoir économique, d'administration économique des États, s'est accumulé à la fin du Moyen Âge et aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. C'est à partir de là qu'une forme régulière d'administration des États, de transmission et de continuité du pouvoir politique est née, ainsi que des sciences comme l'économie politique, la statistique, etc. Ces techniques d'enquête se sont diffusées également dans des domaines non directement liés aux domaines d'exercice du pouvoir : les domaines du savoir ou de la connaissance au sens traditionnel du mot ». *Ibid.*, p. 1453-1454.

l'auteur qualifie de « modernes »<sup>93</sup>, car elle suppose que toute procédure juridique a « la vérité où la véritable justice en tant que but »<sup>94</sup>. Pour lui, cette conception classique de la procédure exprime en même temps une méfiance à l'égard de la bureaucratie et des administrateurs du pouvoir qui, d'un point de vue constitutionnel libéral, se manifeste à travers le rattachement des règles procédurales aux droits subjectifs à l'encontre de l'État<sup>95</sup>. Voilà à présent l'objectif principal de cette étude : il s'agit de tracer l'histoire des discours et des pratiques qui permettent d'arriver à ce rattachement des formes et des procédures en tant que « recherche de vérité », et les droits subjectifs considérés comme libertés publiques. L'hypothèse est que ce rattachement devient *in fine* ce que nous appelons actuellement le « droit au procès ». Or, il faut davantage expliquer en quoi le droit au procès est un droit subjectif<sup>96</sup> des individus aux formes juridiques.

### *Le droit au procès est-il un droit « aux formes juridiques » ?*

Les deux manières d'approcher le respect des formes juridiques mentionnées plus haut – dans un cadre national ou international – ont un élément commun qui permet de justifier la seconde partie de l'intitulé de cette étude. L'hypothèse principale est que la

---

<sup>93</sup> Pour Luhmann une théorie vraiment « moderne » de la procédure – comme par ailleurs pour toute théorie sociologique – doit se débarrasser de toutes les considérations métaphysiques. Or sa critique ne vise pas davantage le jusnaturalisme (qu'il juge dépassé), mais plutôt ce qui pour lui est nommé de manière incorrecte « la pensée moderne ». Cependant, l'auteur n'utilise pas le qualificatif de manière systématique ; il parle seulement d'une pensée moderne qui « a précisé le concept de vérité en relation avec le développement des sciences et elle l'a lié à des exigences méthodologiques très rigoureuses, ce qui a ainsi ruiné la théorie du droit naturel et a positivisé le droit ». LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>94</sup> Luhmann cite d'ailleurs François Guizot pour montrer cette conception « classique » de la procédure : « Toutes les combinaisons de la machine politique doivent donc tendre, d'une part, à extraire de la société tout ce qu'elle possède de raison, de justice, de vérité, pour les appliquer à son gouvernement ; de l'autre à provoquer les progrès de la société dans la raison, la vérité, et à faire incessamment passer ce progrès de la société dans son gouvernement ». *Ibid.*, p. 10.

<sup>95</sup> En opposition à la conception « classique », l'auteur considère qu'une théorie « moderne » et cohérente de la procédure doit se débarrasser de l'objectif de recherche de la vérité. À ses yeux, les théories positivistes du droit n'ont pas réussi à dépasser la contradiction entre la légitimation de la procédure par sa pure légalité et la légitimation transcendante (ou au moins immanente) qu'implique la recherche de la vérité. *Ibid.*, p. 14-18.

<sup>96</sup> Selon l'hypothèse de Niklas Luhmann : « La figure juridique du droit subjectif cherche à répondre, par son degré supérieur d'abstraction, aux exigences d'une société de plus en plus différenciée fonctionnellement. Il ne s'agit pas là d'une abstraction à l'ancienne, d'une généralisation catégorielle, d'une absence de spécificité générique : l'abstraction réside au contraire dans le renoncement à un équilibre « local » des prestations dans l'institution juridique prise isolément, dans un renoncement à l'emboîtement immédiat et concret des droits et des devoirs considéré comme condition de la juridicité en général. L'harmonie intérieure des institutions juridiques, la musique mathématique de l'équité, est abandonnée afin d'atteindre une élasticité adaptative supérieure du droit comme structure de la société. Ainsi, le renforcement ou l'affaiblissement du droit assurant la protection contre l'expulsion des locataires ne sont plus motivés et justifiés de nos jours par le rapprochement avec un idéal d'équité dans la relation entre locataires et bailleurs, mais comme une adaptation aux transformations survenues sur le marché du bâtiment et du logement ». LUHMANN, Niklas, « De la fonction des "droits subjectifs" », *Trivium*, 3 | 2009, disponible sur : <https://journals.openedition.org/trivium/3265> (consulté le 15 juin 2020).

conceptualisation du droit au procès dérive historiquement d'une idée plus large, qui se manifeste dans le rapport entre les formes juridiques et la manière dont les particuliers perçoivent leur liberté. L'élaboration de la notion implique préalablement un « droit aux formes juridiques » et légales à quelque niveau qu'il se présente. Cette idée dépasse par conséquent les aspects strictement auto-référentiels de cohérence ou de validité d'une norme dans un système juridique – qui peuvent être liés à la notion de procédure telle que présentée précédemment. L'étude se propose d'examiner les différents discours qui légitiment ou critiquent le régime politique à travers la présence ou l'absence de « droit aux formes juridiques » garantes de la liberté. Cependant, les manières de concevoir la forme décrites plus haut révèlent la difficulté à en mesurer la portée : si l'on accepte que le droit au procès se limite à la prédétermination de la procédure judiciaire – la forme en tant que principe –, il se confond avec le principe de légalité. Le « droit aux formes juridiques » ne concerne pas seulement les procédures ayant pour objet le contentieux judiciaire, mais aussi toutes les formes juridiques utilisées pour manifester la puissance de l'État et principalement la « procédure législative ».

L'étude du droit au procès en tant que « droit aux formes juridiques » doit nécessairement faire l'inventaire des concepts étroitement liés à la notion. Les mots « formes », « formalités », « procédures », « procédés », « procès » peuvent être conçus de prime abord comme synonymes, mais les nuances doivent être soulignées.

D'un point de vue de leur étendue, certains concepts peuvent renvoyer à un seul acte qui produit des effets juridiques (forme, formalité) ; tandis que d'autres désignent un ensemble d'actes (procédure, procédés, procès). Par ailleurs, les notions de « forme » et « formalité » sont davantage – mais pas exclusivement – conçues dans une relation juridique entre particuliers, comme par exemple les formalités solennelles d'un *negotium* en vertu de l'adage *forma dat esse rei*. Les notions de « procédure » ou « procès », en revanche, orientent plutôt une relation juridique entre privés moyennant l'intervention d'une autorité tierce (au civil)<sup>97</sup>, ou entre privés dans le respect de l'ordre public étatique (au criminel et administratif), ou encore l'ordre public lui-même (dans le cadre des procédures électorales ou législatives).

---

<sup>97</sup> On pense au contentieux judiciaire en matière civile, mais également aux différentes manières de résolution des litiges, tel que l'arbitrage, la composition et la conciliation.

Sur le plan téléologique, ces concepts sont perçus comme des moyens, plutôt que des fins. De ce fait, on oppose toujours l'adjectif « substantiel » à « formel » ou « procédural » pour montrer que ce qui relève de la forme de la chose n'est pas forcément lié à sa matière<sup>98</sup>. Ils sont dès lors perçus parfois comme secondaires tant dans un rapport juridique qu'eu égard aux objectifs principaux du pouvoir politique : qu'il s'agisse d'adopter des normes juridiques, de les faire exécuter ou de s'assurer de leur application à un cas particulier. De plus, les adjectifs liés à ces notions dénotent parfois un ton péjoratif (le « formalisme », les « procéduriers »). De telle sorte que la forme – et sa subjectivisation en « droit à » – est parfois confondue avec l'intérêt de l'individu à troubler la puissance de l'État à travers ces mécanismes.

L'illustration du risque de paralysie de la puissance est le procès dans son acception judiciaire. Son formalisme est souvent critiqué dans la culture populaire, depuis l'Antiquité<sup>99</sup>. La forme peut s'accompagner de « lourdeur » processuelle et entraîner la déformation d'une réalité, voire l'impossibilité de prendre une décision de justice. De même, les enjeux liés aux libertés publiques se posent théoriquement dans les procès judiciaires : s'affranchir d'une forme préétablie sous le prétexte de la nécessité suscite des difficultés car elle est conçue comme faisant partie des droits subjectifs de l'individu<sup>100</sup>. En outre, la critique médiatique actuelle de la justice met en lumière la lenteur et la multiplication des formes dans le procès judiciaire au nom d'une célérité « managériale », méconnaissant la logique judiciaire de la protection des libertés individuelles<sup>101</sup>. Enfin, la tension entre les finalités du procès judiciaire et le droit « au procès équitable » n'est pas exclusivement d'ordre conceptuel – les deux seraient de prime abord conçus théoriquement pour protéger les libertés. Elle est aussi d'ordre social, dans la mesure où le procès judiciaire peut concerner les attentes sécuritaires des individus ou des groupes sociaux. Ces attentes oscillent entre une sécurité conçue comme sûreté personnelle à l'encontre de l'État et une autre, par

---

<sup>98</sup> Voir par exemple la définition : « exigence de forme en général considérée comme un acte matériel (et souvent écrit) d'exécution par opposition à l'élaboration au fond de l'acte ou de la décision [...] ». *Verbo* « Formalité », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, 12<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, p. 474.

<sup>99</sup> Aristophane, Rabelais, Stendhal, Balzac, Dickens, Victor Hugo, Kafka et tant d'autres se sont servis du procès judiciaire pour le tourner en dérision ou en tragédie.

<sup>100</sup> Le cas de la torture d'un accusé dans le cadre de la prévention des attaques terroristes est exemplaire, dans la mesure où cette torture ne serait pas la « décision finale » mais simplement une forme utilisée pour arriver à une détermination. Pour la Cour EDH « il est hors de question que les droits à l'équité du procès soient atténués pour la seule raison que les personnes concernées sont soupçonnées d'être mêlées à des actes de terrorisme ». Cour EDH, grande chambre, 13 septembre 2016, n°50541/08, 50571/08, 40351/09, *Ibrahim et alii c/ Roy-Uni*, JCP 2016, 1010, L. Milano, cité par : GUINCHARD, S., et *alii.*, *Droit processuel...*, *op. cit.*, p. 538.

<sup>101</sup> Question toute aussi paradoxale : la médiatisation s'appuie elle-même sur un principe cher au droit processuel, à savoir la publicité du procès judiciaire.

laquelle l'État protège l'ordre public. L'oscillation des attentes de l'opinion publique permet d'identifier la manière avec laquelle changent les formes auxquelles un individu « a droit » pour la protection de ses libertés publiques à l'égard d'un ordre juridique.

Du point de vue de la doctrine française, la notion de *droit processuel* englobe la réflexion sur la procédure d'application de la norme (judiciaire, administrative ou arbitrale) mais exclut celle de son élaboration. Si certains critiquent l'approche individualiste sous-jacente dans la notion de « droit à », lui préférant une approche « relationniste » des principes fondamentaux de la procédure<sup>102</sup>, force est de constater que la conception subjective du procès est un acquis pour la majorité<sup>103</sup>. Qu'elle soit conçue comme le résultat d'un syllogisme du droit objectif national ou international, ou bien comme l'expression d'un principe universel dépassant le positivisme<sup>104</sup>, la doctrine du droit processuel reconnaît que « le jusnaturalisme s'est en quelque sorte dissous dans les droits de l'homme »<sup>105</sup>. Partant, le faisceau des principes procéduraux est contenu dans le droit positif. En ce sens, pour cette recherche la notion privilégiée est celle de « droit subjectif aux formes juridiques » dans la mesure où le droit en tant que manifestation du pouvoir étatique absorbe ces principes pour se légitimer en faisant appel à une rationalité subjective. Ainsi, qu'il s'agisse des procédures d'élaboration ou d'application de la loi, la subjectivation de la norme procédurale – par le biais des notions telles que les libertés politiques ou civiles – a une fonction de conservation, tant desdites libertés que de la puissance publique elle-même.

Les réflexions précédentes présupposent qu'un droit au procès existe bel et bien dans nos sociétés contemporaines ; et que de surcroît toute la question serait de savoir de quoi il est composé ou quelles seraient ses limites. Cependant, pour arriver à une telle évidence cette étude propose d'aller en amont, car elle s'intéresse à l'élaboration du discours fondateur de cette évidence.

---

<sup>102</sup> Par exemple : JEULAND, Emmanuel, *Droit processuel général*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2018, p. 103-104.

<sup>103</sup> Prenons seulement l'analyse d'Henry Motulsky comme exemple. Dans un article paru en 1964, l'auteur affirme qu'en ce qui concerne l'action en justice, sa mise en contact avec le droit subjectif « se révèle, en définitive, féconde : humble servante du droit subjectif substantiel, l'action conserve son autonomie, au regard de toutes les situations juridiques, subjectives ou objectives, en tant que droit subjectif processuel ; elle illustre par-là l'éminente dignité du recours à la justice, garantie essentielle de l'homme vivant en société ». MOTULSKY, Henry, *Écrits*, Tome I, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 100. Voir également les différents articles concernant la théorie générale d'un droit commun et comparé du procès, les procédures internationales européenne et constitutionnelle, les procédures civile et pénale de l'ouvrage *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010.

<sup>104</sup> Pour le premier cas, le représentant est Henry Motulsky : « C'est donc l'idéal d'effectivité du droit objectif qui postule l'obligation de déduire strictement le droit subjectif à partir d'une règle impersonnelle : si la déduction doit être une vraie déduction, c'est parce que la norme individuelle n'est que l'application effective de la norme impersonnelle (du Droit objectif) ». BOLARD, Vincent, « La philosophie des principes directeurs du procès », *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, Vincent Bolard et Myriam Pierrat (dir.), Paris, Dalloz, 2019, p. 35.

<sup>105</sup> JEULAND, E., *Droit processuel général...*, op. cit., p. 103.

### *Délimitation chronologique*

À l'époque moderne, les juristes ont réfléchi au rapport entre formes juridiques et libertés, ce qui permet de délimiter l'étude dans le temps, même si l'historiographie n'est pas unanime sur le *terminus a quo* de cette époque. La période nommée « Ancien Régime » est en revanche plus consensuelle en ce qui concerne sa caractérisation : elle est marquée par les guerres de religion, elle voit l'essor de l'idéologie de la monarchie absolue de droit divin, elle est assimilée au développement de la bureaucratie administrative de la monarchie. Les deux notions – époque moderne et Ancien Régime – donnent *in fine* un cadre suffisamment général de périodisation.

D'un point de vue juridique, cette étude retient deux critères pour la délimitation chronologique. Le premier est d'ordre conceptuel ou dogmatique : il s'agit de la consécration de l'État moderne comme entité autoréférentielle<sup>106</sup>. Le second critère est lié à l'ampleur géographique des actes juridiques produits par la royauté. Autrement dit, l'époque au cours de laquelle les prérogatives régaliennes commencent à être exercées dans tout le royaume, y compris en ce qui concerne la production du droit coutumier. Ainsi, pour la production législative, le *terminus a quo* est la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, au cours duquel des ordonnances prétendant organiser la justice de l'ensemble du territoire se multiplient<sup>107</sup>. Pour la production quasi-systématique d'un droit coutumier officiel, le *terminus a quo* est la fin du XV<sup>e</sup> siècle<sup>108</sup>. Toutefois, ces délimitations chronologiques demeurent indicatives car certaines sources qui les précèdent sont aussi fondamentales en raison, d'une part, de l'évidente continuité des dispositifs proprement juridiques et judiciaires en dépit de la périodisation classique Moyen Âge/époque moderne, et d'autre part, du recours des auteurs de l'époque à la tradition et à l'autorité du passé<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> « [...] La souveraineté est riche d'une double et indissociable signification. D'un côté, elle traduit la faculté qu'a l'État de créer du droit de manière absolument originaire ; ses normes n'ont pas besoin d'être légalement fondées sur d'autres normes juridiques. En outre, elle hiérarchise les normes et clôt l'ordre juridique en son entier avec la norme suprême. Par-là, elle exprimer une juridification du pouvoir politique ». BEAUD, Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 20.

<sup>107</sup> Il s'agit des ordonnances « sur le fait de la justice » ou « sur la police générale du royaume ». Voir : GAUDEMET, Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 160-162.

<sup>108</sup> La presque nulle efficacité de l'ordonnance de Montils-les-Tours de 1454 constitue un obstacle pour proposer cette date comme *terminus a quo* pour la rédaction officielle du droit coutumier.

<sup>109</sup> POCOCK, John Greville Agard, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal. Étude de la pensée historique dans l'Angleterre du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2000, p. 33-48.

*Le terminus ad quem* semble plus évident à justifier : la Révolution de 1789 et plus précisément la législation procédurale qui découle de ce processus. Les raisons qui plaident pour cette délimitation sont nombreuses, qu'elles soient d'ordre institutionnelle ou sociétale : l'abolition de la société d'ordres, la séparation de pouvoirs légitimant le pouvoir politique<sup>110</sup>, le changement officiel du titulaire de la souveraineté qui entraîne une toute nouvelle discussion sur les formes juridiques au travers desquelles celui-ci doit s'exprimer. Si l'on ne saurait nier une certaine continuité de la pensée juridique entre ces deux périodes (Ancien Régime et Révolution), il faut tout de même accepter que certains de ses paradigmes changent de manière substantielle<sup>111</sup>. Enfin, parmi ces paradigmes, celui de la liberté politico-juridique est la justification principale de la délimitation chronologique.

### *Libertés anciennes d'ordre public : distinctions et taxonomie*

En s'efforçant d'éclairer l'histoire des libertés publiques à travers le prisme des formes juridiques, on se rapproche d'une histoire du libéralisme, courant de la pensée politique qui met au centre de ses préoccupations les libertés des individus. Néanmoins, Hannah Arendt rappelle qu'il « n'y a [...] pas d'école de pensée politique dans notre histoire qui ne gravite autour de l'idée de liberté, si largement que puisse varier le concept de liberté selon l'auteur et les circonstances politiques »<sup>112</sup>. Si on ne peut pas faire l'économie du libéralisme en tant que théorie politique, cette étude prétend dépasser une conception spécifiquement libérale<sup>113</sup> des libertés publiques. En effet, ces dernières – entendues comme « un corps de règles qui brident l'emprise de l'État sur les sujets de droit »<sup>114</sup> – nécessite un ordre juridique constitué, même s'il n'entre pas dans les contours du libéralisme tel qu'on l'entend depuis les révolutions américaine et

---

<sup>110</sup> Si la séparation des pouvoirs est un méta-concept peu pertinente pour faire une classification des constitutions (*cf.*, les travaux de Michel Troper), il ne reste pas moins vrai que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 prétend imposer – ne serait-ce que de manière performative – une exigence de réduction de la confusion fonctionnelle des pouvoirs publiques.

<sup>111</sup> C'est tout l'intérêt d'une généalogie philosophique de montrer les traces, les « brouillons », les ébauches et les tentatives qui ont permis de forger un concept avant qu'il devienne opérationnel.

<sup>112</sup> La seule exception pour l'auteur est Thomas Hobbes. ARENDT, H., « Qu'est-ce que l'autorité ? »..., *op. cit.*, p. 129.

<sup>113</sup> Selon l'idée répandue, l'individu exerce ses libertés individuelles dans un « espace » (privé, social ou public) qui n'est pas celui de l'État ni celui de l'Église.

<sup>114</sup> SAINT-BONNET, F., « Histoire des libertés publiques », *op. cit.*, p. 4.

française. Cette étude s'inscrit plutôt dans une approche d'« histoire constitutionnelle »<sup>115</sup>, dans la mesure où les normes et les discours relatifs aux rapports entre formes juridiques et libertés font partie d'une réflexion sur l'ordre étatique. Par conséquent, la notion de « libertés anciennes » mérite d'être éclaircie, car elle ne se superpose pas à la notion – toujours d'actualité – de « libertés publiques ». Les différences ne relèvent pas du concept, car les deux sont semblables : l'État reconnaît aux particuliers ou aux groupes d'agir sans contrainte et doit mettre en place les conditions d'action. Les deux notions supposent un ordre étatique dans lequel les libertés peuvent être exercées<sup>116</sup>.

Toutefois, les spécificités de la notion de libertés anciennes peuvent être dégagées. La première est liée à la portée de la loi. Actuellement, les libertés publiques sont théoriquement les mêmes pour tous les citoyens d'un État en vertu de l'égalité devant la loi. Dans l'ancienne France le paradigme était opposé, car les privilèges – dans le sens de *privatae leges* – fondaient la société<sup>117</sup>. Même si l'idéologie de l'absolutisme royal bride de manière subtile mais progressive la distinction ontologique entre loi « privée » et loi publique (en ce qui concerne ses effets *erga omnes*), le paradigme demeure jusqu'à la Révolution. De ce fait, le critère de classification des libertés anciennes comporte deux composantes : l'identification de la substance de la liberté exercée et l'identification du motif du privilège.

La seconde spécificité de la notion relève de sa « source ». La conception normativiste contemporaine considère que l'État, au moment de la mise par écrit ou *déclaration* des libertés, reconnaît et met en place les formes et les instruments à même de les garantir. Parfois, elles sont consacrées dans un catalogue donné par le texte de la Constitution. Ces libertés – sous les dénominations de « droits fondamentaux » ou encore « droits de l'homme » dans les déclarations internationales – supposent l'existence d'États pour les garantir, vis-à-vis des citoyens comme de la « communauté internationale ». En contraste, les libertés anciennes étaient souvent extra-étatiques, car c'était un rapport de forces entre l'État incarné dans le roi et un groupe ou un particulier prétendant détenir un privilège qui permettait de « cristalliser » une liberté exercée

---

<sup>115</sup> SAINT-BONNET, François, « L'histoire du droit constitutionnel », *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 239-248.

<sup>116</sup> BONIN, Pierre, « En attendant les droits de l'homme. Liberté et libertés dans les dictionnaires de l'Ancien Régime », *Droits*, N. 55/1, 2012, p. 139-158.

<sup>117</sup> Quelques dictionnaires juridiques ou spécialisés sur l'Ancien Régime indiquent que le mot privilège est synonyme de liberté. Voir par exemple : *Dictionnaires de la culture juridique...*, op. cit., p. 1209-1212 ; *Dictionnaire du Grand Siècle*, sous la direction de François Bluche, Paris, Arthème Fayard, 2005, p. 872-873.

même avant la « constitution » du Royaume. Dans cette conception, le raisonnement sur les « libertés historiques » des peuples l'emporte sur les libertés constituées par la volonté royale-étatique<sup>118</sup>.

À partir de ces deux distinctions, les classifications actuelles des libertés sont peu utiles pour cette étude<sup>119</sup>. Une taxonomie des libertés anciennes doit prendre en compte la réalité sociale et les mentalités sous l'Ancien Régime, ce qui suppose de distinguer :

1. *Les libertés liées à l'appartenance à un ordre de la société – oratores, bellatores, laboratores* – qui subsiste jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. En raison de cette distinction, en matière procédurale, les ordres qui jouissaient des libertés étaient le clergé (*privilegium fori*, progressivement réduit) et la haute noblesse (jugement par les pairs). Au sens technique cependant, tous les ordres sont privilégiés et disposent, à ce titre, d'une certaine liberté (le tiers a par exemple le « privilège » d'être pendu plutôt que décapité).

2. *Libertés liées au territoire du royaume*, dans ses différentes échelles : géographiques (province, ville) ou urbanistiques (faubourg). Les habitants de Paris jouissent d'un privilège de juridiction ; un paysan de pays d'état ne paie pas les mêmes impôts qu'un autre de pays d'élections, etc.

3. *Libertés en raison de l'office* de justice, de police ou de finances. Par exemple, le privilège de juridiction des magistrats des cours souveraines.

4. *Libertés en raison de la corporation à laquelle on appartient*. Cette classification peut être sous-divisée à son tour par la nature du métier : corporatif manuel/artisanal (les jurandes), corporatif intellectuel (universitaires et académiciens), corporatif économique (compagnies de commerce).

5. *Libertés en raison de l'acte discrétionnaire*, octroyées par le souverain lui-même sans être forcément en rapport avec l'un des critères précédemment évoqués. Par exemple les lettres de rémission, les évocations de propre mouvement, les grâces.

---

<sup>118</sup> Bien entendu, la garantie de la liberté octroyée reviendra toujours au roi en tant qu'incarnation de l'État monarchique. Nous pensons notamment aux chartes de franchises et libertés octroyées par un roi à un territoire récemment conquis ou annexé. Nous pensons aussi bien évidemment à la manière particulière d'argumenter des juristes du Moyen Âge et de l'époque moderne, tant en France mais aussi dans les autres royaumes d'Europe. Voir par exemple : POCOCK, J.G.A., *L'Ancienne Constitution et le droit féodal...*, op. cit., p. 33-35. Voir également sur ce sujet : BIEN, David D., « Old Regime Origins of Democratic Liberty », *The French Idea of Freedom. The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, Dale Van Kley (dir.), Stanford, Stanford University Press, 1994, p. 23-71.

<sup>119</sup> La taxonomie canonique des manuels des libertés publiques et droits fondamentaux (première, deuxième, troisième génération) est établie avec comme *terminus a quo* les révolutions libérales de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Cette taxonomie identifie davantage les libertés par la raison que les justifie plus que par leur « contenu ». Pour cette recherche, la liberté exercée doit être bien évidemment en rapport avec les formes juridiques et les procédures existantes sous l’Ancien Régime. Ces dernières peuvent se présenter directement comme une garantie de nature procédurale – par exemple, un privilège de juridiction – ; ou bien indirectement, parce qu’elles permettent la garantie d’une autre liberté – par exemple, le raisonnement des cours souveraines autour de leur « liberté de délibération et suffrage ».

### *Historiographie et sources*

Cette recherche sur l’histoire des formes juridiques n’entend pas se limiter à la description de la procédure judiciaire en prenant en considération tant l’élaboration que l’application de la norme. Le croisement de ces domaines se traduit par une bibliographie vaste, qui ne saurait être exhaustive<sup>120</sup>. Une brève explication des principaux aspects retenus s’impose donc.

Concernant l’élaboration de la norme étatique d’un point de vue historique, la bibliographie choisie souligne deux aspects. D’une part, le succès – pour le moins apparent – de la théorie de la souveraineté absolue du monarque, ce qui remet en cause l’utilité de la réflexion autour des formes de l’élaboration de la norme<sup>121</sup>. D’autre part, les différents discours de la société d’Ancien Régime visant à justifier la nécessité des dites formes<sup>122</sup>. Ainsi, plusieurs phénomènes s’enchevêtrent : le développement de la prérogative de *condere leges* des Capétiens au Moyen-Âge<sup>123</sup> en contraste avec les

---

<sup>120</sup> La bibliographie qui sera exposée à présent l’est juste à titre indicatif.

<sup>121</sup> La seule « forme » juridique qui serait nécessaire aurait comme finalité d’identifier que l’auteur de l’acte juridique est effectivement le souverain, ce qui n’est pas anodin pour notre étude comme on le verra *infra*, chapitre 2, section 1, §1. Sur l’« absolutisme », l’on se bornera à la discussion historiographique assez récente sur ce sujet : BEAUD, Olivier, *La puissance de l’État, op. cit., passim* ; CARBASSE, Jean-Marie, « Le roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 3-20 ; CORNETTE, Joël, *L’affirmation de l’État absolu 1492-1652*, Paris, Hachette Supérieur, 2006 ; COSANDEY, Fanny et DESCIMON, Robert, *L’absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Paris, Seuil, 2002 ; GOJOSSO, Eric, « L’absolutisme et l’histoire juridique. À propos d’un ouvrage récent », *RHDFE*, Vol. 80, No. 4 (octobre-décembre 2002), p. 465-470 ; JOUANNA, Arlette, *Le pouvoir absolu*, Paris, Gallimard, 2013 ; *ID.*, *Le prince absolu*, Paris, Gallimard, 2014 ; *Le prince et la norme. Ce que légiférer veut dire*, textes réunis par Jacqueline Hoareau-Dodinau, Guillaume Métairie et Pascal Texier, Limoges, PULIM, 2007.

<sup>122</sup> Notamment les discours produits par la noblesse d’épée, les ecclésiastiques et les hauts officiers de la justice royale. Voir, pour la noblesse, par exemple : JOUANNA, Arlette, *Le devoir de Révolte. La noblesse française et la gestation de l’État moderne*, Paris, Fayard, 1989 ; ORLEA, Manfred, *La noblesse aux États généraux de 1576 et de 1588*, Paris, PUF, 1980.

<sup>123</sup> *Autour de Philippe Auguste*, Martin Aurell et Yves Sassier (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2017 ; BOURNAZEL, Éric, *Le gouvernement capétien au XII<sup>e</sup> siècle : 1108-1180, structures sociales et mutations institutionnelles*, Paris, PUF, 1975 ; *Le roi*

limites juridiques qui se manifestent à travers les « lois fondamentales »<sup>124</sup> ; les formes d'intervention royale de la coutume pour l'élaboration d'un droit coutumier officiel<sup>125</sup> ; le rôle joué par les États généraux<sup>126</sup>, les grands officiers de la couronne<sup>127</sup> et les grands corps comme les cours souveraines<sup>128</sup> dans l'élaboration des normes.

---

de France et son royaume autour de l'an mil : actes du colloque Hugues Capet 987-1987, la France de l'an mil, Paris- Senlis, Michel Parisse et Xavier Barral i Altet (dir.), Paris, Picard, 1992 ; LEMARIGNIER, Jean-François, *Le gouvernement royal aux premiers temps capétiens (986-1108)*, Paris, A. et J. Picard, 1965 ; MARTIN, Vincent, *La paix du roi (1180-1328) : paix publique, idéologie, législation et pratique judiciaire de Philippe Auguste à Charles le Bel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015 ; PETIT-RENAUD, Sophie, « Faire loy » au Royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380), Paris, De Boccard, 2001 ; RIGAUDIÈRE, Albert, *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge : XIII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2003 ; SASSIER, Yves, *Royauté et idéologie au Moyen Âge : Bas-Empire, monde franc, France : IV<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Armand Colin, 2012 ; SASSIER, Yves, *Structures du pouvoir, royauté et res publica*, Paris, Publications de l'Université de Rouen, 2004 ; SASSIER, Yves, *Hugues Capet : naissance d'une dynastie*, Paris, Fayard, 1987.

<sup>124</sup> BARBEY, Jean, « Genèse et consécration des Lois fondamentales », *Droits*, vol. 3, 1986, p. 75-86 ; BARBEY, Jean, BLUCHE, Frédéric, RIALS, Stéphane, *Lois fondamentales et succession de France*, Paris, DUC, 1984 ; BONNEY, Richard, *The limits of absolutism in "ancien régime" France*, Aldershot, Variorum, 1995 ; FRANKLIN, Julian H., *Constitutionalism and resistance in the Sixteenth Century*, New York, Pegasus, 1969 ; GIESEY, Ralph E., « The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne », *Transactions of the American Philosophical Society*, Vol. 51, N. 5 (1961), p. 3-47 ; LEMAIRE, André, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Genève, Slaktine, 1975 ; ROUSSELET-PIMONT, Anne, *La règle d'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, LGDJ, 1997 ; LOVISI, Claire, *Les lois fondamentales au XVIII<sup>e</sup> siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, PUF, 1984.

<sup>125</sup> *Coutumes, doctrine et droit savant*, Jean-Marie Augustin et Véronique Gazeau (dir.), Paris, LGDJ, 2007 ; *Droits, coutumes et juristes dans la Lorraine médiévale et moderne*, Antoine Astaïng et François Lormant (dir.), Presses Universitaires de Nancy, 2010 ; GRINBERG, Martin, *Ecrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, Paris, PUF, 2006 ; GUYON, Gérard Daniel, *Le droit bordelais dans tous ses états : les anciennes coutumes, les juristes et la justice, les institutions de l'Église locale recueil d'articles*, Limoges, PULIM, 2012 ; HILAIRE, Jean, *La vie du droit : coutumes et droit écrit*, Paris, PUF, 1994 ; *Les décisionnaires et la coutume : contribution à la fabrique de la norme*, Géraldine Cazals et Florent Garnier (dir.), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017 ; OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, E. Leroux, 1922-1930 ; OLIVIER-MARTIN, François, « Le Roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen-Age », *Sonderdruck aus der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd LVIII, Germanistische Abt, Weimar, H. Böhlau, 1938, p. 108-137.

<sup>126</sup> BALAS, Lucien, *Une tentative de gouvernement représentatif au XIV<sup>e</sup> siècle : Les états généraux de 1356-1358*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1928, 193 p. ; DECOSTER, Caroline, *Les assemblées politiques sous le règne de Philippe le Bel*, Thèse de Doctorat Histoire en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, 335 p. ; GADMER, Sophie-Pulchérie, *La notion de représentation autour des états généraux de 1302*, Mémoire DEA Histoire du Droit, Economie et Société, Université Paris 2, 1999, 110 p. ; GARILLOT, Jacques, *Étude de la coutume constitutionnelle au XV<sup>e</sup> siècle : les États généraux de 1439*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Nancy, 1947, 110 p. ; HERVIEU, Henri, *Recherches sur les premiers États généraux et les assemblées représentatives pendant la première moitié du quatorzième siècle*, Paris, E. Thorin, 1879 ; *Les états : ordres, institutions et formes, France 1302-1604*, sous la dir. de Martial Martin, Paris, Klincksieck, 2013 ; PICOT, Georges, *Histoire des États généraux considérés au point de vue de leur influence sur le gouvernement de la France de 1355 à 1614*, 4 vol., Paris, Hachette et cie., 1872 ; RUSELL, Major J., *Representative institutions in Renaissance France, 1421-1559*, Madison, University of Wisconsin Press, 1960 et *The estates général of 1560*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1951 ; SOULE, Claude, *Les normes de fonctionnement des assemblées d'états généraux en France et en Europe occidentale*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1967, 338 p. et *Les États généraux de France (1302-1789) : étude historique, comparative et doctrinale*, Heule, UGA, 1968 ; *Représentation et vouloir politiques : autour des États généraux de 1614*, sous la direction de Roger Chartier et Denis Richet, Paris, éditions EHESS, 1982 ; TIXIER, Octave, *Les théories constitutionnelles, ou la Souveraineté aux États généraux de 1484*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1899, 134 p.

<sup>127</sup> BARRAUD, Erwan, *Le chancelier de Pontchartrain et la magistrature*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2005, 703 p. ; BOULET-SAUTEL, Marguerite, *Colbert et la législation*, Paris, CEDES-CDU, 1985 ; DESJONQUERES, Léon, *Le garde des sceaux Michel de Marillac et son œuvre législative*, Paris, Bonvalot-Jouve, 1908, 230 p. ; FLAMMERMONT, Jules, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou*, Paris, Alphonse Picard, 1880 ; MARION, Marcel, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905 ; NEXON, Yannick, *Le chancelier Séguier (1588-1672) : ministre, dévot et mécène au Grand Siècle*, Ceyzérieu, Champ Vallon, 2015 ; PONCET, Olivier, *Pomponne de Bellièvre (1529-1607) : un homme d'État au temps des guerres de religion*, Paris, École des chartes, 1995, 240 p. ; ROUSSELET-PIMONT, Anne, *Le Chancelier et la loi au XVI<sup>e</sup> siècle : d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005.

<sup>128</sup> Pour une bibliographie du parlement de Paris, le site de l'Institut d'Histoire du Droit de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas a produit un document en 2012 : <https://www.ihd.cnrs.fr/IMG/pdf/bibliographie-2-1.pdf> (consulté le 22 mai 2020). Pour une bibliographie plus générale des cours souveraines, voir le projet numérique : [bibliparl.huma-num.fr](http://bibliparl.huma-num.fr).

L'histoire de la procédure judiciaire connaît une bibliographie aussi large<sup>129</sup>. Elle est structurée par la *summa divisio* entre procédures civile et criminelle, qui est rapprochée, sans être superposée, sous l'Ancien Régime au binôme ordinaire/extraordinaire<sup>130</sup>. Par ailleurs, le « faisceau des principes »<sup>131</sup> qui composent le droit processuel français ont été l'objet d'études récentes, parfois dans une perspective historique : le principe de contradiction<sup>132</sup>, la présomption d'innocence<sup>133</sup>, le juge naturel<sup>134</sup>, la récusation des juges<sup>135</sup>, les voies de recours<sup>136</sup>, l'assistance d'un avocat<sup>137</sup>, le secret ou la publicité des procédures<sup>138</sup>. Ces travaux sont un complément nécessaire qui offrent des informations et des analyses plus détaillées sur chacun des éléments saisis comme un ensemble dans cette recherche<sup>139</sup>.

Concernant la doctrine juridique, la bibliographie retient les études savantes sur les juristes le plus représentatifs des différents courants de la pensée juridique sous l'Ancien Régime : que ce soit dans la tradition civiliste, canonique, coutumière<sup>140</sup>. Enfin, les travaux prosopographiques des corporations (magistrature et barreau)<sup>141</sup> ou

---

<sup>129</sup> Elle est forcément liée à l'histoire de l'administration de justice, donc la bibliographie présentée ci-dessous ne saurait être exhaustive : AUBERT, Félix, « Les sources de la procédure au Parlement, de Philippe le Bel à Charles VII », *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, Tome 51, 1890, p. 477-515 ; LEBIGRE, Arlette, *La justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Bruxelles, Editions Complexe, 1995.

<sup>130</sup> CARBASSE, Jean-Marie, « Ordinaire, extraordinaire. Quelques remarques sur les avatars d'une distinction romaine dans l'ancienne procédure française », *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, Jacqueline Hoareau-Dodinau et alii. (dir.), Limoges, PULIM, p. 123-137.

<sup>131</sup> L'expression est de Jean Carbonnier. CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. Introduction*, Volume I, Paris, PUF, 2004, p. 370.

<sup>132</sup> ASCENSI, L., *Du principe de la contradiction...*, op. cit. ; FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris, LGDJ, 2014 ; GOHIN, Olivier, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988 ; MINIATO, Lionel, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008.

<sup>133</sup> FEROT, Patrick, *La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique*, Thèse de Droit, Université de Lille II – Droit et Santé, 2007, 509 p. ; JAOUICHE, David, *Les origines médiévales de la présomption d'innocence*, Mémoire de Master 2 Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 149 p. ; ROETS, Damien, *La présomption d'innocence*, Paris, Dalloz, 2019.

<sup>134</sup> ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, *Il principio del giudice naturale nella Francia d'Ancien Régime : secoli XVI-XVIII*, Roma, V&V, 1996 ; DUPUIS-BERRUX, Marjorie, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Paris, LGDJ, 2012 ; GAUDEMET-TALLON, Hélène, « L'introuvable "juge naturel", *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p.591-612 ; MÜBIG, Ulrike, *El juez legal. Una comparación, desde el Derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia*, Madrid, Ed. Dykinson, 2014 ; PICARDI, Nicola, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *RIDC*, Vol. 62 N°1, 2010, p. 27-73.

<sup>135</sup> BERNABE, Boris, *La récusation des juges : étude, médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, LGDJ, 2009.

<sup>136</sup> DAUCHY, Serge, *Les voies de recours extraordinaires : proposition d'erreur et requête civile, de l'ordonnance de Saint-Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667*, Paris, PUF, 1988 ; *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Jean-Louis Thireau (dir.), Paris, PUF, 1995.

<sup>137</sup> CERDAN, Elea, *La parole libre de l'avocat (1789-1830)*, Thèse de Droit, Université de Bordeaux, 2016, 541 p.

<sup>138</sup> CARBASSE, Jean-Marie, « Secret et justice, les fondements historiques du secret de l'instruction », *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1243-1269 ; HALPERIN, Jean-Louis, « La visualisation des différentes procédures en Europe, XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle », *Sociétés & Représentations*, vol. 18, no. 2, 2004, p. 63-73.

<sup>139</sup> Deux travaux traitent les « garanties judiciaires » dans le procès pénal de manière générale pour l'époque de notre étude : ASTAING, Antoine, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles : Audace et pusillanimité de la doctrine française*, PUAM, 1999 ; BLOT-MACCAGNAN, Stéphanie, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : étude de la pratique angevine*, Rennes, PUR, 2010.

<sup>140</sup> Cf. la bibliographie à la fin de l'étude.

<sup>141</sup> ACERRA, Martine, « Les avocats au parlement de Paris (1661-1715) », *HES*, 1<sup>e</sup> année, N° 2, 1982, p. 213-225 ; DELACHENAL, Roland, *Histoire des avocats au Parlement de Paris, 1300-1600*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie., Paris, 1885 ; FOURNEL, Jean-François, *Histoire des avocats au Parlement et du barreau de Paris*, Paris, Maradan, 1813.

biographiques sur quelques officiers ou personnages notables complètent le tableau car ils permettent de mettre en contexte les sources utilisées.

Cette étude prétend dépasser une démarche purement descriptive des procédures existant à l'époque moderne, ce qui exige une vaste variété des sources, par ailleurs très hétéroclites. D'un point de vue épistémologique, l'étude propose une articulation entre les sources qui montrent les objets qui peuvent être décrits (le « droit positif » qui consacre les formes et procédures) et les discours qui peuvent être commentés (de la royauté, des légistes, de la magistrature, des praticiens). La pratique en elle-même est considérée sans prétendre à une « étude de cas » particulière d'un point de vue territorial<sup>142</sup> ; l'intérêt étant de présenter le débat dans un cadre « national ». Par ailleurs, sont privilégiés les sources qui ont pu être l'objet d'une discussion publique ou qui reflètent un discours « commun » – soit dans le cadre d'une élite judiciaire ou politique, soit avec une portée populaire plus large.

Le droit « positif » est une source essentielle non seulement parce qu'il est l'objet principal d'une recherche en histoire du droit, mais aussi parce qu'il a une fonction heuristique qui permet d'identifier les différents discours qui défendent ou critiquent les formes et procédures de l'époque.

Les discours « communs » des sources analysées peuvent être classifiés en trois catégories : ceux des légistes, ceux de la magistrature et ceux des praticiens. *Primo*, les *légistes* sont les acteurs dont les ouvrages configurent la pensée politique ou « constitutionnelle » de la monarchie d'Ancien Régime depuis le XVI<sup>e</sup> siècle. Un courant historiographique du XX<sup>e</sup> siècle divise la pensée des auteurs en deux groupes : les « absolutistes » et les « modérés » ou « constitutionnalistes ». Parmi les premiers, Bodin apparaît comme la figure principale ; chez les seconds se trouvent les auteurs dits monarchomaques (François Hotman et Théodore de Bèze), Claude de Seyssel, Etienne Pasquier, entre autres. Néanmoins, cette distinction ne permet d'appréhender la complexité de la réflexion sur le régime monarchique à l'époque moderne, d'autant plus en ce qui concerne le rapport entre les formes juridiques et les libertés publiques. Il est en effet difficile de trouver une cohérence dans les deux « courants », comme le

---

<sup>142</sup> Même si une majorité relative des sources a comme origine les acteurs établis à Paris, l'étude ne prétend pas décrire le cas spécifiquement parisien.

souligne une historiographie plus récente<sup>143</sup>. Le discours des légistes est loin d'être binaire, car ils affirment plusieurs « degrés » dans les limites de la souveraineté et ses conséquences pratiques. Symétriquement, sur le plan dogmatique, ces limites sont autant de « degrés de liberté » des sujets. L'intérêt de cette étude est ainsi de relever les aspects des ouvrages des légistes qui lient la réflexion sur les « degrés de liberté » proposés aux formes et procédures de leur époque.

*Secundo*, le discours de la magistrature est composé principalement des sources produites par les cours souveraines du royaume, mais également par les agents de justice tel que les procureurs généraux ou les avocats du roi<sup>144</sup>. Il est important pour trois raisons. La première, d'ordre dogmatique, tient au fait que la magistrature conçoit la monarchie comme un « État de justice », ce qui a de conséquences concernant le pouvoir normatif du souverain. La deuxième raison est plus pratique, elle s'explique par le rôle des cours souveraines en tant qu'organes d'administration de la justice et par conséquent vecteur de création de la procédure. Enfin, au XVIII<sup>e</sup> siècle, la magistrature revendique haut et fort son rôle de garante des libertés, ce qui se manifeste dans de son discours<sup>145</sup>. Les sources de la magistrature montrent ainsi que la procédure est l'un des biais par lesquels elle entend protéger certains droits et libertés face au pouvoir monarchique. En ce sens, les remontrances des cours souveraines sont incontournables pour comprendre l'ampleur de leur défense des formes juridiques et leur rapport avec les libertés anciennes malgré le fait qu'il s'agisse de documents « de circonstance »<sup>146</sup>.

*Tertio*, le discours des praticiens composé des ouvrages de la doctrine relative à la pratique judiciaire et à sa déontologie, ainsi que les plaidoiries, mémoires, consultations et *factums* des avocats. Bien que par leur nature ces sources soient loin de présenter un discours homogène, elles permettent de repérer les changements dans l'argumentation juridique autour du respect des procédures. En outre, elles concernent principalement le procès judiciaire et ont l'avantage d'être moins laconiques que les

---

<sup>143</sup> La démonstration d'Arlette Jouanna est, en ce sens, très convaincante : JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu...*, op. cit., p. 22-34 (format kindle).

<sup>144</sup> Marie-France Renoux-Zagamé utilise la notion de « discours du Palais » qui englobe ainsi les acteurs principaux de la justice royale (magistrature, avocats et procureurs du roi).

<sup>145</sup> Une partie de l'historiographie voit en ce discours une opposition politique qui entraîne la chute de la monarchie. À l'inverse, des études plus récentes considèrent que même si l'entreprise de la magistrature est conservatrice, elle ne suppose pas une opposition systématique ou de principe à la royauté. Voir en particulier : SWANN, Julian, « Un monarque qui veut "régner par les lois" : le Parlement de Paris et le roi dans la France de Louis XV », *Parlement[s], revue d'histoire politique*, vol. 15, no. 1, 2011, p. 44-58.

<sup>146</sup> Qui s'impose à la lecture de ces sources, sans pourtant leur enlever l'intérêt en tant que documents portant un discours très spécifique et élaboré.

arrêts des parlements. Par ailleurs, la pratique est aussi constituée dans une certaine mesure par les avocats : outre leur rôle dans la production de la doctrine procédurale, les avocats jouissent d'une liberté d'expression et de presse élargie par le biais des *mémoires judiciaires* et ont un esprit de corps aussi fort que celui des magistrats. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, ils vont entériner le discours sur la procédure garante des libertés des sujets, tout en opérant un changement lexical (par exemple, des sujets aux citoyens, des lois fondamentales de la monarchie à la constitution de l'État). Ainsi, certains avocats vont opposer au pouvoir souverain absolu un discours à vocation pratique. Or il comporte aussi un aspect politique, qui emprunte également à la pensée des Lumières, aux physiocrates et aux auteurs du jusnaturalisme.

Toutefois, la classification précédente n'est pas monolithique, car un auteur peut parfaitement appartenir à la fois à deux catégories. Aussi, elle s'efforce d'englober un grand nombre des sources analysées mais ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Il y a en effet certains documents très difficiles à faire entrer dans cette classification, non seulement en raison de la profession de l'auteur, mais aussi en raison de l'ambiguïté du discours<sup>147</sup>. En outre, l'étude prend en compte quelques sources que l'on peut qualifier par commodité de « populaires » : les cahiers de doléances et les procès-verbaux de rédaction des coutumes. Enfin, les débats sur le contenu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et la législation postérieure ne suivent pas non plus la logique de notre classification ternaire des « discours ».

Une dernière précision mérite d'être relevée. Parmi la diversité des sources, un fil conducteur permet de les rapprocher : leur vocation à être publiques, divulguées et connues d'un public assez large. Elles sont essentiellement imprimées car l'étude s'intéresse à la portée « publique » d'un discours politique/juridique, ce qui suppose la facilité de circulation. Enfin, l'écriture a été modernisée, sauf quelques exceptions, pour une meilleure lisibilité.

---

<sup>147</sup> En guise d'illustration, on peut évoquer l'*Esprit des lois* de Montesquieu : c'est l'ouvrage d'un magistrat que, bien qu'ayant des points en commun avec le discours de la magistrature, dépasse (et influence) largement les réflexions produites au sein des cours souveraines. Les sources issues de la pensée des physiocrates sont également un exemple, elles touchent certains aspects de l'étude sans pourtant rentrer dans ces trois catégories.

## *Plan*

L'idée d'un droit subjectif « aux formes juridiques » résulte de la sédimentation de plusieurs réflexions autour des fonctions sociales du droit. Elle n'est pas le résultat d'une pensée isolée, mais l'assemblage de plusieurs discours qui dépassent parfois largement le champ juridique – ou de la « théorie du droit » en tant que recherche d'un système auto-référentiel. Cette étude entend retracer un long chemin : il part du principe du respect de la loi par le *princeps*, pour parvenir à l'énonciation d'un droit naturel et civil aux « formes déterminées par la Constitution » garantissant des libertés individuelles. Cette démarche ne suggère aucune vision anthropologique finaliste de la notion dans laquelle il y aurait un commencement (la soumission du souverain aux lois) qui aboutirait forcément à une fin (le droit au procès). L'intérêt est plutôt de saisir les rapports – mutations, variations, juxtapositions – entre les formes juridiques et les libertés publiques pendant l'Ancien Régime, période charnière d'évolution de la pensée politico-juridique. Parmi ces rapports, la transition entre une conception « objective » des formes juridiques vers la conception subjective sous-jacente à la notion de « droit au procès » est essentielle pour comprendre la place centrale qu'elle occupe dans le droit processuel français. Il est donc nécessaire de retracer d'abord les discours des différents acteurs d'Ancien Régime qui ont pensé les formes et les procédures juridiques comme un moyen de protection des libertés publiques (Première Partie). Cette réflexion théorique aura ses déclinaisons pratiques qui, tant dans l'existence et l'application de la normativité royale que dans les différentes critiques faites à la pratique, vont permettre la formulation d'un contenu spécifique à la notion et à la réalisation d'un droit au procès (Seconde Partie).

## PREMIÈRE PARTIE : Penser le droit au procès

---

La notion de droit au procès n'existe certes pas sous l'Ancien Régime ; mais, comme souvent, la réalité à laquelle elle renvoie a pu être pensée bien avant l'apparition de la formule<sup>148</sup>. Elle renvoie en effet à une réalité sociale : la nécessité de fixer des bornes au pouvoir politique. La concrétisation d'un pouvoir central qui surgit à partir du XI<sup>e</sup> siècle – d'abord dans le cadre de l'Église, ensuite dans les royaumes – produit une réflexion autour des moyens son encadrement. Ainsi, chaque argument avancé en faveur du caractère *absolu* du pouvoir royal – et bientôt étatique – génère, symétriquement, un motif déployé en vue de trouver les moyens de le conditionner. Le *procès* joue un rôle essentiel dans la recherche des conditions d'accès et d'exercice du pouvoir (par le biais des mots utilisés par métonymie, tel que les *formes*, *formalités* et *procédures*). Cependant, les raisonnements mis au service de la pensée du droit au procès s'enchevêtrent : quelques-uns prennent appui sur la stabilité et à la contingence des normes, d'autres sur la lenteur ou sur la célérité de l'enchaînement des actes, ou bien sur la publicité ou sur les arcanes desdits actes, ou encore sur les aspects moraux et sur les ressorts juridiques de l'exercice du pouvoir politique. Tout cela fait obstacle à toute prétention de systématisation de la pensée relative au droit au procès à l'époque de cette étude.

Malgré cette hétérogénéité, une tendance peut être constatée dans les différents discours qui postulent le droit au procès sous l'Ancien Régime : il s'agit de l'infléchissement des arguments autour des formes juridiques, lesquels tendent au fur et à mesure vers leur subjectivisation<sup>149</sup>. La construction dogmatique du droit au procès

---

<sup>148</sup> Voir les hypothèses formulées par CADIET, Loïc, « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme : hypothèse », *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 140-151. D'une manière plus générale, nous renvoyons à l'article de Michel Troper sur la question du caractère opératoire des concepts dans l'histoire juridique : TROPER, Michel, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47<sup>e</sup> année, N. 6, 1992, p. 1171-1183.

<sup>149</sup> Sur la notion de subjectivisation en droit, la bibliographie est vaste : APD, Tome 9, Paris, Sirey, 1964 ; CALIXTE, Fritz, *L'équivoque de la détermination : penser la subjectivité entre Anciens et Modernes*, Thèse de Doctorat en Philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, 336 p. ; COLIOT-THELENE, Catherine, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus politicum*, n° 1, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/Apres-la-souverainete-que-reste-t-il-des-droits-subjectifs-27.html> (consulté le 3 mai 2020) ; *Droits subjectifs et citoyenneté*, Olivier Beaud, Catherine Colliot-Thélène et Jean-François Kervegan (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2019 ; CARPINTERO, Francisco, *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Cadiz, Universidad de Cadiz, Servicio de Publicaciones, 2003 ; LUHMANN, Niklas, « De la fonction des "droits subjectifs" », *Trivium* [En ligne], 3 | 2009, disponible sur : <https://journals.openedition.org/trivium/3265> (consulté le 3 mai 2020) ; MANETTI, Paolo, *Soggettività giuridiche : panorama critico*, Torino, Giappichelli Editore, 2017. La « naissance » du droit subjectif est à l'origine d'une querelle bien connue : VILLEY, Michel, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD*, Tome 9, Paris, Sirey, 1964, p. 97-127 ; *ID.*, « L'idée du droit subjectif et les systèmes

passé tout d'abord par un discours autour du principe politique de respect de la procédure, qui deviendra la pierre angulaire de la liberté individuelle (Titre I). Ce discours – ainsi que la mutation des arguments tout au long de la période – s'incarne institutionnellement dans la magistrature ancienne, laquelle joue un rôle central dans l'agencement de la monarchie française. De ce fait, elle se considère – à travers le respect des formes juridiques et judiciaires – comme la garante par excellence du procès (Titre II).

---

juridiques romains », *RHDFE*, Quatrième série, vol. 24 (1946-1947), p. 201-228 ; *contra* : TIERNEY, Brian, « Villey, Ockham, and the Origin of Natural Rights », *The Weightier Matter of Law. Essays on Law and Religion*, John Witte Jr. et Frank S. Alexander (ed.), Atlanta, Scholars Press, 1988, p. 1-31 ; et, à titre de synthèse : SOL, Thierry, « La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XII<sup>e</sup> siècle : difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel », *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris, LGDJ, 2016, p. 209-234.

## TITRE I : LA PROCEDURE COMME FONDEMENT DE LA LIBERTE

La pensée politique de l’Ancien Régime est l’héritière d’une certaine idée de la liberté – d’un point de vue philosophique – issue de deux traditions : celle de la Grèce antique et celle de la tradition judéo-chrétienne<sup>150</sup>. Cependant, l’approche juridique que plusieurs auteurs ont sur la question renvoie également aux rapports entre les *magistrats* au sens large, c’est-à-dire à tous ceux qui exercent un pouvoir public. Les références aux institutions de la civilisation romaine et à son droit sont nombreuses. Les Romains se sont moins attardés à la question théorique de la « liberté politique » que les Grecs, pour s’attacher davantage à l’agencement des pouvoirs dans la cité et aux procédures juridiques garantissant la liberté des citoyens. En ce sens, le respect desdites procédures est un principe de l’organisation sociale et *in fine* de la liberté. Il en va de même pour l’Ancien Régime, où les rapprochements avec les institutions romaines demeurent fréquents<sup>151</sup>.

Si l’on conçoit l’idée d’une organisation sociale du point de vue des particuliers, la procédure se présente comme un rempart aux pouvoirs des *magistrats*. C’est-à-dire, comme le moyen par lequel les libertés seraient fondées voire garanties face à ceux qui exercent une puissance publique. Voilà pourquoi les théoriciens de la monarchie absolue ont fait leur la séparation des définitions de magistrat et de souverain. Jean Bodin (†1596), par exemple, récuse l’opinion de ses prédécesseurs et propose une division bipartite des degrés d’autorité publique : il sépare en effet le *Prince souverain* et le *Magistrat*. Selon lui, le premier « n’a rien plus grand ni égal à soi, voyant tous les sujets sous sa puissance »<sup>152</sup>, et le deuxième doit savoir « comment il faut obéir au souverain »<sup>153</sup>. Il rompt ainsi, sur le plan théorique, avec la possibilité d’un « régime mixte » dans lequel les magistrats pourraient limiter le souverain<sup>154</sup>. Or ceci ne met pas

---

<sup>150</sup> MORANGE, Jean, « Liberté », *Dictionnaire de la culture juridique...*, *op. cit.*, p. 946. Voir sur ces deux traditions : ROMILLY, Jacqueline de, *La Grèce antique à la découverte de la liberté*, Paris, Le livre de Poche, n° 4128, 1989 ; GESCHÉ, Adolphe, « L’invention chrétienne de la liberté », *Revue théologique de Louvain*, 28, 1997, p. 3-27.

<sup>151</sup> Pour la période précédente, voir : WEIDENFELD, K., « Le modèle romain dans la construction d’un droit public médiéval... », *op. cit.*, p. 479-502.

<sup>152</sup> BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, Paris, du Puys, 1579, p. 408.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 408. Voir les remarques de : BEAUD, Olivier, *La puissance de l’Etat...*, *op. cit.*, 153-178.

<sup>154</sup> Sur l’idée de régime mixte au Moyen Âge et à l’époque moderne : BLYTHE, James M., *Le gouvernement idéal et la constitution mixte au Moyen Âge*, Fribourg, Academic Press, Paris, Éditions du CERF, 2005 ; *Le gouvernement mixte. De l’idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIII<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, études réunies par Marie Gaille-Nikodimov, Saint-Étienne, Publications de l’Université de Saint-Étienne, 2005 ; ROUSSEL, Mélanie, *Du « bon régime »*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, p. 88-138.

un terme à la réflexion autour les moyens procéduraux pour garantir les libertés des sujets. D'autant que la réflexion théorique reflétait mal la pratique du pouvoir.

Au-delà de la division classique de l'historiographie entre « absolutistes » et « modérés » du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>155</sup>, il existe des degrés de « modération de la puissance » chez les auteurs. Elle se manifeste donc à travers les conditions d'intervention des magistrats et du souverain. Les limitations de la puissance des *magistrats* et du souverain découvrent autant de « degrés de libertés » des sujets du roi.

Si l'on se réfère aux dispositifs – dans le sens de procédures – qui permettent la garde des libertés de sujets du roi, deux moments emblématiques s'imposent. D'abord celui de l'élaboration de la norme, quand le souverain – personnellement ou à travers les magistrats – prétend imposer son pouvoir de *produire* la norme (Chapitre 1). Puis celui de son exécution ou de son application par ces mêmes acteurs (Chapitre 2).

---

<sup>155</sup> CHURCH, William F., *Constitutional Thought in Sixteenth Century France. A Study in the Evolution of Ideas*, New York, Octagon Books, 1969.

## Chapitre 1. Le respect de la procédure dans la production normative

Le mécanisme de production de la norme sous l’Ancien Régime pourrait être théoriquement réduit à une phrase : *quod principi placuit legis habet vigorem*<sup>156</sup>. Néanmoins, la réalité des institutions est plus complexe que ce supposé volontarisme législatif. Si le *princeps* à l’époque moderne est déjà un « législateur », il ne l’était guère quelques siècles auparavant. En effet, les premiers capétiens – tout comme leurs prédécesseurs carolingiens – se montrent incapables d’imposer leurs « lois » dans le royaume (et souvent même dans leur propre domaine), car une multitude d’« écrans » issus de la féodalité et des *ordines* de la société s’interposent. Au fur et à mesure, ces « écrans » et ordres deviennent les institutions d’un corps politique théoriquement unitaire – l’État monarchique – et ils prétendent participer à la production des règles les concernant.

*Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet*<sup>157</sup>, ont sans cesse répété certains canonistes depuis le XII<sup>e</sup> siècle. La règle provenant du droit romain privé, prendra un tout autre sens dans l’espace hétéroclite de l’Europe du Moyen Âge, car elle sert d’argument pour contrer toute prétention législative unipersonnelle<sup>158</sup>. L’utilisation de la formule engage plusieurs domaines juridiques : elle est la forme qui permet de protéger la liberté personnelle dans le cadre des décisions collégiales ; elle alimente également le progrès de l’idée constitutionnelle du consentement aux normes<sup>159</sup>. Ainsi,

---

<sup>156</sup> ULPIEN, D., I. 4. 1. Sur l’utilisation de la formule au Moyen Âge : RIGAUDIÈRE, Albert, « *Princeps legibus solutus est*, Dig. I, 3, 1 et *Quod principi placuit legis habet vigorem* (Dig., I, 4, 1 et Inst., I, 2, 6) à travers trois coutumiers du XIII<sup>e</sup> siècle », *Hommages à Gérard Boulvert*, Nice, Université de Nice, 1987, p. 427-451. Pour les prolongements à l’époque moderne : MOREL, Henri, « L’absolutisme français procède-t-il du droit romain ? », *Histoire du droit social. Mélanges en honneur de Jean Imbert*, Jean-Louis Harouel (dir.), PUF, 1989, p. 425-440.

<sup>157</sup> « Ce qui concerne tout le monde doit être discuté et approuvé par tout le monde ». Voir, parmi d’autres : BOUREAU, Alain, « *Quod omnes tangit* : de la tangence des univers de croyance à la fondation sémantique de la norme juridique médiévale », *Le Gré des langues*, n° 1, 1990, p. 137-153 ; CONDORELLI, Orazio, « "*Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*". Note sull’origine e sull’utilizzazione del principio tra medioevo e prima età moderna », *Ius Canonicum*, Vol. 53, 2013, p. 101-127 ; CONGAR, Yves M.-J., « *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* », RHDFFE, Quatrième série, Vol. 35 (1958), p. 210-259 ; FASOLT, Constantin, « *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* : The Words and the Meaning », *Past sense : studies in medieval and early modern European history*, Leiden, Brill, 2014, p. 222-257 ; GIESEY, Ralph E., « "*Quod omnes tangit*" – A Post Scriptum », *Festschrift Gaines Post, Studia Gratiana*, 15, 1972, p. 321-332 ; GOURON, André, « Aux origines médiévales de la maxime : *Quod omnes tangit* », *Histoire du droit social...*, op. cit., p. 277-286 ; MARONGIU, Antonio, « Il principio della democrazia e del consenso (*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*) del XIV secolo », *Studia Gratiana*, 8, 1962, p. 556-575 ; MERELLO ARECCO, Italo, « La máxima "*Quod omnes tangit*". Una aproximación al estado del tema », *Revista de estudios socio-jurídicos*, XXVII, 2005, p. 163-175 ; PENNINGTON, Kenneth, « Representation in Medieval Canon Law », *The Jurist*, No. 64, 2004, p. 361-383.

<sup>158</sup> CONGAR, Y. M.-J., « *Quod omnes tangit...* », op. cit., p. 222-224.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 215. Sur le « constitutionnalisme » de l’Église médiévale : FONBAUSTIER, Laurent, *La déposition du pape hérétique : une origine du constitutionnalisme ?*, Paris, Mare & Martin, 2016 ; RIALS, Stéphane, « Sur les origines canonicales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, N° 44, février 1988, p. 141-153 ; TIERNEY, Brian, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, 1993.

la redécouverte (puis le détournement) de la formule *Q. o. t.* au Moyen Âge devient un élément central pour comprendre en quoi la procédure constitue la matrice des réflexions et des combats autour des libertés publiques<sup>160</sup>.

Penser le droit au procès implique alors une réflexion plus vaste sur les moyens de production de la norme, qui ne s'épuise pas dans l'idée de pure volonté législative. La procédure est un ensemble de formes *nécessaires* pour légiférer, étroitement liées aux libertés que le sujet peut exercer. L'une d'elle prévoit la participation des sujets, et est au cœur même de l'idée de liberté, en dépit de l'évolution de la doctrine absolutiste qui tend à écarter les sujets. Or l'éloignement peut apparaître paradoxal, car l'« esprit de conseil » du souverain est un principe de l'État royal. Pour autant, l'idée selon laquelle ce principe de conseil doit se concrétiser dans un processus de délibération — meilleur moyen pour garantir les libertés — demeure (Section 1). Elle permet de renforcer un discours historique revendiquant l'existence des formes préétablies pour produire les normes (Section 2).

---

<sup>160</sup> Voir les critiques de Niklas Luhmann à la théorie de la délibération de Jürgen Habermas : LUHMANN, Niklas, « *Quod omnes tangit*. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas », *Actuel Marx*, vol. 21, no. 1, 1997, p. 29-48.

## Section 1. La liberté comme résultat d'un processus délibératif

A l'époque féodale, l'organisation politique et sociale repose sur les principes de l'*auxilium* et du *consilium*. Ces devoirs du vassal sont également des prérogatives, car le seigneur doit entendre son conseil – sans obligation de le suivre – s'il veut bénéficier de son aide « sincère »<sup>161</sup>. Demander l'avis de son féal relève d'un rapport contrainte/obéissance que le seigneur ne peut ni ignorer ni négliger, surtout à une époque au cours de laquelle la royauté prétend élargir sa capacité d'agir dans des territoires où ses prérogatives sont contestées. S'ensuit une pratique royale qui, tout en diminuant l'influence des autorités issues de la féodalité, maintiendra l'exigence d'une décision « informée » du roi par l'intermédiaire d'une « procédure raisonnable »<sup>162</sup>.

L'influence thomiste demeure sous l'Ancien Régime dans le domaine juridique, même si depuis Bodin la rupture théorique est clairement faite. Si le contenu de la loi n'est plus le critère de son existence et de sa validité, il n'en demeure pas moins important pour la légitimité du souverain<sup>163</sup>. Pour le roi, s'assurer un « bon contenu » des normes est une exigence – quelques-uns la considèrent morale, d'autres juridique – sans laquelle le souverain pourrait porter atteinte aux libertés de ses sujets. Le processus de délibération préalable assure *in fine* le bon contenu de la norme.

*Mutatis mutandis*, le rapport féodal entre délibération et liberté persiste pour les juristes de l'Ancien Régime, et notamment pour les légistes royaux – bien entendu, à différents degrés. Sous la monarchie absolue, le souverain doit délibérer avec son entourage sur la législation conçue pour l'ensemble du royaume (§1). L'intervention « populaire » sur le contenu des « coutumes officielles » doit être réalisée au travers des procédures qui permettent la délibération (§2).

---

<sup>161</sup> Voir la lettre de Fulbert de Chartres à Guillaume d'Aquitaine, *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, Paris, Victor Palmé, 1869-1880, tome X, p. 463. Sur l'aide et conseil : DEVISSE, Jean, *Essai sur l'histoire d'une expression qui a fait fortune : "Consilium" et "auxilium" au IX<sup>e</sup> siècle*, Paris, La renaissance du livre, 1968 ; FRANÇOIS, Michel, « "Auxilium et consilium" dans la langue et la pensée médiévales », *Bulletin de la Société nationale des Antiquaires de France*, 1967, 1969, p. 111-120.

<sup>162</sup> BOURNAZEL, Éric, « Réflexions sur l'institution du conseil aux premiers temps capétiens (XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles) », *CHRM*, [En ligne], 7 | 2000, §31, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/876> (consulté le 31 janvier 2019).

<sup>163</sup> SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 392-394.

## §1. L'exigence de délibération de la législation royale

Délibérer est un terme qui prend tout son sens dans l'État démocratique, malgré les « crises » récurrentes de la démocratie ou des organes représentatifs. En effet, si l'on considère que le pouvoir politique réside *in fine* dans la masse de citoyens (conçue comme « peuple » ou comme « nation »), il est nécessaire de mettre en place les formes pour que les citoyens puissent y participer<sup>164</sup>. Toutefois, la délibération n'est nullement l'apanage des démocraties ; tout au long de la monarchie française, elle a eu une place essentielle : qu'elle le soit pour la validité des normes « étatiques » de la royauté féodale (A) ; en tant qu'exigence morale pour un souverain qui incarne l'union de la République (B) ; ou comme technique de « droit gouvernement » (C).

### A. Une nécessité pour la validité de la législation féodale

Légiférer est une prérogative régaliennne depuis le XII<sup>e</sup> siècle. À l'instar de l'empereur romain, le roi de France est lui-aussi *lex animata*<sup>165</sup>. La prérogative est cependant confrontée à la réalité féodale, telle que la puissance militaire des grands seigneurs, parfois supérieure à celle du roi<sup>166</sup>. De ce fait, les premiers capétiens peuvent difficilement se prévaloir de la force pour faire appliquer leurs dispositions de portée générale. À sa place, ils optent pour une approche plus juridique : une légalité issue des rapports féodo-vassaliques<sup>167</sup>. Il s'agissait de « délibérer » le contenu des dispositions générales avec ceux qui pouvaient les faire appliquer dans les différents territoires du royaume. Cette stratégie est par ailleurs un premier pas dans le lent

<sup>164</sup> Pour un panorama des critiques et des réflexions sur la crise de la démocratie, des défenses historiques de la démocratie dans la pensée politique occidentale et des rapports entre la démocratie et la délibération, voir : LANDEMORRE, Hélène, *Democratic reason. Politics, collective intelligence, and the rule of the many*, Princeton University Press, 2013, chapitres 2, 3, 4 et 5.

<sup>165</sup> MAYALI, Laurent, « *Lex animata*, rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles) », *Renaissance du pouvoir législatif, et genèse de l'État*, dirigé par André Gouron et Albert Rigaudière, Montpellier, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 155, 1988, p. 155-164 ; GIORDANENGO, Gérard, « Le pouvoir législatif du roi de France (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.) : travaux récents et hypothèse de recherches », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. 147, 1989, p. 283-310.

<sup>166</sup> DHONDT, Jan, *Études sur la naissance des principautés territoriales en France (IX<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècle)*, Brugge, De Tempel, 1948 ; DUNBABIN, Jean, « West Francia : The kingdom », *The new Cambridge Medieval History*, Tome 3, Reuter, Cambridge, 1999, p. 372-397 ; DUNBABIN, Jean, *France in the Making, 843-1180*, Oxford University Press, 2000, p. 133-140 ; GROSSE, Rolf, « La royauté des premiers Capétiens : "un mélange de misère et de grandeur" ? », *Le Moyen Âge*, 2008/02, Tome CXIV, p. 255-271 ; LEMARIGNIER, J.-F., *Le gouvernement royal aux premiers temps capétiens...*, *op. cit.*, p. 37-65, NEWMAN, William Mendel, *Le domaine royal sous les premiers capétiens (987-1180)*, Paris, Sirey, 1937, p. 86-100.

<sup>167</sup> BOURNAZEL, E., « Réflexions sur l'institution... », *op. cit.*, §5 ; *ID.*, « Société féodale et fonction publique (fin X<sup>e</sup> siècle - milieu XIII<sup>e</sup> siècle) », *Histoire de la fonction publique en France*, Tome 1, *Des origines au XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Nouvelle librairie de France, 1993, p. 117-309 ; *ID.*, « Chapitre IV. La royauté féodale en France et en Angleterre X<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles », *Les féodalités*, Jean-Pierre Poly et Eric Bournazel (dir.), Paris, PUF, 1998, 448-487.

affermisssement de la souveraineté royale. Le principe de délibération, tel que la pratique des premiers capétiens le montre, implique une « adhésion à la mesure adoptée »<sup>168</sup> de la part des grands seigneurs. On peut imaginer que cet assentiment résulte, selon les mots de l'Aquinate, d'une « confrontation [...] qui porte sur ce qu'il convient de faire »<sup>169</sup>, au service de l'utilité commune<sup>170</sup>.

D'après Éric Bournazel, la pratique de la délibération – comme adhésion de la part de ceux qui y participent – commence à s'estomper à partir de 1223<sup>171</sup>. Elle se voit substituer le « commun conseil », qui ne comporte plus l'élément d'approbation à la disposition exprimée par un serment. Dans ces conditions, la délibération ne serait plus une condition de validité des règles juridiques à vocation générale dans les différents territoires. À la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, la royauté ne saurait faire l'économie de la délibération dans le sens thomiste de « confrontation de plusieurs personnes » en vue d'un objectif. Elle reste le critère, sur le plan substantiel, de l'existence de la norme médiévale : le « bien commun » ou « commun profit »<sup>172</sup>, critère flou certes, dans lequel peuvent entrer plusieurs éléments. La délibération n'est plus alors qu'un moyen de s'assurer que la norme a un contenu conforme à ce *commun profit*. Le préambule des ordonnances est à cet égard exemplaire, même s'il est de l'ordre de la formule diplomatique<sup>173</sup> : au moment où le pouvoir normatif du roi commence à être conçu comme *absolu*, les préambules viennent sans cesse rappeler leur caractère *rationnel* résultant de l'accomplissement de cette exigence de délibération<sup>174</sup>. C'est

---

<sup>168</sup> BOURNAZEL, E., « Réflexions sur l'institution... », *op. cit.*, §39.

<sup>169</sup> *Somme Théologique*, Ia IIae, Q. 14, cité par : MOREAU, Pierre-Yves, *La notion de délibération en droit constitutionnel français*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Limoges, 1999, p. 11.

<sup>170</sup> « On ne délibère pas pour le plaisir [...], mais pour réaliser l'idée de justice ou dégager une vérité. L'idéal délibératif apparaît donc assez exigeant, sinon subtil. Il repose sur la conviction qu'il existe une vérité, mais il faut en même temps ne pas exagérer l'importance de cette vérité afin de respecter la diversité des opinions ». *Ibid.*, p. 12.

<sup>171</sup> BOURNAZEL, E., « Réflexions sur l'institution... », *op. cit.*, §40-41. Il s'agit en l'occurrence de la formule « *quod per voluntatem et assensum* » trouvée dans l'Établissement de Louis VIII de novembre 1223, concernant les juifs. ISAMBERT, Tome I, p. 222.

<sup>172</sup> Pour une perspective historique de la notion de bien commun, voir le volume 32/2 de la *RFHIP* (2010), en particulier les articles de Bruno Dumézil, Yves Sassier, Corinne Leveleux-Teixeira, Lydwine Scordia, Vincent Challet et Gisela Naigle, ainsi que : DOUNOT, Cyrille, « Le bien commun dans la législation royale (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Bulletin de Littérature Ecclésiastique*, n° 472, t. CXVIII-4, 2017, p. 99-114 ; et SAINT-BONNET, François, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir.), Paris, Dalloz, 2007, p. 9-21.

<sup>173</sup> Voir : BARRET, Sébastien et GREVIN, Benoît, *Regalis excellentia. Les préambules des actes des rois de France au XIV<sup>e</sup> siècle (1300-1380)*, Paris, École des Chartes, 2014 ; SEIGNALET-MAUHOURET, François, « À ces causes... » *Essai sur les préambules des ordonnances royales aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Toulouse I, 2004 ; *ID.*, « La valeur juridique des préambules des ordonnances royales », *RHDFE*, Vol. 84, No. 2 (avril-juin 2006), p. 229-258 ; *ID.*, « Le prince et la norme sous l'Ancien Régime : un prince absolu soumis à la norme », *Le prince et la norme... op. cit.*, p. 163-176.

<sup>174</sup> Sous les premiers capétiens, la référence au conseil est faite depuis le règne de Louis VI (voir ISAMBERT, Tome I, p. 135 et 138). La référence à une délibération (« *provida deliberatione et perhabito salubri consilio* ») est attestée dès le règne de Louis VIII, mais il ne s'agit pas d'une loi *stricto sensu* : « Lettres patentes du roi portant ordre de faire serment de fidélité à Louis son fils aîné » de novembre 1226, ISAMBERT, Tome I, p. 228.

sous le règne de Philippe IV que le langage de la délibération devient omniprésent dans les actes royaux : « par grant délibération de nostre Conseil »<sup>175</sup>, « *Nos, per magnam deliberationem nostri Consili* »<sup>176</sup>, « avec notre Conseil avons entraitié délibération & accord »<sup>177</sup>, « *cum magno consilio, & cum magna deliberatione* »<sup>178</sup> sont autant de formules que l'on trouve depuis le début du XIV<sup>e</sup> siècle. De la sorte, l'idée sous-jacente est que le roi ne légifère jamais seul. Les manuels d'histoire des institutions la désignent souvent comme l'« esprit de conseil »<sup>179</sup> ; nous retenons plutôt la délibération – en tant que notion et pratique –, car elle évoque plus précisément une forme proprement procédurale.

La pratique de la délibération dans l'élaboration des normes n'est pas conçue comme obligatoire à la fin du Moyen Âge. Plus tard, dans la pensée de Bodin, cette idée est systématisée dans une théorie complète de la souveraineté de la République<sup>180</sup>. Toutefois un élément de l'exigence de délibération demeure. Si celle-ci n'est plus une contrainte pour la validité de la norme *erga omnes* faite par le souverain – car elle est désormais identifiée à sa volonté –, elle l'est en revanche pour la légitimité – « recevabilité » selon Bodin<sup>181</sup> – du commandement souverain. Tout au long l'Ancien Régime, plusieurs arguments se superposent pour illustrer cette exigence morale de délibération de la volonté souveraine, y compris le recours au passé.

---

<sup>175</sup> Ordonnance sur les monnaies, juin 1313, *ORF*, Tome I, p. 525.

<sup>176</sup> Lettre adressée au Sénéchal de Nîmes, octobre 1313, *ORF*, Tome I, p. 532

<sup>177</sup> Ordonnance sur les monnaies, juin 1313, *ORF*, Tome I, p. 519.

<sup>178</sup> Ordonnance contre les usures juillet 1311, *ORF*, Tome I, p. 484.

<sup>179</sup> Voir : BARBICHE, Bernard, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne*, PUF, 2012, p. 62 ; CASTALDO, André et MAUSEN, Yves, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 178 ; CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 2007, p. 206-207 ; LOVISI, Claire, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 203-204 ; MARTIAL, Mathieu, *Histoire des institutions. L'ancienne France (V<sup>e</sup> siècle-1789)*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 243-244 ; OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 251 ; RIGAUDIÈRE, Albert, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, Economica, 2018, p. 394 ; SUEUR, Philippe, *Histoire du droit public français XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle. Tome I. La Constitution monarchique*, Paris, PUF, 2008, p. 187-188.

<sup>180</sup> Plusieurs développements dans les *Six Livres de la République* insistent sur ce point. BODIN, J., *Les six livres de la République...*, *op. cit.*, *passim*. Voir l'exemple spécifique, parmi d'autres, de la monarchie française : « Et même par ordonnance de Louis onzième roi de France, touchant l'institution des Chevaliers de l'ordre article VIII, il est expressément dit, que le roi n'entreprendra guerres, ni autres choses hautes, & dangereuses, sans le faire à savoir aux Chevaliers de l'ordre, pour avoir, & user de leur conseil & avis. Qui fait aussi que les édits de nos rois, s'ils ne sont lus, publiés, vérifiés, & enregistrés en Parlement, avec le consentement de M. le Procureur général & approbation de la Cour, n'ont point d'effet [...]. Je dis que ces objections ne peuvent empêcher, que la règle d'état, que nous avons posée, ne soit véritable », p. 146.

<sup>181</sup> Malgré la thèse volontariste, Bodin reconnaît à un moment l'importance d'une apparence de délibération : « Et les noms des Seigneurs qu'on voit apposer aux édits, n'y sont pas mis pour donner force à la loi mais témoignage, & quelque poids pour la rendre plus recevable. ». *Ibid.*, p. 220.

## ***B. Une maxime morale pour le souverain dans la monarchie royale***

Au XVI<sup>e</sup> siècle, malgré l'influence de la pensée de Bodin, quelques auteurs mettent l'accent sur l'idée que la délibération des lois doit être élevée au rang de maxime de l'État monarchique<sup>182</sup>. Un premier argument, issu de la foi chrétienne et sans prétention juridique, fait écho aux catégories de la pensée aristotélicienne, notamment à la *phronèsis* en tant que « sagesse pratique ». Pierre de la Primaudaye, écrivain et conseiller d'Henri IV l'expose ainsi<sup>183</sup> :

« C'est donc de science et raison acquise en l'étude de Sapience par la grâce de Dieu, que procède de la vertu de Prudence, qui est la règle de toutes les actions de l'homme, avec laquelle par une bonne et mûre délibération, il discerne & choisit le bien d'avec le mal, & le profitable d'avec son contraire [...]. À cette cause dit Aristote, que l'office de la Prudence est de savoir consulter et élire, afin d'exécuter ce que la vertu commande, à savoir l'Honnête & le bienséant, non pour autre fin, que pour l'amour de lui-même. »<sup>184</sup>

Un deuxième argument tient à la nature même de la République tel qu'elle est conçue par les auteurs dès le XVI<sup>e</sup> siècle. Bien que le régime mixte soit rejeté par Bodin, en ce qui concerne le gouvernement, plusieurs auteurs – y compris Bodin même dans certains de ces développements – se montrent plus nuancés face à la pureté de

---

<sup>182</sup> Voir par exemple : LA MADELEINE, Jean, *Discours de l'estat et office d'un bon roy, prince ou monarque, pour bien & heurement régner sur la terre, & pour garder et maintenir ses subjectz en paix, union & obéissance*, Paris, L. Brayer, 1575, p. 35 et ss. ; GENTILLET, Innocent, *Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en bonne paix un royaume ou autre principauté... contre Nicolas Machiavel*, [s.n.], 1576, p. 21 et ss. *Contra* : HERAULD, Didier, *Fragment de l'examen du Prince de Machiavel où il est traicté des confidens, ministres et conseillers particuliers du prince, ensemble de la fortune des favoris*, Paris, Abraham Paccard, 1622, p. 11-15.

<sup>183</sup> KLIMIS, Sophie, *Penser, délibérer, juger. Pour une philosophie de la justice en acte(s)*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2018, p. 72-78.

<sup>184</sup> DE LA PRIMAUDAYE, Pierre, *Académie française, en laquelle est traicté de l'institution des mœurs et de ce qui concerne le bien et heurement vivre en tous estats et conditions*, Paris, Chaudière, 1581, p. 32 (nous soulignons). L'historiographie actuelle le considère comme un philosophe « mineur ». Cependant, à son époque, l'*Académie française* est un succès éditorial, qui vaut à son auteur la nomination à la charge de gentilhomme ordinaire de la Chambre d'Henri III en 1583. En outre, Montaigne utilise cet ouvrage dans ses *Essais*. Sur l'auteur et son ouvrage, voir : *Dictionnaire des lettres françaises. Le XVI<sup>e</sup> siècle*, sous la direction de Georges Grente, Paris, Fayard, 2001, p. 689 ; CAVALLINI, Concetta, « L'écriture de la *brevitas* et ses enjeux entre hasard et cohérence. L'exemple de Boaistuau et de la Primaudaye », *Revue italienne d'études françaises* [online], 8 | 2018, disponible sur : <http://journals.openedition.org/rief/2215> (consulté le 17 juillet 2019) ; DEMONET, Marie-Luce, « La place des philosophes mineurs dans la bibliothèque de Montaigne : Pichot et La Primaudaye », *La librairie de Montaigne : Proceedings of the Tenth Cambridge Renaissance Colloquium 2-4 September 2008*, Philip Ford et Neil Kenny (ed.), Cambridge, Cambridge French Colloquia, 2012, p. 59-79.

l'organisation politique d'une république<sup>185</sup>. Parmi eux, Louis le Caron (†1613)<sup>186</sup> affirme que des « trois ensembles [monarchie, aristocratie et démocratie] composés & tempérés, se forme une vraie République, encore qu'il y en ait une qui domine & surpasse les autres, qui ne luy sont qu'aides ou membres »<sup>187</sup>. Il en déduit que le roi ne gouverne pas seul : « & toujours a été observé en la France que le roi n'a jamais rien ordonné pour l'état de son Royaume, que par la délibération de son Conseil »<sup>188</sup>. Une organisation politique contraire à cette maxime serait une forme corruption – non pas seulement historique, mais aussi contre la « nature » – de la monarchie en tant que république.

L'idée semble paradoxale : la sagesse infinie du souverain est reconnue, mais elle ne se confond pas avec l'omniscience. Le pouvoir souverain vient de Dieu (qui « ne délibère pas » selon Aristote), mais le roi reste humain<sup>189</sup>. Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, quand tout un mouvement théorique s'efforce de mettre en place la « monarchie absolue de droit divin », peu d'auteurs osent affirmer l'infailibilité de la volonté personnelle du monarque<sup>190</sup>. Au contraire, sa sagesse et sa prudence résident dans l'exigence morale de délibération des normes avant de leur donner une force contraignante ; telle est par exemple l'opinion de nombre de théologiens<sup>191</sup>. C'est également ainsi qu'elle est exposée par les thuriféraires de la monarchie absolue depuis le règne de Louis XIII. Le roi en tant qu'incarnation de l'État doit prendre une décision

---

<sup>185</sup> Dans le sillage de Claude de Seyssel, au XVII<sup>e</sup> siècle, Claude Joly se fait le défenseur d'une sorte de monarchie parlementaire. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, Jean-Jacques Burlamaqui rejette les propos de Bodin et défend un régime mixte. Voir *infra*, p. 382-383.

<sup>186</sup> *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, PUF, 2015, p. 625-628.

<sup>187</sup> LE CARON, Louis, *Responses ou décisions du droit françois, confirmées par arrests des cours souveraines de ce royaume et autres, enrichies de singulières observations du droit romain, reveuës et augmentées...*, Paris, Du Fossé, 1605, s.p. (il s'agit de la Réponse Politique écrite juste après l'Avant-propos de l'ouvrage).

<sup>188</sup> LE CARON, L., *ibid.*, s.p.

<sup>189</sup> On retrouve encore les traces d'Aristote « il n'est pas facile non plus pour un seul homme d'avoir l'œil sur beaucoup de choses », *Politiques*, III, 16, 1287 b, cité par : MOREAU, P.-Y., *La notion de délibération en droit...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>190</sup> Voir : JOUANNA, Arlette, *Le prince absolu. Apogée et déclin de l'imaginaire monarchique*, Paris, Gallimard, 2014, p. 33-38. Contra, REGAD, Caroline, *Théoriser l'État, mesurer l'absolu : les juristes de Louis XII et de Richelieu*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Aix-Marseille, 2012, p. 109-114.

<sup>191</sup> Voir par exemple Bossuet qui reprend *Proverbes*, XII, 15 : « La voix de l'insensé est droite à ses yeux, Mais celui qui écoute les conseils est sage ». Bossuet en fait un principe de gouvernement qui recouvre tant l'aspect épistémologique que celui de la responsabilité du gouvernant : « C'est donc en prenant conseil, & en donnant toute liberté à ses conseillers qu'on découvre la vérité, & qu'on acquiert la véritable sagesse [...]. Outre que les choses ordinairement réussissent par les bons conseils, on a cette consolation qu'on ne s'impute rien quand on les a pris ». BOSSUET, Jacques-Bénigne, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte*, Paris, Cot, 1709, p. 197-200. La définition de la loi d'Yves de Paris – reprise de Papinien – montre l'enchevêtrement d'influences au XVII<sup>e</sup> siècle : « Le jurisconsulte définit la Loi [comme] un précepte général concerté par la longue & mure délibération des plus sages, établi & promis par le consentement de la République, pour empêcher le mal qui se peut commettre à dessein, ou par ignorance. C'est un effet qui représente les qualités de ses causes, & comme cette vérité procède du consentement universel des sages & des peuples d'un État, qu'on regarde comme immortel, elle porte une obligation générale & perpétuelle, qui s'étend sur toutes les personnes, & sur tous les temps », PARIS, Yves de, *Le magistrat chrestien*, Paris, Padeloup, 1688, p. 266-267.

dépassant sa volonté individuelle<sup>192</sup>. L'exigence morale tient donc au fait que la délibération montre au roi la décision que sa *dignitas* implique.

La formule que certains emploient en référence à cette exigence morale est assez précise : « il est bienséant au Prince »<sup>193</sup> d'écouter et de délibérer, avec ceux qui peuvent le faire, les dispositifs normatifs ayant une portée générale. Elle est d'autant plus indiscutable dans l'État monarchique, car la loi est « au cœur de la trinité civile » et prétend contrôler le champ public<sup>194</sup>, lequel est théoriquement occupé par le « corps mystique du roi ». Or, dans la réalité, le corps politique du royaume est loin d'être uniforme. Il s'agit là, d'ailleurs, d'une des difficultés auxquelles l'État monarchique « centralisateur » se heurte constamment : saisir la généralité malgré l'hétérogénéité ne peut se faire qu'après avoir constaté ces différences, au moyen de la délibération. Ainsi, le contenu de la loi doit être le reflet de cette délibération à laquelle fait appel le roi pour lui permettre d'embrasser les « principes généraux » visant le salut du peuple<sup>195</sup>.

L'hésitation des auteurs est patente : Cardin Le Bret (†1655)<sup>196</sup> évoque ainsi la nécessité d'une « commune approbation de tant d'excellents personnages »<sup>197</sup> immédiatement après avoir présenté son approche volontariste de la loi d'une manière catégorique<sup>198</sup>. L'enjeu est, encore une fois, lié à la légitimité des dispositions et non pas à leur existence dans l'ordre juridique : à travers la délibération, ces lois font « une plus vive impression dans l'esprit des peuples, pour les obliger à leur dispense, que celles qui sont publiées sans toutes ces formalités »<sup>199</sup>. De plus, l'auteur s'appuie sur deux exemples de la romanité pour illustrer cette exigence morale de délibération : le

---

<sup>192</sup> En ce sens, les propos de Caroline Regad sont très pertinents : « La volonté peut aboutir à un résultat concret, mais ce n'est pas toujours le cas. La décision tranche inmanquablement entre plusieurs possibilités. Quand il y a une volonté, il n'y a pas toujours de décision finale ; inversement la décision postule une volonté préalable. La décision, bien souvent exigée par le contexte, réalise pleinement la volonté en ce que la première emporte des résultats réels. En conséquence de quoi, le volontarisme, basé sur la volonté, n'est pas suffisant alors que le décisionnisme, articulé sur la décision, est plus avancée dans le processus : la volonté est ainsi relayée dans l'acte de décision » REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, op. cit., p. 107.

<sup>193</sup> On la trouve chez Pierre Ayrault, Philippe de Béthune ou Cardin Le Bret. Voir à ce sujet : REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, op. cit., p. 216 et ss.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>195</sup> Les définitions de la loi dans les dictionnaires d'Ancien Régime concordent sur le contenu général de ces dispositions. D'autant plus que la tradition romaine considère à l'instar de Papinien, que la loi est une « *commune praeceptum [...] rei publicae sponsio* » (D. 1. 3. 1). Or les auteurs du XVII<sup>e</sup> vont s'attarder sur le caractère général de la loi, tout en limitant les éléments « contractualistes » de la formule de Papinien. Voir : QUASTANA, François, « La fortune de la maxime romaine "*lex... est communis rei publicae sponsio*" (D. 1. 3. 1.) dans la pensée juridico-politique européenne », *L'idée contractuelle*, XIX<sup>e</sup> colloque de l'AFHIP, PUAM, 2008, p. 57-84.

<sup>196</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 622-623.

<sup>197</sup> LE BRET, Cardin, *Les œuvres de Messire C. Le Bret...*, Paris, Vve. Toussaint du Bray, 1643, p. 34.

<sup>198</sup> « Mais si l'on demande, si le Roi peut faire & publier tous ces changements des Lois & Ordonnances, de sa seule autorité, dans l'avis de son Conseil, ni de ses Cours Souveraines. À quoi l'on répond, que cela ne reçoit point de doute, pour ce que le Roi est seul Souverain dans son Royaume, & que la souveraineté n'est non plus divisible que le point en la Géométrie ». *Ibid.*, p. 34.

<sup>199</sup> Pour Cardin Le Bret, il n'est pas question de remettre en cause la validité des lois royales élaborées sans les formalités mentionnées. En revanche, leur inefficacité est en quelque sorte prévue par l'auteur. *Ibid.*, p. 34-35.

premier – très fréquemment cité depuis le Moyen Âge – concerne l’empereur Théodose et la constitution *Humanum esse*<sup>200</sup> ; le second se réfère aux poètes qui évoquent Jupiter, lequel « n’ordonnait rien d’importance pour le gouvernement de cet Univers, qu’il n’eût pris conseil de ces Dieux [...] »<sup>201</sup>. Même un dieu humanisé, qui ne se confond pas avec le Dieu de la chrétienté, préfère délibérer avant de légiférer.

Cette tradition est reprise par Louis XIV qui n’a jamais refusé cette exigence de délibération : « Délibérer à loisir, sur toutes les choses importantes, et en prendre de différentes gens, n’est pas, comme les sots se l’imaginent, un témoignage de faiblesse ou de dépendance, mais plutôt de prudence et de solidité »<sup>202</sup>. La division entre la volonté réfléchie et la décision prise est également opérée. Certes, le métier du roi est « solitaire » car la décision ainsi que la responsabilité face à Dieu est personnelle ; en revanche, la volonté qui s’exprime dans la décision n’est nullement celle d’une seule personne *physique*.

Dans ce même sens, Henri-François d’Aguessseau (†1751)<sup>203</sup> décrit l’exigence de délibération. Lorsque les parlements ne peuvent être consultés pour des raisons pratiques, le roi doit tout de même instaurer un nouvel usage pour « mettre les lois en délibération »<sup>204</sup>. La raison est toujours la même, il en va de la légitimité du *régime* monarchique :

« On a toujours cru dans ce royaume que, quelque grande que soit l’autorité du roi, les lois qui intéressent tout l’état ne doivent pas tellement dépendre de la volonté d’un seul, qu’elles ne soient examinées par ceux qui ont le plus de part à leur exécution, et qui sont chargés de veiller à la manutention de l’ordre public »<sup>205</sup>

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 34. « Nous trouvons humain, s’il apparaît nécessaire dans l’avenir de régler une affaire publique ou privée par une disposition générale qui ne se trouve pas dans les anciennes lois, que [cette nouvelle disposition] soit auparavant discutée par tous, aussi bien par les conseillers de notre palais que par votre très glorieuse assemblée [le Sénat] » (*C.J.*, I, 14, 8). Cité par JOUANA, Arlette, *Le pouvoir absolu. Naissance de l’imaginaire politique de la royauté*, Paris, Gallimard, 2013, p. 24 (format kindle).

<sup>201</sup> LE BRET, C. *Les œuvres de Messire C. Le Bret...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>202</sup> *Mémoires de Louis XIV pour l’instruction du Dauphin*, avec une étude sur leur composition par Charles Dreyss, Tome I, Paris, Didier et Cie Librairies-Éditeurs, 1860, p. 149-150. Par ailleurs, les *Mémoires* de Louis XIV suivent *grosso modo* la tradition de la littérature pédagogique des miroirs des princes, à l’exception de l’usage de la notion de *prudentia* aristotélicienne, comme l’explique Jacques Krynen : KRYNEN, Jacques, « La maîtrise royale du Conseil du roi », *Histoire, peuple et droit. Mélanges offerts au professeur Jacques Bouveresse*, textes réunis par Guilduin Davy, Raphaël Eckert et Virginie Lemonnier-Lesage, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014, p. 97-98.

<sup>203</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 8-10.

<sup>204</sup> Le Chancelier évoque davantage les raisons pratiques : l’absence du roi à cause des guerres et la multiplicité de cours souveraines conjuguée avec le nombre de magistrats. D’AGUESSEAU, Henri-François, *Œuvres complètes du Chancelier D’Aguessseau*, Tome X, Paris, Fantin et cie., Nicolle et De Pelafol, 1819, p. 6.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 5 (nous soulignons).

Chez Claude-Joseph de Ferrière (†1747)<sup>206</sup>, la confusion entre la volonté délibérée et la décision s'opère à nouveau : dans la définition qu'il donne de « plaisir » dans son *Dictionnaire*, il assimile en effet délibération et volonté du roi. Le *plaisir* de la formule de la Chancellerie<sup>207</sup> « dérive du mot *placitum* »<sup>208</sup>, qui, en latin, peut signifier : d'une part, ce *qui plaît* et donc qui s'exprime par la volonté ; d'autre part, une assemblée dans laquelle on décide les affaires publiques<sup>209</sup>. Il semble donc que la volonté du roi exprime ce *placitum* dans les deux sens du mot, c'est-à-dire un agrément – *a fortiori* un commandement du souverain – précédé d'une délibération. En outre, poursuit Ferrière, il est manifeste que « [ceux qui font les lois] ne les doivent arrêter qu'après une longue & mûre délibération, & par le conseil des plus sages & des plus expérimentés »<sup>210</sup>. La triade volonté-délibération-loi est encore une fois conçue comme une nécessité.

Cette idée implique également que le conseil avec lequel le roi délibère – dans le sens d'organe – soit effectif. Même les écrivains « absolutistes » acceptent – et s'imposent à eux-mêmes, en quelque sorte – le fait que le roi ait toujours eu de conseillers<sup>211</sup>. Les légistes de Louis XIII s'accordent sur l'existence *organique* d'un conseil du roi, tout en divergeant sur l'institution qui joue *naturellement* ce rôle<sup>212</sup>. Par ailleurs, la légende des rois exemplaires est toujours accompagnée, comme un *topos*, de cette obligation de conseil et de délibération : « Charlemagne tenait souvent son Conseil [...], ce qui nous prouve toujours que les anciens Rois avaient leur conseil à leur suite [...] »<sup>213</sup>.

À la veille de la Révolution, Jacob-Nicolas Moreau (†1803)<sup>214</sup> fait écho à la fonction morale « d'apparence » de la délibération. Alors que depuis un demi-siècle, les tensions et les prétentions rivales de la monarchie et de la magistrature sont exacerbées, Moreau propose de rétablir « au moins une partie de ceux qui autrefois

<sup>206</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 424-425.

<sup>207</sup> « Car tel est notre plaisir ». Sur ce sujet : DE MAS LATRIE, Louis, « De la formule "Car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française », *Bibliothèque de l'École des chartes*, n°42, 1881, p. 560-564 ; DEMANTE, Gabriel, « Observations sur la formule "Car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française », *ibid.*, n°54, 1893, p. 86-96.

<sup>208</sup> FERRIERE, Claude-Joseph de, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des principaux termes de pratique & de coutume*, Paris, Vve. J Cochart, 1718, p. 448.

<sup>209</sup> Voir la définition politique de *placitum* dans : MONTIGNOT, *Dictionnaire de diplomatie, ou étymologies des termes des bas siècles*, Nancy, Lamort, 1787, p. 206.

<sup>210</sup> FERRIERE, Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes, & de pratique*, Tome II, Paris, Lambert, 1771, p. 174-175. Ferrière réfère par ailleurs une pluralité d'auteurs de la loi.

<sup>211</sup> REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, *op. cit.*, p. 217 et ss.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 220-221.

<sup>213</sup> GUILLARD, René, *Histoire du Conseil du Roy depuis le commencement de la Monarchie, jusqu'à la fin du Règne de Louis le Grand*, Paris, Chez Antoine-Urbain Coustelier, 1718, p. 9.

<sup>214</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 752.

avaient part à ces grandes délibérations »<sup>215</sup>. L'auteur envisage deux finalités : une première, que l'on peut qualifier d'altruiste, qui considère que cela profite aux sujets du roi ; une seconde, plus pragmatique, qui consiste à « écarter [du] trône jusqu'aux soupçons du pouvoir arbitraire »<sup>216</sup>. Ces deux objectifs ne sauraient être opposés ; c'est dans l'aporie de la *décision souveraine délibérée* que réside le mystère de la monarchie absolue. Ainsi, lorsque Moreau envisage les maximes de gouvernement nécessaires en France, il met l'accent sur les formes juridiques. En l'occurrence, la prérogative de *condere leges* doit suivre des procédures qui permettent la délibération de leur contenu, car l'esprit de conseil s'impose au roi. En même temps, il impose à ses agents les formes de délibération qui « écartent l'arbitraire »<sup>217</sup>.

Cette entreprise idéologique de « mesure de l'absolu »<sup>218</sup> vise de surcroît à affermir la légitimité du souverain en régime monarchique. Elle permet également de court-circuiter les critiques directes qui s'abattraient sur lui pour les déplacer au niveau des « sujets délibérants »<sup>219</sup>. Ainsi, le souverain reste légitime dès lors que cette exigence morale est remplie, car sa monarchie continue à être « royale » ; mais qu'en est-il de l'efficacité des lois élaborées ?

### C. Une technique de droit gouvernement dans l'État

En dépit du triomphe théorique de l'absolutisme législatif, l'exigence morale d'une délibération demeure extrêmement forte dans quelques matières. Tel est le cas de la législation qui touche à la propriété privée des sujets, c'est-à-dire les impôts. Dans ce cas-ci, l'enjeu n'est plus exclusivement lié au jugement porté sur le régime, il a trait

---

<sup>215</sup> Il critique notamment la théorie des classes du Parlement, tout en considérant que le roi doit reformer les parlements et déterminer clairement ses deux fonctions (législative et juridictionnelle). MOREAU, Jacob-Nicolas, *Exposition et défense de notre constitution monarchique, précédé de l'historique de toutes nos assemblées nationales...*, Paris, Moutard, 1789, p. 453-459. Sur l'auteur : HERVOUËT, Blandine, *Jacob-Nicolas Moreau, le dernier des légistes*, Thèse de Doctorat en Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2005, 581 p.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 459.

<sup>217</sup> MOREAU, Jacob-Nicolas, *Maximes fondamentales du gouvernement françois ; ou profession de foi nationale. Renfermant tous les Dogmes essentiels de notre Symbole politique*, Paris, Moutard, 1789, p. 16. Sur cet aspect, à la tout fin de l'Ancien Régime, voir l'analyse de : STOREZ-BRANCOURT, Isabelle, « "C'est légal parce que je le veux" : loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l'Ancien Régime », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 15, no. 1, p. 59-74.

<sup>218</sup> Pour reprendre l'intitulé de la thèse de Caroline Regad.

<sup>219</sup> Cela permet par exemple la réfutation d'une idée contractuelle sous-jacente au serment du sacre. Tout au long du XVII<sup>e</sup> siècle, les critiques à l'égard de la royauté visent davantage les mauvais ministres ou conseillers du roi. Voir sur ce sujet : CARRIER, Hubert, *Le labyrinthe de l'État : essai sur le débat politique en France au temps de la Fronde : 1648-1653*, Paris, Honoré Champion, p. 29-36.

à l'efficacité même des lois. La délibération apparaît alors comme une technique pour mieux gouverner.

L'embarras dans lequel se trouve Bodin à l'égard de l'exigence du consentement de l'impôt est évoqué par certains commentateurs récents<sup>220</sup>. Il est plus manifeste encore lorsqu'on fait une analyse juridique, car le droit naturel – ou bien la loi naturelle – peut être le principal bouclier de la loi civile. En effet, il est « extérieur » à la volonté législatrice du monarque souverain, ce qui fait de la propriété privée un sujet dont il demeure délicat de s'immiscer<sup>221</sup>. Or, si l'on conçoit le consentement à l'impôt comme une question de « droit gouvernement », et non comme une limite de principe à la souveraineté, la délibération de la législation royale relative à la fiscalité prend tout son sens.

Le passage à l'annualité de l'impôt est fait justement à travers la pratique de la délibération<sup>222</sup> : il suffit de regarder les travaux sur la législation fiscale d'Ancien Régime pour s'en rendre compte<sup>223</sup>. Dans les états provinciaux du Languedoc, par exemple, les formes du consentement ont été respectées, y compris à l'époque de Louis XIV. Sous la présidence de l'archevêque de Narbonne Pierre de Bonzi (†1703) lorsque la royauté tente d'imposer le don gratuit<sup>224</sup>, l'archevêque répond que « l'assemblée délibérerait incessamment sur les propositions qui lui ont été faites de la part de Sa

---

<sup>220</sup> Le terme « consentir » est au cœur de la difficulté conceptuelle : il suppose une volonté opposable à celle du souverain. L'embarras est très évident pour certains qui partent de la dialectique entre les concepts de principe de souveraineté et propriété. Voir par exemple : FRANKLIN, Julian H., *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, 1993, p. 143. En revanche, il trouve une explication plus nuancée dans les commentaires de : BERNIS, Thomas, « L'impôt au seuil des Temps Modernes. Souveraineté, propriété et gouvernement », *Philosophie de l'impôt*, sous la direction de Thomas Bernis, Jean-Claude K ; Dupont et Mikhaïl Xifaras, Bruxelles, Bruylant, 2006, disponible sur : <https://www.philodroit.be/L-impot-au-seuil-des-Temps> (consulté le 1<sup>er</sup> février 2019) ; SPITZ, Jean-Fabien, « Le principe du consentement à l'impôt », *Bodin et la souveraineté*, sous la direction de Jean-Fabien Spitz, Paris, PUF, 1998, p. 61-78 ; ZARKA, Yves Charles, *Philosophie et politique à l'âge classique*, Paris, PUF, 1998, p. 112-115, SAINT-BONNET, François, *L'État d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 239-251.

<sup>221</sup> C'est l'analyse de Bartole *contra* l'opinion de Jacob Butrigarius. Pour ce dernier, la volonté de l'empereur n'a pas besoin d'une cause pour justifier la privation de la propriété privée à ses sujets. Voir : SPITZ, J.-F., « Le principe du consentement à l'impôt... », *op. cit.*, p. 68-69.

<sup>222</sup> Malgré le fait que l'impôt reste conceptuellement « dans le registre de l'exceptionnel » à l'époque de Bodin, tantôt parce qu'il vise davantage le superflu, tantôt parce qu'il se justifie à travers le contrôle de mœurs. BERNIS, T., « L'impôt au seuil des Temps Modernes... », *op. cit.*, p. 3-5.

<sup>223</sup> Voir : BONNEY, Richard, *The King's Debts : Finance and Politics in France 1589-1661*, Oxford, Clarendon Press, 1981 ; COLLINS, James B., *Fiscal Limits of Absolutism : Direct Taxation in Early Seventeenth-Century France*, Berkeley, University of California Press, 1988 ; HINCKER, François, *Les français devant l'impôt sous l'Ancien Régime*, Paris, Flammarion, 1971 ; SCORDIA, Lydwine, « *Le roi doit vivre du sien* » : la théorie de l'impôt en France, XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle, Paris, Institut d'études augustiniennes, 2005 ; voir également les travaux du Comité pour l'histoire économique et financière de la France.

<sup>224</sup> « Le nom de cet impôt découle d'une fiction légale, jalousement affirmé par de grands corps organisés de la monarchie. En effet, le clergé de France prétendait être, de droit divin, exempt de toute contribution aux charges pécuniaires de l'État : si, en fait, il acceptait de participer au financement des besoins du Roi, c'était en rappelant qu'il ne s'acquittait pas par là d'une obligation, mais qu'il agissait de son propre mouvement, par esprit de conciliation et de complaisance envers César. Dans le même esprit, les pays d'états, tels que le Languedoc, la Bourgogne ou la Bretagne, affectaient de ne consentir que bénévolement à contribuer aux dépenses du Roi, auxquelles ils étaient libres de refuser leur participation. Le "don gratuit" des uns et de l'autre se démarquait ainsi symboliquement de l'impôt », entrée rédigée par Abel Poitrineau, dans : *Dictionnaire du Grand Siècle*, sous la direction de François Bluche, Paris, Arthème Fayard, 2005, p. 488.

Majesté et qu'elle ne manquerait pas de leur faire savoir au plus tôt sa résolution »<sup>225</sup>. L'évocation d'une procédure de délibération rappelle que le roi doit se soumettre à une forme pour que la mesure prise ne soit pas perçue comme despotique ; et, partant, qu'elle soit effectivement appliquée<sup>226</sup>.

Si la validité des édits n'en dépend pas, la délibération renforce l'idée qu'une procédure garantit d'échapper à l'arbitraire. Par conséquent, la législation délibérée protège mieux les libertés des sujets ; spécialement en ce qui concerne ces « cas difficiles » liés au domaine du droit naturel : que ce soit en matière bursale ou à propos de la réformation des procédures de justice. En cette dernière matière, les préfaces des différentes publications des ordonnances civile et criminelle de Louis XIV (1667 et 1670 respectivement) viennent l'attester :

« La France ne se souvient qu'à peine d'avoir vu des Assemblées aussi savantes & aussi augustes que celles dont les décisions font la matière de cet Ouvrage. Ceux qui ont assisté à ces Conférences, étaient les plus vives Lumières du Conseil & du Parlement : les uns, choisis par le Roi pour trouver les moyens de réformer la Justice, & de bannir les détours, ruineux de la chicane, par de nouvelles Ordonnances ; Les autres, nommés pour examiner la disposition des Articles qu'elles devaient contenir : Et tous, pour travailler de concert au bonheur & à la tranquillité du Royaume »<sup>227</sup>

Dans sa première réponse faite lors de ces conférences, le premier président, Guillaume de Lamoignon († 1677)<sup>228</sup>, emboîte le pas des préfaciers. La délibération des normes relatives aux procédures judiciaires est l'apanage des juristes au sommet de la hiérarchie institutionnelle – les cours souveraines de justice et le conseil du roi –, car ce sont eux qui les appliquent. L'examen du contenu par ces assemblées ne relève pas seulement de la légitimité de l'autorité souveraine, mais également de l'efficacité des normes objet de l'examen :

---

<sup>225</sup> Archives départementales de l'Hérault, C 7125, fol. 19v°-20r°. Cité par : JOUANNA, A., *Le prince absolu...*, op. cit., p. 205.

<sup>226</sup> Même si la formalité de la délibération est quelque peu illusoire car il s'agissait d'une réponse du jour au lendemain.

<sup>227</sup> *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi entre messieurs les commissaires du Conseil et messieurs les députés du Parlement de Paris...*, Louvain, Claude de Montauban, 1700, p. 1 et 2 de l'avertissement.

<sup>228</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 597-598.

« L'application du Roi en toutes les choses qui concernaient le bien de son Etat, & l'avantage de ses Sujets, donnait de l'admiration à tout le monde [...]. Que le Parlement, ayant l'honneur d'être dépositaire des Loix du Royaume, était obligé de porter tout le soin, & toute l'exactitude possibles, pour examiner celles qui pourraient être proposées de nouveau, afin qu'en les rapportant toutes également aux règles de la Justice, & au bien des peuples & de l'Etat, on en put assurer davantage l'exécution. »<sup>229</sup>

La délibération se montre encore comme une technique de droit gouvernement car elle permet également de faire des lois claires : il s'agirait en l'espèce donc d'un dispositif de « légistique » avant la lettre. Partant, les lois seraient plus stables. D'Aguesseau utilise cet argument dans son texte en faveur des remontrances parlementaires. Les ordonnances « plus parfaites, respectées et durables »<sup>230</sup> ont été celles qui avaient fait l'objet d'une vraie délibération, qui avaient été « examinées et revues avec ceux qui sont établis pour en maintenir l'observation »<sup>231</sup>. Par ailleurs, la délibération assure que le contenu de la loi soit le plus en accord avec ce qui doit être sa caractéristique principale : la concision<sup>232</sup>.

En outre, la rationalisation du droit public chez Jean Domat (†1696)<sup>233</sup> qui préfigure pour certains commentateurs la « science administrative »<sup>234</sup> prend aussi en compte la nécessité de la délibération. Outre la *prudence* du Prince qui « en règle l'usage par un bon conseil »<sup>235</sup>, les consultations doivent se produire à toutes les échelles de l'administration (qu'il appelle communautés), et doivent suivre « leurs

---

<sup>229</sup> *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>230</sup> Il s'agit des ordonnances de Villers-Cotterêts de 1539, d'Orléans de 1560, de Moulins de 1566 et de Blois de 1579, ainsi que les ordonnances sur la procédure civile de 1667 et criminelle de 1670. D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome X, p. 21.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

<sup>232</sup> D'elle découle une critique fréquente de la législation royale d'Ancien Régime. Prevost de la Jannès considère que la critique de Montaigne sur la pléthore de lois existantes doit être plutôt soulevée à l'égard des rédacteurs, et non du souverain. Il paraît ainsi faire écho de l'idée que le roi n'est pas un juriste et, partant, il ne rédige pas le texte. Dès lors, bien que l'acte soit une décision souveraine, son contenu technique relève d'un cercle savant capable d'exprimer dans les meilleurs termes possibles la volonté du souverain. Cette nécessité sous-entend la délibération des mots utilisés dans le contenu même de la législation, comme c'est parfois le cas dans les procès-verbaux des conférences concernant les ordonnances civile et criminelle de Louis XIV. PREVOST DE LA JANNES, Michel, « Premier discours. De la nécessité de fixer la jurisprudence par des Loix qui étendent ou qui resserrent les dispositions du Droit naturel, suivant l'utilité des Citoyens », *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en Justice*, Tome I, Paris, Briasson, 1759, p. vii-xviii. Voir sur ce sujet : DUCLOS-GRECOURT, Marie-Laure, *L'idée de loi au XVIII<sup>e</sup> siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 138-143.

<sup>233</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 337-338.

<sup>234</sup> Voir : GILLES, David, « Jean Domat et les fondements du droit public », *RHFD*, n° 25-26, 2005-2006, p. 95-121 ; LEGENDRE, Pierre, « Domat, théoricien de l'État gendarme », *Études à la mémoire d'Emile Giraud*, Lille, Faculté de Droit, 1966, p. 247-258.

<sup>235</sup> DOMAT, Jean, *Le droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, Tome IV, Paris, Chez Emery, 1701, p. 33. À l'exception des États (que l'auteur ne se soucie pas d'expliquer) « où le prince est obligé de se conformer aux délibérations de son Conseil », *ibid.*, p. 286.

statuts & leurs règlements »<sup>236</sup>. Le tournant est ici plus clair : les formes n'ont rien de purement diplomatiques, elles constituent de « vraies » techniques de gouvernement. À la fin de l'Ancien Régime, les réformateurs favorisent cette rationalisation du droit public, pour souligner l'importance de la délibération afin de bien gouverner.

En effet, Anne-Robert-Jacques Turgot (†1781)<sup>237</sup> et Pierre-Samuel Dupont de Nemours (†1817)<sup>238</sup> se plaignent du manque d'organisation dans le *Mémoire sur les municipalités*<sup>239</sup> : « votre nation n'a point de *Constitution* »<sup>240</sup>. Une bonne législation peut alors éviter au roi de tout décider par lui-même : « Vous êtes forcé de statuer sur tout, et le plus souvent par des volontés particulières, tandis que Vous pourriez gouverner comme Dieu par des lois générales, si les parties intégrantes de votre empire avaient une organisation régulière et des rapports connus »<sup>241</sup>. L'objet de la délibération serait de permettre aux individus et aux familles « [d'] autoriser à changer ce qu'il y a défectueux dans leur forme actuelle [des assemblées locales] »<sup>242</sup>. La législation est alors le meilleur moyen pour pallier le manque de constitution, pas seulement dans le sens juridique, mais aussi dans celui de *politeia*. Pour Turgot, la délibération permet de disposer de citoyens actifs (à l'instar de la fonction conçue par Aristote), et partant de diffuser une éducation politique. Pour autant, il existe un paradoxe chez ces réformateurs : l'exigence de délibération devient en quelque sorte elle-même « juridique » dès lors que le souverain met en place les formes pour que les sujets/citoyens assurent eux-mêmes le droit gouvernement de l'État.

Quoi qu'il en soit, la délibération a pu servir au niveau général des « lois du roi » – même de manière prosaïque – de fondement de la liberté des sujets y obéissant. Il en va de même – et de manière plus accentuée – dans la mise à l'écrit des coutumes, car l'intervention du « peuple » doit être aussi envisagée.

---

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>237</sup> Sur Turgot : CONDORCET, Jean-Antoine Nicolas de Caritat, *Vie de Monsieur Turgot*, Genève, Slatkine, 2012 ; FONCIN, Pierre, *Essai sur le ministère de Turgot*, Paris, Banque Hervet, Imprimerie Nationale, 1989 ; HILL, Malcolm, *Statesman of the Enlightenment : the life of Anne-Robert Turgot*, London, Othila press, 1999 ; LAUGIER, Lucien, *Turgot ou le Mythe des réformes*, Paris, Albatros, 1979 ; POIRIER, Jean-Pierre, *Turgot : laissez-faire et progrès social*, Paris, Perrin, 1999 ; ROSSI, Giampero, *Filosofia e storia in Anne Robert Jacques Turgot*, Bologna, Pendragon, 2009.

<sup>238</sup> Sur Dupont de Nemours : MERGEY, Antony, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, p. 563-564.

<sup>239</sup> La rédaction du mémoire est dû à Dupont de Nemours par l'ordre de Turgot. Le texte se trouve dans : TURGOT, Anne-Robert-Jacques, *Œuvres posthumes...*, Lausanne, [s.n.], 1787, p. 5-98. Voir, sur l'ébauche d'une décentralisation dans la pensée de ces auteurs, voir : GOJOSSE, Éric, « Le *Mémoire sur les municipalités* (1775) et la réforme administrative à la fin de l'Ancien Régime », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, 2007, n° 1, p. 127-138 ; MARCHAND, Éric, *Le mémoire sur les municipalités, Turgot et Dupont de Nemours : théoriciens de l'autonomie locale*, Mémoire de DEA en Histoire du droit, Université de Lyon 3, 1996, 112 p. ; MERGEY, A., *L'État des physiocrates...*, *op. cit.*, p.185-211.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 9 (nous soulignons).

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 12.

## §2. *L'exigence d'une intervention « populaire » sur le droit coutumier*

Le morcellement territorial du pouvoir à l'époque carolingienne se traduit notamment par une myriade de « droits » dont on conserve la trace dans l'espace politique théoriquement unitaire de la monarchie d'Ancien Régime<sup>243</sup>. Ces règles d'origine coutumière sont en général considérées comme les libertés originaires des peuples, car elles surgissent de manière spontanée, sur la base des mœurs et des usages répétés. En ce sens, l'ingérence du souverain dans l'élaboration de ces règles peut être perçue comme contraire aux dites libertés. Or, l'action résolue du roi en la matière est patente depuis le Moyen Âge, sans pourtant que l'on aboutisse à une uniformité des règles coutumières à la veille de la Révolution<sup>244</sup>. Cette action – un succès tout relatif – tient au fait que la royauté déploie un discours théorique et des dispositifs pratiques qui valorisent l'intervention populaire dans la cristallisation d'un droit coutumier « officiel ». La politique royale à l'égard des coutumes repose d'abord sur des procédures qui permettent une intervention populaire *ad hoc* des sujets : l'enquête au sens large et l'enquête par turbe (A). Par la suite, ces mêmes sujets seront au cœur de la procédure qui aboutit à la rédaction officielle de ce droit d'origine ancestral (B). Finalement, ces formes « participatives » sont remises en cause au profit d'une approche plus professionnelle : les actes de notoriété (C).

---

<sup>243</sup> La carte de la France coutumière de la fin de l'Ancien Régime montre en effet cette diversité, malgré les efforts d'unification de la royauté. KLIMRATH, Henri, *Carte de la France coutumière : indiquant le ressort des parlements et autres cours souveraines et les limites des pays de droit écrit et des pays coutumiers et le territoire des coutumes générales*, Paris, Adrien, 1837, disponible sur Gallica.

<sup>244</sup> Le témoignage bien connu de Voltaire montre bel et bien la diversité : « Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste ». VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 18, 2, Paris, Garnier Frères, 1878, p. 272.

### A. *L'intervention populaire ad hoc des règles coutumières dans les procès judiciaires*

La coutume – *consuetudo*<sup>245</sup> – est depuis Cicéron définie comme « droit que la volonté unanime et la longue durée ont, sans loi, consacré »<sup>246</sup>. Dans le contexte de la République romaine sa valeur est égale à celle de la *lex*, elle traduit une manifestation implicite de la « volonté de tous » – *voluntas omnium* – en contraste avec la *lex* votée dans les comices. Cependant, sous l'Empire, tandis que la *lex* sera assimilée à la volonté de l'empereur, la coutume demeurera, par excellence, le droit issu d'une manifestation d'un droit venu d'en bas<sup>247</sup>. Plus tard, sous le *Dominat* notamment, la coutume fera l'objet d'une « conquête politique » par la loi<sup>248</sup>. Le royaume de France subit l'influence de cet héritage, notamment après la redécouverte des compilations justiniennes. Les définitions médiévales de la coutume retiennent les caractéristiques identifiées par Cicéron – avec cependant quelques précisions supplémentaires<sup>249</sup> –, y compris le refus d'assimiler *consuetudines* et *lex* royale.

La distinction faite, un constat s'impose : en France, au début de la dynastie capétienne, la coutume émane d'une autorité diffuse qu'on peut qualifier de « populaire »<sup>250</sup>. Par conséquent, le roi ne saurait faire de son « propre mouvement » une règle coutumière. Toutefois, la force « opérationnelle » de la coutume dépend de son application par une puissance « institutionnelle »<sup>251</sup>. Bien qu'impuissant à dicter

<sup>245</sup> Avant l'expansion territoriale de la République romaine (à partir du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C.), la coutume peut être assimilable plutôt à la notion de *mos maiorum*, les « mœurs des ancêtres » à l'origine de la civilisation romaine. Or ces *mos maiorum* sont très proches de la vision sacrée propre aux origines du droit romain. Voir : IACOBINI, Anna, « La crise de la *res publica romana* et la reformulation du *mos maiorum* chez Cicéron », *Camenulae*, 13, novembre 2015, Paris-Sorbonne, disponible en ligne : <http://lettres.sorbonne-universite.fr/IMG/pdf/IACOBONIbat.pdf> (consulté le 4 février 2019). Voir aussi : GAUDEMET, Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, LGDJ, 2014, p. 234.

<sup>246</sup> « *Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* », CICERON, *De inventione*, 2, 67.

<sup>247</sup> Cependant, elle est placée comme source subsidiaire ou supplétive par rapport à la *lex* : « *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est...* », JULIEN, *D.* 1. 3. 32. pr. Cité par HANARD, Gilbert, *Droit romain*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 39

<sup>248</sup> LAQUERRIERE-LACROIX, Aude, « La coutume dans l'Empire romain tardif », *La revue*, Numéro 2, Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, 2013, p. 23.

<sup>249</sup> Par exemple : la distinction entre *usus* et *consuetudo*, absente chez Isidore de Séville et chez les premiers canonistes comme l'atteste le Décret de Gratien, et le refus d'une manifestation exclusivement orale de la coutume chez Jacques de Revigny. CARBASSE, Jean-Marie, « Coutumes françaises », *Dictionnaire de la culture juridique...*, *op. cit.*, p. 326 ; MAYALI, Laurent, « La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, *La coutume*, Bruxelles, 1990, p. 11-31.

<sup>250</sup> Deux précisions doivent être faites : D'abord, au singulier le mot *consuetudo* « autour du XI<sup>e</sup> siècle indique un corps de règles propres à un territoire, l'équivalent des lois non écrites » ; au pluriel, le mot *consuetudines* « désigne souvent les mauvaises coutumes [...], se rapportant à certains droits seigneuriaux, le ban et les exactions ». On fait principalement référence au premier sens. GRINBERG, Martine, *Ecrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2006, p. 67-68. Ensuite, nous n'entendons pas par le mot *populaire* que tout le peuple intervient à la production de la coutume. Ce qui nous intéresse est d'opposer une « volonté de tous » (*voluntas omnium*) juridique qui est exprimée par les « sages » d'un territoire donné vis-à-vis de la volonté souveraine.

<sup>251</sup> Dans le sens de *magistrat* ayant une *potestas* publique, en l'occurrence la *jurisdictio*. Voir : CARBASSE, Jean-Marie, « Coutume, temps, interprétation », *Droits*, vol. 29, 2000, p. 15-28.

les coutumes, le roi n'en est pas moins gardien de la justice, ce qui, pour Louis IX, l'autorise à intervenir en la matière, et de façon strictement procédurale : d'abord à travers l'enquête *lato sensu* de l'ordonnance de 1254<sup>252</sup> ; ensuite en instaurant l'*enquête par turbe* par l'ordonnance de 1270<sup>253</sup>.

En effet, la manière d'intervenir la coutume n'est pas forcément une confrontation, à savoir l'abrogation unilatérale, telle qu'elle se manifeste lorsque le roi anéantit les *mauvaises coutumes*<sup>254</sup>. Une telle abrogation se justifie par le fait de mettre fin à une exaction manifestement injuste d'un seigneur féodal sur ses vassaux. Elle traduit, ce faisant, une manière d'affirmer sa prééminence dans la hiérarchie politique<sup>255</sup>. Cependant, lorsque la coutume ne comporte pas l'injustice manifeste d'un droit seigneurial, la stratégie de la royauté est plus subtile et plus technique. Celle-ci va développer une administration judiciaire ainsi qu'une technique – l'enquête – pour saisir les phénomènes juridiques spontanés, tout en maintenant l'apparence d'un strict respect pour l'origine « populaire » des règles coutumières.

La délibération est à nouveau mise en scène pour souligner le caractère rationnel et consensuel des règles coutumières *objectives* – dans les sens de « corps de règles propres à un territoire »<sup>256</sup> –, cette fois-ci dans le cadre judiciaire. Elle est évoquée dans l'ordonnance de 1270 : « [les sages participant à l'enquête] se retireront à l'écart, délibéreront, et feront le rapport de leur délibération »<sup>257</sup>. Cette forme de détermination de la règle coutumière a déjà tous les aspects fonctionnels et finalistes de la notion de procédure évoquée dans l'introduction de cette étude<sup>258</sup>. En effet, elle stabilise l'ordre juridique coutumier, en atténuant sa nature par définition contingente, par le biais de décisions de justice qui déterminent autant les faits que le droit « objectif ». En même temps, l'enquête par *turbe* réduit théoriquement la complexité du litige, car elle se

---

<sup>252</sup> ISAMBERT, Tome I, p. 264-274. Sur cette ordonnance : CAROLUS-BARRE, Louis, « La Grande Ordonnance de Réformation de 1254 », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 117<sup>e</sup> année, N. 1, 1973, p. 181-186.

<sup>253</sup> Ordonnance dite de la Chandeleur de 1270, cité par : BOUTARIC, E., *Actes du Parlement de Paris*, I : 1245 – 1299 [Inventaires et documents publiés par ordre de l'Empereur], Paris, 1863, p. 242 n° 2547 B. Sur ce sujet : WAELKENS, Laurent, « L'origine de l'enquête par turbe », *Revue d'Histoire du Droit*, Volume 53, Issue 3, 1985, p. 337-346.

<sup>254</sup> Les exemples existent depuis le XI<sup>e</sup> siècle. Pour la royauté, il faut justifier la qualification de *mauvaise coutume* à travers les critères tels que l'iniquité, l'absence de rationalité, entre autres. Voir plusieurs exemples dans : OLIVIER-MARTIN, François, « Le Roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen-Age », *Sonderdruck aus der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd LVIII, Germanistische Abt.*, Weimar, H. Böhlhaus, 1938, p. 108-137.

<sup>255</sup> C'est une démarche similaire à celle de la confirmation des coutumes par le roi : l'idée sous-jacente est que les règles coutumières désormais confirmées par le souverain retrouvent tout un appareil judiciaire qui les applique ra.

<sup>256</sup> GRINBERG, M., *Ecrire les coutumes...*, *op. cit.*, p. 67. Voir également sur ce sujet : POUDRET, Jean-François, « Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 65. No. 1 (janvier-mars 1987), p. 73.

<sup>257</sup> La traduction est dans : ISAMBERT, Tome I, p. 358, N° 230.

<sup>258</sup> Voir *supra*, p. 28-33.

borne à la détermination de la règle coutumière<sup>259</sup>. Cela permet aux parties de réfléchir à une stratégie spécifique liée à cette finalité, ce qui la différencie – aussi théoriquement – de la décision de fond et de la preuve des faits.

Cette procédure d'enquête, tant *lato sensu* que *par turbe*, apparaît comme une victoire de la royauté à l'égard d'un phénomène qui, auparavant, lui échappait. L'intervention que le parlement de Paris opère à travers l'invocation des procédures pour déterminer la règle coutumière en est le meilleur exemple, tel que le montre la lecture que Jean Hilaire a faite des *Olim* : « la preuve des usages et coutumes alléguées semble avoir eu une double conséquence : un contrôle préalable du contenu de la coutume et pas seulement un effet déclaratif de la décision judiciaire à l'égard de la source de droit »<sup>260</sup>. De même, elle permet le déplacement de la relation entre les formes et les libertés des sujets : celles-ci sont désormais mieux garanties par les formes juridiques établies par la royauté, en vertu de l'adage *quod facit iudex, populus videtur facere*<sup>261</sup>. L'opération fonctionne de manière réciproque, car le roi détermine les « droits et libertés » à travers les procédures qui font intervenir les populations (ce qui assure leur authenticité), et auxquelles il se soumet lui-même (*via* ses agents).

Le mouvement de rédaction des coutumes à partir de la fin du XV<sup>e</sup> siècle n'a nullement empêché que l'on continue à utiliser l'enquête *par turbe* pour déterminer le contenu des règles coutumières<sup>262</sup>, et ce malgré les critiques croissantes à propos du coût et de la lenteur de ces enquêtes<sup>263</sup>. Tout au long les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles – même

<sup>259</sup> C'est un aspect important aussi pour les juristes – romanistes et canonistes – de l'époque : à savoir, que cette enquête ne se confonde pas avec l'éventuelle enquête réalisée pour la détermination des faits objet du litige, même si les deux sont évidemment liés pour arriver à une décision.

<sup>260</sup> Notamment à l'égard de la distinction théorique entre coutume « notoire » et coutume « privée » faite, parmi d'autres, par Philippe de Beaumanoir. HILAIRE, Jean, « Coutume et droit écrit au Parlement de Paris d'après les registres d'*Olim* (1254-1318), *Coutumes, doctrine et droit savant*, actes du colloque des 20 et 21 octobre 2006, Jean-Marie Augustin et Véronique Gazeau (dir.), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007, p. 75.

<sup>261</sup> En ce sens, la rigueur dans le respect de la procédure est également une garantie. Le parlement se montre en effet « implacable quant à la rectitude de la procédure. Au moment de juger les enquêtes qu'elle a ordonnées la cour sanctionne les défauts qu'elle y relève ; elle exige alors que le style de la cour soit rigoureusement suivi, que les témoins soient suffisamment interrogés. [...] En 1311 la cour décide de la renvoyer [l'enquête] à des auditeurs auxquels elle joint dans son arrêt une liste des défauts qui doivent y être corrigés. Si elle ordonne un complément d'enquête il faudra veiller à n'interroger que les témoins déjà entendus et non d'autres personnes tandis qu'est rappelée la rigueur des formes à observer dans les modalités de transmission ». *Ibid.*, p. 74.

<sup>262</sup> Y compris dans le cadre des rédactions officielles, voir l'exemple des 2 articles du titre des Successions de la coutume de Bourgogne de 1575. GRINBERG, M., *Ecrire les coutumes...*, *op. cit.*, p. 88. Voir aussi le procès-verbal de la Turbe pour la coutume de l'Échevinage de Saint-Omer en 1613, BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., *Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces*, Tome I, Paris, Michel Brunet, 1724, p. 259.

<sup>263</sup> Les critiques faites lors de la rédaction des ordonnances sur la procédure à l'époque de Louis XIV sont bien résumées par Jacques-Antoine Salle : « L'abrogation des *Enquêtes par turbes* prononcée aussi par le présent Article ne fit pas tant de difficulté [...]. L'usage en était beaucoup plus fréquent avant la nouvelle réformation des Coutumes ; la plupart ayant été dans l'origine fort imparfaitement rédigées, il était nécessaire de suppléer par des *Enquêtes par Turbes* à ce qui avait été omis [...]. Mais outre que la nouvelle réformation des Coutumes a diminuée la décision de cette sorte de preuve, elle était toujours très couteuse & très incertaine par elle-même. 1° L'*Enquête par Turbes* ne faisait preuve, qu'autant qu'il y avait pour le moins dix turbes, de chacune dix témoins ; & elle n'était valable que lorsqu'elle avait été ordonnée par une Cour Supérieure, attendu

après l'ordonnance de 1667 –, la doctrine reconnaît l'usage des turbes comme moyen de preuve des coutumes privées, en faisant référence à la jurisprudence des différents parlements qui les reconnaissent : François Serpillon (†1772)<sup>264</sup> rapporte par exemple deux arrêts du Parlement de Dijon<sup>265</sup>.

L'exigence d'une procédure a également deux finalités : une première qu'on peut qualifier d'« objective » de détermination de la règle coutumière à travers la jurisprudence des parlements<sup>266</sup> ; une deuxième liée à la conviction que le peuple concerné aura du respect pour la règle coutumière (et de surcroît d'acceptation de la règle coutumière « officielle »). Peu importe que son contenu ne soit plus le reflet exact de l'usage social après cette procédure ; dès lors qu'elle est achevée, la norme accroît sa légitimité auprès du peuple, mais cette fois, en raison de la détermination officielle.

Après la Guerre de Cent Ans, la royauté tente d'assujettir les coutumes au-delà du cadre strictement judiciaire. Il ne s'agit alors plus de déterminer les règles coutumières au cas par cas, mais de le faire de manière plus systématique, à l'image de la législation royale. L'exigence d'intervention « populaire » au travers d'une procédure spécifique sera encore une fois évoquée pour justifier cette prétention toute nouvelle.

### ***B. L'intervention populaire des règles coutumières erga omnes dans la rédaction du droit coutumier officiel***

Lorsque Charles VII ordonne la rédaction des coutumes par l'article 125 de l'ordonnance de Montils-les-Tours de 1454, il détermine que le contenu des coutumes ne sera pas imposé par le roi, mais « décrété et confirmé » après avoir été « accordé

---

qu'elle tendait à un Règlement général que les Cours seules sont compétentes de faire. 2° On trouvait le plus souvent les *Turbiers*, c'est-à-dire, les Officiers, Avocats & Procureurs des Sièges que l'on consultait, moins instruits des usages dont on voulait s'éclaircir, que les Juges qui cherchaient des éclaircissements par cette voie. De-là, on a cru devoir abolir les *Enquêtes par Turbes*, eu égard à l'incertitude de cette preuve & aux longueurs & aux frais immenses qu'elle occasionnait, le plus ordinairement sans aucun fruit ». SALLE, Jacques-Antoine, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV, ouvrage où l'on a réuni la théorie et la pratique des ordonnances*, Tome I, Paris, Vve. Rouy-Knapen, 1755, p. 136 (souligné dans le texte).

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 925.

<sup>265</sup> Il s'agit des arrêts, évoqués par Bouhier, du 24 mars 1668 et du 31 juillet 1731. SERPILLON, François, *Code Civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, Paris, Delaguette, 1776, p. 178. Voir également : *Le grant coutumier de France et instruction de pratique & manière de procéder & practiquer es souveraines cours de parlement, prevoste & viconte de Paris*, Paris, s.n., 1519, p. 27r ; LE CARON, Louis, *Responses du droict françois, confirmées par arrests des cours souveraines de la France*, Paris, s.n., 1596, p. 332-333 ; *Notables arrests des audiences du parlement de Paris, depuis 1657 jusques en 1664...*, Paris, A. de Sommaville, 1664, p. 430-439 ; *Le vray stil du conseil privé du roy. De la cour de parlement. De la cour des aydes. Des requestes du palais. Et du chastelet de Paris...*, Paris, s.n., 1639, p. 111-112.

<sup>266</sup> Or la règle coutumière dégagée de l'enquête par turbe n'est en elle-même un précédent judiciaire car la « vérité de droit » n'est pas encore exprimée à ce moment-là. Elle est la cristallisation faite par l'autorité de la règle « spontanée » existante.

par *les coutumiers praticiens et gens de chacun desdits pays de notre royaume* »<sup>267</sup>. Une procédure plus large d'intervention des normes « exogènes » à la royauté est alors mise en place. Elle comporte, en outre, un contrôle explicite sur le contenu des règles coutumières, car leur rédaction doit être « vue et visitée » par le Conseil du roi et par le parlement du ressort<sup>268</sup>. Au fond, l'idée est que le roi ne maîtrise pas l'origine du droit coutumier, mais qu'il peut toutefois l'assujettir à travers d'une procédure<sup>269</sup>. Voilà le sens que Guy Coquille (†1603)<sup>270</sup> donne à l'intervention du roi dans la coutume : il « inspire vigueur de loi » à ce qu'il ne produit pas.

La législation postérieure de la fin du XV<sup>e</sup> siècle et du début du XVI<sup>e</sup> siècle sur la rédaction des coutumes renforce la teneur « populaire » de ce processus, car l'une des premières raisons de l'échec de la procédure instaurée par Charles VII est sa « centralisation excessive »<sup>271</sup>. La participation des trois états dans les pays coutumiers est explicitement prévue par les actes royaux, comme par exemple dans le mandement de septembre 1497<sup>272</sup> et les ordonnances d'Amboise de mars 1498<sup>273</sup> et de mai 1506<sup>274</sup>. Ce n'est qu'en l'absence d'accord sur le contenu de la règle que les commissaires royaux l'imposent de manière temporelle à l'assemblée du pays ; sa détermination étant *in fine* octroyée au parlement du ressort<sup>275</sup>.

Contrairement aux rédactions faites à l'initiative des autorités féodales jusqu'à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, au siècle suivant la procédure ne peut débiter sans les lettres patentes du roi demandant la rédaction officielle des coutumes d'un ressort judiciaire ou détroit coutumier<sup>276</sup>. C'est un exemple significatif de la « conquête politique » de la

<sup>267</sup> *ORF*, Tome XIV, p. 313 (nous soulignons).

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 313-314.

<sup>269</sup> Sur ce sujet : KRYNEN, Jacques, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *CHRM* [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/892> (consulté le 4 février 2019).

<sup>270</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 261-264.

<sup>271</sup> YVER, Jean, « Le président Thibault Baillet et la rédaction des coutumes (1496-1514) », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 64, No. 1 (janvier-mars 1986), p. 20.

<sup>272</sup> ISAMBERT, Tome XI, p. 292.

<sup>273</sup> *ORF*, Tome XXI, p. 18-20.

<sup>274</sup> ISAMBERT, Tome XI. p. 457-461 (datée le 2 septembre 1497).

<sup>275</sup> Ainsi l'ordonne Louis XII et est fait dans la pratique : « Lorsque l'article est contesté par une partie notable de l'assemblée ou par le procureur du roi qui défend les droits du roi ou de la chose publique, un accord transactionnel est recherché. Dans le cas contraire, les commissaires ne peuvent trancher et l'article est renvoyé à la cour. Ce renvoi est mentionné dans le procès-verbal joint à la coutume. Cependant, les commissaires peuvent autoriser la publication de l'article par provision, en attente d'une décision de la cour. De fait, l'article maintenu provisoirement, sauf procès, devient souvent définitif jusqu'à la réformation », SMEDLEY-WEILL, Anette et GEOFFROY-POISSON, Simone, « Les assemblées d'états et la mise en forme du droit », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 26, 2001, p. 16, disponible en ligne : <http://ccrh.revues.org/1592> (consulté le 11 février 2019).

<sup>276</sup> Les règles coutumières sont *erga omnes* dans le ressort spécifique du baillage, sénéchal ou autre concerné. Le phénomène d'augmentation territoriale d'une coutume au-delà de son ressort (notamment pour la coutume de Paris) est principalement un travail doctrinal. Voir entre autres : FERRIERE, Claude de, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, Tome I, Paris, Michel Guignard, 1714, BOURJON, François, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, Grangé et Cellot, 1770. Voir pour les contestations relatives à l'étendue

royauté à l'égard de ses concurrents féodaux, car les seigneurs ne peuvent pas de leur propre gré ordonner la rédaction officielle des coutumes de leur ressort. Ils doivent désormais faire cette demande au roi. Ainsi, toute rédaction des coutumes émanant d'une puissance publique différente au roi ne saurait être « gardée comme loi »<sup>277</sup>.

En outre, sur le plan doctrinal, le rapport entre la loi et la coutume se complexifie : l'autorisation royale de la coutume suppose que son contenu est accepté par la volonté du souverain. La difficulté tient à savoir si le contenu de la règle coutumière peut être contraire à la volonté royale<sup>278</sup>. Les auteurs sont partagés sur ce point. Les défenseurs de la coutume *contre legem* s'appuient sur la légitimité « populaire » manifestée à travers la procédure de rédaction : Charles Dumoulin (†1566)<sup>279</sup> ou Guy Coquille, par exemple, attachent une importance spéciale à la question de la validité de la coutume à l'égard de la loi<sup>280</sup>. Cependant, ces mêmes auteurs réfèrent principalement la « coutume officielle », ce qui exclut toute règle coutumière faite en dehors du cadre de la procédure de rédaction. Ils distinguent par ailleurs conceptuellement l'*usage* et la *coutume* : le premier est écarté de la réflexion car la procédure officielle fait défaut<sup>281</sup>.

---

géographique des rédactions : GRINBERG, Martine, GEOFFROY-POISSON, Simone et LACLAU, Alexandra, « Rédaction des coutumes et territoires au XVI<sup>e</sup> siècle : Paris et Montfort-L'Amaury », *RHMC*, vol. 59-2, no. 2, 2012, p. 7-55.

<sup>277</sup> C'est la teneur des lettres patentes royales. Au XVII<sup>e</sup> siècle, les thuriféraires de la monarchie absolue font écho de cette idée : « Ce que chaque peuple a constitué passe pour Loi, dit le Droit Romain. Les Rois de France n'ont pas voulu priver leurs peuples de cette liberté, mais ils leur ont permis d'user de Droits conformes à leurs mœurs, ce que nous appelons les Coutumes de chaque Province. Toutefois avant que de semblables Coutumes passent en Loi, les formes y doivent être gardées : qui sont que le Roi octroi ses Lettres Patentes, par lesquelles il nomme des Commissaires pour la rédaction des Coutumes, par devant lesquels les Gens des trois États de la Province doivent être appelés & en leur présence il doit être procédé à la rédaction & reformation de l'ancienne Coutume. C'est ainsi que nous le voyons avoir été pratiqué par les procès-verbaux de toutes nos Coutumes de France. De sorte qu'après cette rédaction ou reformation, il n'est pas permis de les révoquer en doute, ni d'alléguer un usage contraire », MERCIER, Jérôme, *Remarques nouvelles du droit françois, sur les Instituts de l'empereur Justinien...*, Paris, Augustin Besoigne, 1682, p. 6-7.

<sup>278</sup> C'est un point qu'au Moyen Âge est traité tant par les civilistes que par les canonistes : GOURON, André, « Coutume contre loi chez les premiers glossateurs », *Droit et coutume en France au XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles*, Adershot, Variorum, 1993, p. 117-130 ; WAELEN, *La théorie de la coutume chez Jacques de Revigny. Edition et analyse de sa répétition sur la loi De quibus (D. 1, 3, 32)*, Leiden, Press Universitaire de Leuden, 1984. Pour l'époque postérieure : FABRY, Philippe, *L'État royal : Normes, justice et gouvernement dans l'œuvre de Pierre Rebuffe (1487-1557)*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 148-158 ; MICHEL, Véronique, « La coutume dans le *De legibus ac Deo Legislatore* de Francisco Suarez », *APD*, Tome 41, 1997, p. 445-470.

<sup>279</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 363-366. Voir : THIREAU, Jean-Louis, *Charles Du Moulin (1500-1566), Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980.

<sup>280</sup> De fait, ces auteurs donnent une autonomie opérationnelle à la coutume, car ils considèrent que les ordonnances royales ont un domaine d'application tout différent est suffisamment délimité. Qui plus est, ces auteurs considèrent que les ordonnances interprètent le droit coutumier en vigueur. Cependant, cette interprétation ne doit pas contrarier le sens des coutumes, comme l'affirme Jean-Louis Thireau : « dans le cas où la législation royale entreprend ouvertement sur les coutumes, Du Moulin prend la défense de ces dernières, en arguant du caractère absolu de leur autorité, conférée par l'intervention conjointe des trois États et du Parlement ; certes, il n'exclut pas la possibilité, pour l'ordonnance royale, de recevoir une application effective, mais il faut que ses prescriptions entrent dans les mœurs des intéressés, qu'elles deviennent elles-mêmes des coutumes ». THIREAU, J.-L., *Charles Du Moulin (1500-1566)...*, *op. cit.*, p. 113-114.

<sup>281</sup> L'éventuelle reconnaissance de la coutume non écrite est faite à travers la procédure judiciaire tel qu'évoquée dans le §1 précédent.

Les procès-verbaux des rédactions des coutumes montrent la portée de l'intervention « populaire », car la liste de participants aux délibérations atteint dans plusieurs cas la centaine de membres. Ils contiennent également une affirmation explicite de la représentation populaire<sup>282</sup>, même s'il s'agit toujours de la *sanior pars*. Les commentateurs de la coutume interprètent par ailleurs cette procédure « participative » comme « la part de démocratie dans la monarchie »<sup>283</sup>, ce qui montre le clivage entre les théories de la souveraineté absolue et les pratiques de droit gouvernement de la monarchie<sup>284</sup>. En outre, les procès-verbaux comprennent parfois des formules qui s'inscrivent dans la recherche de la vérité propre à la technique de l'enquête, comme c'est le cas de l'ancienne coutume de Ponthieu (1539) : « Et *en approbation de vérité*, ont lesdits députés, & ceux qui ont été élus par lesdits trois États à concorder, interpréter & déposer lesdites Coutumes, pareillement lesdits Praticiens & Officiers dudit Ponthieu, signé ce présent cahier de leur seings manuel [...] »<sup>285</sup>. Ils montrent également les enjeux des délibérations : le contenu de plusieurs articles est parfois modifié à la demande des participants<sup>286</sup>.

Or, au-delà de l'existence des procès-verbaux, c'est également leur fonction « performative » *a posteriori* qui doit être soulignée. En effet, les compilateurs et commentateurs des coutumes sous l'Ancien Régime font toujours une référence directe ou indirecte aux procès-verbaux : dans le premier cas, ceux-ci sont annexés à la fin de la coutume – le *Nouveau Coutumier Général* de Bourdot de Richebourg (†1735)<sup>287</sup> en est l'exemple par excellence – ; dans le second cas, ils sont évoqués tout au long des commentaires insérés dans la rédaction. Les préfaces de ces ouvrages montrent la

---

<sup>282</sup> Le procès-verbal de l'ancienne Coutume de Péronne (1507) en est l'exemple : après avoir donné une liste des officiers royaux participants, il est dit que ceux-ci sont assemblés « avec les trois États d'icelle Gouvernance & Prévôté, ajournés & comparants en personne au Siege principal dudit Péronne, jusqu'au nombre de douze cent [*sic*] personnes & plus, lesquels [...] auraient commis & députés aucuns desdits États [s'en suit la liste des députés des trois ordres]. Auxquels députés lesdits trois États ont donné pouvoir & autorité, & pour au lieu d'eux & en leur absence, voir, visiter, accorder & signer lesdites Coutumes, & faire en la manière comme s'ils y étaient en personnes ». BOURDOT DE RICHEBOURG, C., *Nouveau coutumier général...*, Tome II, *op. cit.*, p. 593-594.

<sup>283</sup> Voir par exemple : « Ainsi les Commissaires ordonnés par le Roi, pour présider en ces assemblées d'États, les ont autorisés, en y inspirant la puissance de la loi. Mais, en effet, c'est le peuple qui fait la loi : qui est une marque de l'ancien établissement de cette république Française, mêlée de Démocratie, Aristocratie & Monarchie [...] ». COQUILLE, Guy, *Questions et réponses sur les articles des coutumes de France*, Paris, Julien Jacquin, 1644, p. 2-3. Parfois la participation populaire est même remarquée à travers d'un commentaire péjoratif, comme c'est le cas des *Institutions au droit françois* de Gabriel d'Argou : le désordre et l'absence de style produit de la foule, malgré le travail énorme des « grandes personnes », ARGOU, Gabriel de, *Institutions au droit françois*, Tome I, Paris, Jean Mariette, 1730, p. 93.

<sup>284</sup> Voir *supra*, p. 64-68.

<sup>285</sup> BOURDOT DE RICHEBOURG, C., *Nouveau coutumier général...*, Tome I, *op. cit.*, p. 82.

<sup>286</sup> Le procès-verbal de l'ancienne coutume de Troyes (1509 et 1493) est particulièrement long sur les contestations. *Ibid.*, Tome III, p. 255-294. Voir également le procès-verbal de la coutume de Senlis (1539), avec 63 contestations sur 291 articles au total ; *Ibid.*, Tome II, p. 744-760 ; la coutume de Clermont en Beauvaisis (1539), *ibid.*, p. 782-794 ; la coutume de Vallois (1539), *ibid.*, p. 814-818 ; la coutume de Paris (1510), *ibid.*, Tome III, p. 19-25

<sup>287</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 161-162.

finalité de l'insertion des procès-verbaux : ils rappellent la légitimité « populaire » de ces règles censées exprimer les libertés des sujets, toujours avec un raisonnement historique sur la spécificité de chaque coutume<sup>288</sup>.

Le second mouvement de « réformation des coutumes » de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle n'écarte pas non plus le peuple concerné par la coutume. La procédure est au cœur de la possibilité de modification des règles coutumières, tel que le démontrent les procès-verbaux de ces réformations<sup>289</sup>. Si l'on ne peut douter que les commissaires royaux deviennent les maîtres de la rédaction en vue de l'unification<sup>290</sup>, la détermination des règles demeure le résultat d'une procédure de *délibération avec* les sujets. Les contestations des coutumes « objectives », quoique peu nombreuses, existent bel et bien et doivent être accordées dans la mesure du possible<sup>291</sup>. Les commissaires royaux doivent alors persuader les états du pays de l'incertitude de leurs règles, des bénéfices de la concordance d'avec autres coutumes et *in fine* de la finalité de justice qui revêt leur réformation.

En outre, les commissaires royaux et les commentateurs des coutumes entérinent progressivement l'idée que les droits seigneuriaux relèvent d'un titre privé – à l'instar

---

<sup>288</sup> A titre d'exemple : BARTHELEMY, Jabely, *Les coutumes de la Marche, expliquées et interprétées suivant les loix, les meilleurs auteurs, & les arrêts intervenus*, Paris, De Nully, 1744 ; BURIDAN, Jean-Baptiste de, *Coutumes de la cité et ville de Rheims, villes et villages régis selon icelles, avec les commentaires sur chacun article*, Paris, 1665, [s.p.], avis au lecteur (rédigé par M. de Buridan, fils de l'auteur) ; *Coutumes générales de la ville de Metz et pays messin, corrigées ensuite des résolutions des trois États de ladite ville ès années 1616, 1617 & 1618...*, Metz, Vve. Antoine, 1730 (préface n.p.) ; *Coutumes locales, tant anciennes que nouvelles ; de la loy, banlieuë & échevinage de la ville d'Arras... de la cité d'Arras... de Bapaume... de l'Alleu, et de Lens...*, Paris, Simon, 1746, préface n.p. ; DE LA ROCHELLE, Jean-Baptiste, *Commentaires sur la coutume du bailliage et comté d'Auxerre, anciens ressorts et enclaves, rédigés en préférence & du consentement des trois états des pays*, Paris, Bauche, 1749, p. I-X (discours préliminaire). Pour la coutume d'Auvergne, voir : VENDRAND-VOYER, Jacqueline, « Le commentaire de coutumes : rôle et portée (l'exemple de l'Auvergne, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles) », *La revue*, Numéro 2, Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, 2013, p. 100-107. Dans un sens contraire : COTTEREAU, Thomas-Jules-Armand, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Laudois*, Tome I, Tours, Vauquer-Lambert, 1778-1788, discours préliminaire.

<sup>289</sup> Voir par exemple la teneur des lettres de patentes d'Henri II du 19 août 1566 : « *En présence & du consentement desquels États vous enjoignons [aux commissaires] de nouvel rédiger & accorder, & si besoin est, modérer, corriger, muer & abroger lesdites Coutumes ou partie d'icelles. Et faire vos procès-verbaux des débats & oppositions qui seront faites en procédant par vous à la rédaction & accord d'icelles, en la manière due & accoutumée* ». Cité par : BOURDOT DE RICHEBOURG, C., *Nouveau coutumier général...*, Tome II, *op. cit.*, p. 539 (nous soulignons).

<sup>290</sup> Le témoignage d'Etienne Pasquier dans sa lettre à Monsieur Robert, avocat en la Cour du parlement de Paris, est exemplaire de cette maîtrise : « chacun de nous [avocats commis pour la réformation] rapportant [...] tout ce que nous avons remarqué dedans nos mémoriaux avoir été jugé par le Parlement, non seulement pour la Prévôté & Vicomté de Paris ains pour les autres Provinces, ès question générales, non attachées aux Coutumes particulières des lieux ; & sur ce moule, accommodâmes les articles [...] : tellement que je vous puis dire, comme chose très vraie, la Coutume de Paris n'être autre chose qu'un abrégé de l'air général des Arrêts de la Cour de Parlement [...] ». PASQUIER, Etienne, *Les œuvres d'Etienne Pasquier, contenant ses lettres ; ses œuvres meslées et les lettres de Nicolas Pasquier*, Tome II, Amsterdam, Librairies associez, 1723, p. 578.

<sup>291</sup> Le procès-verbal de la réformation de la coutume de Vermandois (1556) est particulièrement long sur le fait des contestations. Les assemblées commencent le 3 novembre 1566 avec la discussion sur les comparutions – plus d'une dizaine de remontrances –. S'en suivent les discussions autour les coutumes locales les 21 et 23 novembre. BOURDOT DE RICHEBOURG, C., *Nouveau coutumier général...*, Tome II, *op. cit.*, p. 539-581. La nouvelle coutume de Boulenois (1550) a 29 contestations, dont la majorité ont été accordées et modifiées le même jour ou le lendemain, *ibid.*, Tome I, p. 75-77 ; la nouvelle coutume d'Amiens (1567) a 98 contestations pour 259 articles au total, *ibid.*, Tome I, p. 210-219 ; les modifications de la nouvelle de coutume de Paris (1580) se trouvent dans, *ibid.*, Tome III, p. 75-85 ; la coutume d'Estampes (1556) contient 28 contestations pour 193 articles, *ibid.*, Tome III, p. 116-118 ; la coutume de Dourdan (1556) contient 18 contestations pour 151 articles, *ibid.*, Tome III, p. 138 ; les exemples peuvent être multipliés.

de Charles Dumoulin –, et que certains d’entre eux sont des « charges abjectes et serviles »<sup>292</sup>. Dans les deux cas, ces droits ne sont guère identifiés aux règles coutumières en tant que libertés des sujets. L’opération psychologique consiste à rallier, encore une fois, les formes juridiques étatiques à la protection des libertés du peuple moyennant une procédure : d’une part, le contenu de la norme coutumière reflète fidèlement l’usage immémorial et de surcroît garantit la liberté originelle ; d’autre part, la nouvelle forme de la norme coutumière garantit son efficacité, notamment devant la juridiction royale<sup>293</sup>. Ce double rapport d’authenticité/efficacité entre l’Etat et le peuple est évoqué par Claude de Ferrière (†1715). L’auteur souligne « le choix & la disposition de la matière », qui doivent être accordés aux peuples. La finalité est l’application effective et pérenne – à l’instar de la loi – des règles coutumières :

« Comme il s’agit de donner autorité de Loi à ce qu’ils [les peuples] ont établi eux-mêmes par un consentement public & général, il est juste de leur en laisser le choix : c’est par ce moyen qu’on fait des Lois *fermes & stables, & qui ne se détruisent pas si facilement par un non-usage, ou par un usage contraire* »<sup>294</sup>

Le processus de rédaction change indiscutablement la forme de la coutume telle qu’elle était considérée auparavant<sup>295</sup>. Les rédactions et réformations postérieures, telles qu’établies par la royauté, envisagent une procédure ayant une intervention du peuple concerné. Cependant, une fois les coutumes fixées par écrit, l’intervention populaire dans la détermination des règles coutumières lors d’un litige s’estompe, pour laisser graduellement la place aux actes de notoriété, produits dans un cadre beaucoup plus restreint.

---

<sup>292</sup> René Chopin dans son *Commentaire sur la coutume d’Anjou* (1662), cité par : GRINBERG, M., *Écrire les coutumes...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>293</sup> L’opération semble contrarier ce qu’on entend par *opinio juris* de la coutume, censée être « spontanée » : au travers de l’imposition des formes royales, la monarchie va s’approprier de la capacité de modeler l’*opinio juris* populaire.

<sup>294</sup> FERRIERE, Claude de, *Corps et compilation de tous les commentateurs...*, *op. cit.*, p. 6, §12 (nous soulignons).

<sup>295</sup> Voir : GRINBERG, Martine, « La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux : nommer, classer, exclure », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52<sup>e</sup> année, N. 5, 1997, notamment p. 1032-1038.

### C. Le retrait de l'intervention populaire au profit d'un dispositif professionnel : les actes de notoriété

L'ordonnance sur la procédure civile de 1667 de Louis XIV déroge l'enquête par *turbe* pour déterminer la règle coutumière dans le cadre d'un procès judiciaire<sup>296</sup>. La rédaction et réformation officielle des coutumes induit, par ailleurs, que la preuve de leur existence est désormais dans les textes publiés. L'impression de complétude du droit coutumier officiel est cependant confrontée à la pratique judiciaire. En effet, à l'intérieur du procès judiciaire l'interprétation de la règle coutumière ou la détermination d'un *usage* demeurent conflictuelles. Pour sa part, l'ordonnance de 1667 passe sous silence la manière de résoudre ces lacunes<sup>297</sup>, de même que la législation royale ultérieure. L'absence de réglementation officielle est comblée par la pratique elle-même, comme le mentionnent quelques auteurs : l'usage des actes ou certificats « de notoriété » s'est introduit après la suppression des enquêtes par *turbe*<sup>298</sup> – même si on peut l'attester depuis le Moyen Âge<sup>299</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'usage devient fréquent et il commence à être conceptualisé. On retiendra la définition d'acte de notoriété donnée par Claude-Joseph de Ferrière : il s'agit d'« un acte par lequel les Officiers d'un Siège, consultés sur quelque matière, rendent raison de leur usage »<sup>300</sup>. Il est principalement produit dans le cadre d'un procès judiciaire : « pour avoir un acte de notoriété d'un Juge, on lui présente requête : le Juge sur la requête présentée par l'une des parties, après en avoir conféré avec les Officiers,

<sup>296</sup> « Abrogeons toutes enquêtes d'examen à futur, & celles par turbes touchant l'interprétation d'une Coutume ou Usage ; & défendons à tous juges de les ordonner, ni d'y avoir égard, à peine de nullité », ISAMBERT, Tome XVIII, *op. cit.*, p. 123.

<sup>297</sup> La question s'est quand même posée au moment des conférences de rédaction de l'ordonnance. Le magistrat Lamoignon « avait proposé de suppléer à cette abrogation "en rapportant des sentences, contrats et transactions qui justifieraient l'usage". Il s'était inquiété néanmoins "qu'il serait dangereux de recevoir de simples certificats". Il n'avait pas cependant fait de proposition plus précise. Il semble que les membres du Conseil avaient pensé, pour prouver l'usage, à l'utilisation des modes de preuve ordinaires », MOREAU-DAVID, Jacqueline, « Actes de notoriété, coutume et usage dans l'Ancien Régime », *Coutumes, doctrine et droit savant*, actes du colloque des 20 et 21 octobre 2006, Jean-Marie Augustin et Véronique Gazeau (dir.), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007, p. 172.

<sup>298</sup> « Cet article [sur l'enquête par turbe] n'as cependant pas substitué à ce genre de preuves, les actes de notoriété ; ce sont les Tribunaux qui l'ont fait d'eux-mêmes ». PIGEAU, Eustache-Nicolas, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes & mise en action par formules*, Tome I, Paris, Veuve Desaint, 1787, p. 310. Voir aussi l'ouvrage de Denisart, qui montre comment l'usage s'est formalisé dans le Châtelet de Paris, DENISART, Jean-Baptiste, *Actes de notoriété donnés au Châtelet de Paris, sur la jurisprudence & les usages qui s'y observent*, Paris, Savoye et Leclerc, 1759, p. 3-4. Voir pour d'autres exemples : MOREAU-DAVID, J., « Actes de notoriété, coutume et usage dans l'Ancien Régime... », *op. cit.*, p. 173.

<sup>299</sup> OLIVIER-MARTIN, François, *Coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris*, Tome I, Paris, Ernest Leroux, 1922, p. 290. De même, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle le recueil d'Edme Billon s'intitule *Coutume du comté et baillage d'Auxerre, avec les notes et actes de notoriété d'un ancien avocat dudit baillage*, Paris, J. Guignard, 1693.

<sup>300</sup> *Verbo* notoriété. FERRIERE, Claude-Joseph, *Nouvelle introduction à la Pratique contenant l'explication des termes de Pratique, de Droit et de Coutumes. Avec les juridictions de France*, Paris, Prudhomme, 1729, p. 253. À ne pas confondre avec l'acception des « actes passés par-devant notaires, par lesquels des témoins suppléent à des preuves par écrit », lesquels ne sont que « des certificats sur un point de fait », dans : GUYOT, Joseph-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Tome XLII, Paris, J. Dorez, 1775-1783, p. 326.

& entendu les Avocats & Procureurs du Siège, déclare que tel est l'usage, &c. »<sup>301</sup>. La finalité est, bien évidemment, de s'en servir comme règle substantielle pour la décision de fond du litige.

La détermination de la règle coutumière est alors délimitée par le cadre restreint de la pratique judiciaire. De la sorte, la coutume est conceptuellement « enlevée au peuple », dès lors qu'elle n'est plus déterminée par une instance dont ce peuple est censé être représenté. En effet, aucun des ouvrages qui en font référence ne considère que l'acte de notoriété sera établi moyennant une intervention « populaire ». C'est en ce sens qu'il faut comprendre le parallèle fait par Jean-Baptiste Denisart (†1765)<sup>302</sup> entre les actes de notoriété dans la monarchie française et les *responsa prudentum* sous la république romaine<sup>303</sup>. Le domaine de la coutume est alors déplacé vers les juristes professionnels sans l'intervention spécifique d'une quelconque assemblée représentative des trois ordres<sup>304</sup>. La physionomie d'un acte de notoriété montre par ailleurs que l'argumentation de la décision relève d'une légitimité qui passe par la technicité de l'enquête faite sur la règle coutumière : les arguments sont tirés du droit romain, des commentateurs de la coutume et de la jurisprudence des arrêts<sup>305</sup>. L'avis de François Guyné († avant 1726), confirme ce changement :

« Mais quoi qu'il semble que l'usage de chaque Coutume doit être certain, néanmoins quand il est question de le prouver, cela se trouve souvent très difficile. Cette preuve se fait ordinairement par des actes de notoriété, & il arrive très souvent qu'on en rapporte pour & contre ; ainsi la voie la plus sûre est, d'y chercher des principes, & de s'arrêter aux règles. »<sup>306</sup>

L'*opinio juris* populaire est ainsi remplacée par l'*interpretatio juris* professionnelle. L'explication est à chercher dans le processus d'assimilation

---

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>302</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 326.

<sup>303</sup> Ces actes sont à mi-chemin entre le *responsa* et la jurisprudence : « Mais les Actes de Notoriété du Châtelet, rédigés pour la plus grande intelligence de la Coutume de Paris, ont un grand avantage sur ces Consultations, puisque chacune d'elles ne présentait que l'opinion des Jurisconsultes ; au lieu que les Actes de Notoriété dont j'ai l'honneur de vous présenter le Recueil, contiennent les principes constants de tout un Tribunal accoutumé à pénétrer le véritable esprit de chaque disposition, pour y conformer ses jugements ». DENISART, J.-B., *Actes de notoriété donnés au Châtelet...*, *op. cit.*, p. iv.

<sup>304</sup> Dans les assemblées des trois ordres pour la rédaction des coutumes, de même que dans les enquêtes par *turbe*, on fait appel aux praticiens du ressort coutumier. La différence avec les actes de notoriété réside dans le fait que ceux-ci ne nécessitent plus de la fiction de représentation populaire, car la coutume est déjà fixée.

<sup>305</sup> *Acte de notoriété du Châtelet, en conséquence de l'arrêt de la cour, du 27 février 1730 [...]*, du 16 décembre 1730. Disponible sur Gallica : <https://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb33739788z> (consulté le 3 mai 2020).

<sup>306</sup> GUYNE, François, *Traitez de la représentation, du double lien et de la règle "Paterna paternis, materna maternis" par rapport à toutes les Coutumes de France*, [s.n.], 1699, p. 331.

conceptuelle de la coutume et la loi. En effet, tout au long des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle, la doctrine réfléchit aux caractéristiques de la coutume rédigée, pour les assimiler de plus en plus aux caractéristiques de la loi royale : d'une part, à travers la réduction des divergences et particularismes du corpus coutumier du royaume ; d'autre part en soulignant la stabilité et le formalisme découlant de la rédaction<sup>307</sup>. Partant, ce n'est plus dans un cadre en deçà de l'ordre juridique monarchique que les difficultés d'application de la coutume vont être résolues ; de la même manière que la loi ne doit être interprétée que par les agents royaux en charge de le faire.

Les actes de notoriété sont issus de la pratique judiciaire ; la doctrine n'est pas concordante sur leur élaboration. *Primo*, sur l'autorité compétente pour les expédier : d'aucuns considèrent que les usages peuvent être certifiés par les praticiens – c'est-à-dire les avocats – du ressort judiciaire, ou par les procureurs. Cependant, l'opinion qui s'impose progressivement considère que ce sont les juges royaux qui doivent les délivrer<sup>308</sup>. *Secundo*, sur l'autorité compétente pour démarrer la procédure : quelques auteurs affirment que ce sont les cours souveraines qui doivent ordonner l'enquête ; à l'inverse, la plupart considèrent que n'importe quel siège royal peut le faire à la demande des parties<sup>309</sup>. *Tertio*, sur les formalités de la procédure : elle n'est guère évoquée par quelques auteurs ; d'autres considèrent que certaines formalités sont exigées pour la production de l'acte. Parmi ces formalités, une idée de délibération reste encore présente<sup>310</sup>.

Malgré le fait que les actes de notoriété enlèvent le caractère « populaire » à la détermination des règles coutumières, un aspect du discours lié à cette pratique demeure similaire aux processus évoqués précédemment : la délibération des formalités juridiques étatiques – judiciaires, en l'occurrence – est le moyen pour trouver les

---

<sup>307</sup> L'objectif chez Poullain du Parc est justement de montrer le caractère stable et uniforme de la jurisprudence du parlement de Bretagne. POULLAIN DU PARC, Augustin-Marie, *Précis méthodiques des actes de notoriété du Parlement et du barreau de Bretagne*, Rennes, Veuve Vatar, 1779, p. I-XIV.

<sup>308</sup> La raison principale est liée à l'argument avancé plus haut : ni les avocats ni les procureurs ne sont des corps judiciaires de la royauté ; ils ne seraient donc compétents pour trancher sur l'application de la norme coutumière. En ce sens, le président du parlement Bohier déplore la pratique instituée par le lieutenant Civil du Châtelet de Paris : « C'est un abus auquel il serait à propos de remédier, il suffit pour en être convaincu, de voir les contrariétés où sont tombés ces Lieutenants Civils au Châtelet de Paris [...] ». Cité par : *Encyclopédie de jurisprudence, ou dictionnaire complet, universel, raisonné, historique et politique de jurisprudence...*, Tome II, Bruxelles-Paris, De Boubiers-Laporte, 1777, p. 396. Voir aussi : *Répertoire universel et raisonné...* Tome XLII, *op. cit.*, p. 325. Au contraire, Denisart ne semble pas se soucier de l'origine des actes de notoriété : DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles, et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Tome I, Paris, Vve. Desaint, 1783, p. 171.

<sup>309</sup> En faveur de la seconde opinion : FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome II, p. 274. Il existe cependant l'idée que l'acte de notoriété est « d'un grand poids » quand il a été ordonné par une Cour, *Ibid.*, p. 274.

<sup>310</sup> Notamment l'idée que l'acte de notoriété n'est jamais fait et signé par un seul officier. Voir par exemple : FERRIERE, C.-J. *ibid.*, p. 245 ; *Encyclopédie de jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 397 ; *Répertoire universel et raisonné...* Tome XLII, *op. cit.*, p. 325.

formes qui vont mieux garantir les libertés des sujets. La question est donc de savoir si ces formes préexistent ou non le souverain « *lex animata* ».

## Section 2. Les formes préétablies de production de la norme

La délibération peut être conçue comme une exigence morale pour le monarque, notamment pour protéger les droits de ses sujets, ce qui est un devoir contenu dans le serment du sacre. Toutefois, d'un point de vue juridique, l'exigence demeure incertaine. Sous l'Ancien Régime, certains auteurs souhaitent l'ériger en norme contraignante à l'égard du souverain<sup>311</sup>. Objectif complexe, car depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, les juristes royaux développent toute une théorie de « l'absolutisme législatif de la monarchie française »<sup>312</sup>, en s'appuyant sur les *utrumque jus*. De ce fait, la plupart des auteurs de la pensée politico-juridique d'Ancien Régime sont prudents sur le caractère contraignant des formes de production de la norme.

Néanmoins, certains de ces auteurs affirment qu'il existe des formes de production de la norme depuis les origines de la monarchie. Sur cet aspect, le flou demeure : les *formes* et les *institutions* sont évoquées comme autant de moyens préétablis (c'est-à-dire, précédant le souverain sur place<sup>313</sup>) qui participent à l'élaboration de la norme. Loin de former un discours homogène, les conceptions de la production normative chez les légistes de la monarchie française sont diverses.

Au-delà de la précision des formes et procédés évoqués, il convient de s'intéresser aux oscillations de la pensée politico-juridique relative aux procédures d'élaboration de la norme. Pour cela, certains juristes contestent d'abord le paradigme volontariste du pouvoir absolu, à savoir la prérogative régaliennne de la loi assimilée à la « pure et franche volonté » du souverain (§1). À la place de ce volontarisme législatif, certains

---

<sup>311</sup> Sur l'évolution de la valeur juridique et symbolique du sacre, voir : LE GOFF, Jacques, « Aspects religieux et sacrés de la monarchie française du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle », *La royauté sacrée dans le monde chrétien*, Alain Boureau et Claudio Sergio Ingerflom (dir.), Éditions de l'EHESS, 1992, p. 19-28 ; MOUSNIER, Roland, « Les conséquences politiques des sacres du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Le sacre des rois, Actes du Colloque international d'histoire sur les sacres e couronnements royaux (Reims 1975)*, Paris, Les belles lettres, 1985, p. 249-252 ; VALENSISE, Marina, « Le sacre du roi : stratégie symbolique et doctrine politique de la monarchie française », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 41<sup>e</sup> année, N. 3, 1986, p. 543-577 ; VIGUERIE, Jean de, « Les serments du sacre des rois de France et spécialement le "serment du Royaume" », *Le sacre des rois...*, *op. cit.*, p. 205-215.

<sup>312</sup> Selon les mots de KRYNEN, Jacques, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, Gallimard, 1993, troisième partie : « L'absolutisme ».

<sup>313</sup> Et de surcroît remettant en cause l'idée du monarque « non lié » par les lois.

discours proposent des formes de production de la norme faisant partie d'un ordre constitutionnel (§2).

### **§1. Une prérogative contestée du souverain**

Depuis le XIII<sup>e</sup> siècle, les légistes royaux se servent des arguments venus des droits romain et canonique pour légitimer le pouvoir de *condere leges* royal<sup>314</sup> : la *majestas* de l'empereur<sup>315</sup>, la *plenitudo potestatis* du pape<sup>316</sup>, l'*ex certa scientia* royale<sup>317</sup>, sont tant de notions empruntées et réinterprétées au profit des rois européens en train de s'imposer dans une réalité hétéronome. Dans ce contexte, les idées à contrecourant sont plutôt minoritaires. Pourtant, il s'agit des « minorités influentes »<sup>318</sup> qui rayonnent la pensée de l'époque moderne. À cette époque, la contestation de la prérogative régaliennne de faire la loi s'appuie sur deux fondements principaux : premièrement, la *lex regia* romaine (A) ; deuxièmement, le recours aux origines et à l'histoire de la monarchie française (B).

#### **A. Les formes romaines : la mise en œuvre de la *lex regia***

Les compilations de Justinien affirment que les sources du *ius scriptum* romain sont la loi, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les édits des magistrats et les *responsa* des prudens<sup>319</sup>. Cette liste implique en elle-même une certaine hiérarchie des sources : la *lex* républicaine étant au premier rang parce qu'elle est chronologiquement première<sup>320</sup>, mais aussi parce qu'elle est censée manifester la volonté de l'ensemble des citoyens romains. Dans l'extrait où les Institutes de Justinien

---

<sup>314</sup> Outre les travaux cités dans l'introduction, voir : GOURON, André, « La double naissance de l'État législateur », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*. École française de Rome, 1991, p. 101-113 ; OURLIAC, Paul, « 1210-1220 : la naissance du droit français », *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milan, 1982, p. 489-510 ; PETIT-RENAUD, Sophie, « Le roi, les légistes et le parlement de Paris aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles : contradictions dans la perception du pouvoir de "faire loy" ? », *CRMH*, [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/889> (consulté le 5 février 2019).

<sup>315</sup> KRYNEN, J., *L'empire du roi...*, op. cit., p. 384-390.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 390-395.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 395-402 ; *ID.*, « "De notre certaine science" : remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Publications de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, n° 3, Montpellier, 1988, p. 131-144.

<sup>318</sup> Selon la formule de : LEE, Daniel, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 35.

<sup>319</sup> Ainsi les *Institutes* de Justinien, I. 2. 3.

<sup>320</sup> Cette hiérarchie chronologique est encore plus marquée dans l'*Enchiridion* de Pomponius (*D. I. 2. 12*). Les réminiscences de la pensée républicaine faisant appel à la tradition et aux origines se trouvent encore à l'époque du principat.

donnent la définition des constitutions impériales, le texte affirme que le pouvoir de faire la loi a été communiqué par le peuple au *princeps* à travers la *lex regia de imperio*<sup>321</sup>. Les questions autour de cette affirmation sont nombreuses : une telle loi a-t-elle réellement existé ? Quelle est la nature juridique de cette communication du pouvoir ? Le pouvoir de faire la *lex* peut-il revenir au peuple ? Et si l'on donne une réponse affirmative, sous quelles conditions ? La première question relève de l'archéologie, elle ne saurait donc être traitée dans cette étude<sup>322</sup>. En revanche, les réponses à ces questions sont au cœur de l'argumentation qui prétend contester l'exclusivité de la prérogative régaliennne de faire la loi.

Concernant la question relative à la nature juridique de la communication du pouvoir, après la redécouverte des compilations de Justinien les glossateurs font deux grandes interprétations. La nature de la « cession »<sup>323</sup> – *concessit* selon la teneur des *Institutes* de Justinien, *conferet* selon le passage d'Ulprien – faite par le peuple est en effet l'objet de deux interprétations divergentes ; qui répondent en même temps à la question relative à la dévolution du pouvoir de faire la loi au peuple. D'une part, l'interprétation d'Irnerius – suivi par Placentin et Rogerius, parmi d'autres –, en fait une *translatio*. De cette *translatio*, il suit que les pouvoirs et prérogatives naguère possédés par le peuple ne peuvent pas retourner à lui, car le peuple « n'a rien réservé pour lui »<sup>324</sup>. Elle implique en même temps que les règles coutumières ne sauraient pas être *contra legem* ; partant, l'abrogation des lois ne peut pas se faire par le biais de la désuétude<sup>325</sup>. D'autre part, l'interprétation opposée la considère comme une *concessio* ; celle-ci est faite principalement par Azon et évoquée par la *Glossa Ordinaria* d'Accurse. La *concessio*, pour sa part, implique que les pouvoirs et prérogatives

<sup>321</sup> Principalement dans le *Digeste*, I. 4. 1. pr. Nous suivons ici principalement : LEE, D., *Popular Sovereignty...*, *op. cit.*, *passim* ; MOREL, Henri, « La place de la *lex regia* dans l'histoire des idées politiques », *L'influence de l'Antiquité sur la pensée politique européenne (XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, p. 159-174 ; PIO, Berardo, « Considerazioni sulla 'lex regia de imperio' (secoli XI-XIII) », *Scritti di storia medievale offerti a Maria Consiglia de Matteis*, Bernardo Pio (dir.), Fondazione Centro Italiano di Studi Sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2011, p. 573-599.

<sup>322</sup> Les sources principales qui font référence à la *lex regia de imperio* sont les *Institutes* de Gaius (I, 5), le *C.J.* (I. 17. 1. 7) et les *Institutes* de Justinien (I. 2. 6), un fragment d'Ulprien (déjà évoqué) et la *lex de imperio Vespasien* redécouverte au XIV<sup>e</sup> siècle. Pomponius fait également une référence indirecte au travers de la soumission faite par le peuple au prince d'« exécuter toutes ses volontés ». L'interprétation dominante sur la réalité de la *lex regia* considère qu'il s'agit d'une construction *ex post facto* pour justifier les pouvoirs de l'empereur. De même, l'on considère que la *lex de imperio Vespasiani* n'est pas un exemple de la *lex regia* référée par les autres sources qui en font mention. Il s'agirait en effet d'un sénatus-consulte acceptant le pouvoir militaire de Vespasien après les guerres civiles de 68-69. BRUNT, Peter Astbury, « Lex de imperio vespasiani », *The Journal of Roman Studies*, Vol. 67 (1967), p. 95-116. Voir également les remarques relatives aux différences de style dans les fragments de l'âge classique et ceux du bas Empire dans : PIO, B., « Considerazioni sulla 'lex regia de imperio'... », *op. cit.*, p. 577-579.

<sup>323</sup> L'on suit la traduction faite par J.-L.-E. ORTOLAN (1857) : « Les volontés du prince ont aussi force de loi, parce que, par la loi *Regia* qui l'a constitué dans ses pouvoirs, le peuple lui cède et transporte toute sa force et toute sa puissance ». Disponible sur : [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Francogallica/justI\\_fran.gr.html](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Francogallica/justI_fran.gr.html) (consulté le 5 février 2019).

<sup>324</sup> PLACENTIN, *Summa Institutionum*, I. 2 : « *Nam populus in principem transferendo communem potestatem, nullam sibi reservavit, ergo potestatem leges scriptas condendi, interpretandi, & abrogandi* » (nous soulignons).

<sup>325</sup> C'est l'interprétation d'IRNERIUS, glose du *D.* 1, 3, 32.

octroyés à l'empereur peuvent revenir au peuple, car celui-ci, en tant qu'*universitas*, n'abdique pas entièrement à son pouvoir de faire la loi<sup>326</sup>. Cela se montre par sa capacité de produire une « loi valable » – la coutume –, ainsi que par la « capacité résiduelle de révoquer le plein pouvoir de l'empereur de faire la loi »<sup>327</sup>. Au-delà de cette division, les glossateurs affirment tous, lorsqu'ils commentent la *lex regia*, l'origine populaire du pouvoir impérial. Cela signifie *in fine* que le peuple a originellement le pouvoir de *condere leges*, malgré les divergences dans l'interprétation de la concession faite à l'empereur.

L'interprétation de la *lex regia* en tant que *concessio* entre dans le royaume de France au XIII<sup>e</sup> siècle, à travers les commentaires faits par Jacques de Revigny (†1296). Celui-ci affirme que la concession des pouvoirs impériaux n'implique pas l'abdication, de la même manière que la délégation de la *jurisdictio* n'implique pas sa perte<sup>328</sup>. Ainsi, il en découle que le peuple a également le pouvoir de *condere leges*. Cette interprétation sera confortée par certains auteurs scolastiques tels que Thomas d'Aquin<sup>329</sup> ou Jean de Paris (†1306). Ils ne font pas une référence explicite à la *lex regia*, mais l'intervention populaire dans l'octroi des prérogatives royales demeure : *omnis potestas a Deo per populum*, le pouvoir vient de dieu à travers le peuple<sup>330</sup> ; ou bien la formule *populo faciente et Deo inspirante* chez Jean de Paris<sup>331</sup>. L'interprétation purement volontariste du fragment d'Ulpien est ainsi théoriquement contestée, et elle sera bientôt dépassée. La *lex regia* porte, en effet, le germe de la question plus abstraite de la responsabilité du *princeps* dans l'exercice des prérogatives octroyées par le peuple. Un *Tractatus de Legibus* anonyme du début du XIV<sup>e</sup> siècle<sup>332</sup> accepte sans ambiguïté la possibilité de la révocation du pouvoir du chef ; pourvu qu'elle ne soit pas trop fréquente, car « le peuple s'accoutumerait d'une certaine manière à la rébellion »<sup>333</sup>. Chez Nicole Oresme (†1382), la contestation du volontarisme législatif va de pair avec la dénonciation des

<sup>326</sup> AZON, *Summa Codicis*, 1, 14, 8 : « dicitur enim translata, id est concessa, non quod populus omnino a se abdicaverit eam ».

<sup>327</sup> LEE, D., *Popular sovereignty...*, *op. cit.*, p. 37. C'est l'opinion d'Hugolino *contra* Placentin (HUGOLINO, *Distinctiones*, 148, 34).

<sup>328</sup> REVIGNY, Jacques de, *Lectura super codice* [reproduction facsimilée], Bologne, A. Forni, 1571, fol. 36.

<sup>329</sup> En ce qui concerne la confrontation de la loi et de la coutume, l'Aquinat envisage les deux cas : il se peut que le peuple puisse se donner des lois coutumières ou non. Dans les deux hypothèses, nulle suggestion d'une translation irrévocable de ce pouvoir de faire la loi aux chefs.

<sup>330</sup> Phrase qui n'est pas formulée explicitement par l'Aquinat, mais qui découle de son argumentation.

<sup>331</sup> Cité dans : KANTOROWICZ, E., *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1989, p. 90, note de bas de page n° 48.

<sup>332</sup> Attribué à tort à l'évêque Durand de Saint-Pourçain.

<sup>333</sup> *Tractatus de legibus*, undecima conclusio, Paris, 1506, [s.p.]. Cité par : LECLER, Joseph, « Les théories démocratiques au Moyen Âge », *Etudes. Revue catholique d'intérêt général*, Tome 225, octobre 1935, p. 21.

dérives tyranniques que les *doctores in utroque jure* reconnaissent au pouvoir royal<sup>334</sup>. L'écho de ces idées résonne un siècle plus tard, dans le discours de Philippe Pot aux États généraux de 1484, tant en ce qui concerne l'élaboration de la loi, qu'en ce qui relève de la « constitution » des *magistratus*<sup>335</sup>.

Toutefois, au début du XVI<sup>e</sup> siècle, la mobilisation de la *lex regia* se heurte à un obstacle majeur : la revendication d'un droit « national » – *ius propium Gallorum* – et *a fortiori* la mise à l'écart des compilations de Justinien en tant que « droit positif »<sup>336</sup>. Certains auteurs de l'école dite du *mos gallicus* sont réticents à évoquer la *lex regia* comme argument applicable au pouvoir royal en France. Leur méthode historique pour traiter les compilations de Justinien s'accorde difficilement avec l'usage anachronique d'un acte supposé être valable exclusivement pour le *populus romanus*, et dont l'existence historique est fortement contestée. L'interprétation d'Azon de la *lex regia* continue certes à être utilisée, mais d'une manière beaucoup plus nuancée que chez les scolastiques. Il existe cependant l'importante exception d'André Alciat (†1550), qui d'après les mots d'Henri Morel, « bien plus nettement que ses devanciers [...], fait de la *lex regia* un principe général, le fondement de toute légitimité, mais assurément pas de l'absolutisme »<sup>337</sup>.

Parmi les auteurs qui l'interprètent de manière moins radicale, Pierre Rebuffe (†1557) évoque brièvement la *lex regia* dans le cas du conflit entre les lois et les coutumes. Pour l'auteur, le transfert du pouvoir législatif n'est pas irréversible, car la coutume a une autorité égale à celle de la loi. Sans rentrer dans une analyse complète de la fonction de la *lex regia* et de ses implications « constitutionnelles », Rebuffe

<sup>334</sup> KRYNEN, Jacques, « Les légistes « idiots politiques ». Sur l'hostilité des théologiens à l'égard des juristes, en France, au temps de Charles V », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987)*, Rome, Publications de l'École Française de Rome, 1991, p. 182-183.

<sup>335</sup> « *Nonne apud Romanos quisque magistratus electione populi fiebat, nec aliqua lex promulgabatur, nisi primum populo relata, ab eo probata fuisset ?* », in : MASSELIN, Jean, *Journal des États généraux de France tenus à Tours en 1484 sous le règne de Charles VIII*, Paris, Imprimerie royale, 1835, p. 148. Pour une interprétation « modérée » du discours de Philippe Pot, voir : KRYNEN, Jacques, « Réflexions sur les idées politiques aux États généraux de Tours de 1484 », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 62, No. 2 (avril-juin 1984), p. 183-204.

<sup>336</sup> En parallèle avec la rédaction officielle des coutumes et l'essor de la législation royale. Voir sur ce sujet les travaux de THIREAU, Jean-Louis : « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, vol. 38, n° 2, 2003, p. 37-52 ; *ID.*, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, p. 153-1991 ; *ID.*, « L'alliance des lois romaines avec le droit français », dans *Droit romain, jus civile, droit français. Études d'histoire du droit et des idées politiques*, Jacques Krynen (dir.), n° 3, Toulouse, 1999, p. 347-374.

<sup>337</sup> MOREL, Henri, « La place de la *lex regia* dans l'histoire des idées politiques... », *op. cit.*, p. 167-168 ; opinion confortée par : LECA, Antoine, « La place de la "*lex Digna*" dans l'histoire des institutions et des idées politiques », *L'influence de l'Antiquité sur la pensée politique...*, *op. cit.*, p. 147-148. L'explication est à chercher dans les expériences italiennes de l'auteur et l'usage différent qu'il accordait à la rhétorique, contrairement à la vision « absolutiste » de Guillaume Budé : « *Budé, like Thomas More and many other servants of the northern kings was deeply involved with the problem of counsel, and his absolutism goes along with that. But Alciato [...] came from a more truly civic tradition, in which eloquence was put to work by the citizen and not by the counsellor, and their legal theories differed from Budé's accordingly* ». TUCK, Richard, *Natural right theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 39-40 (souligné dans le texte).

considère, à l'instar d'Azon, qu'elle se manifeste dans la production du droit coutumier<sup>338</sup>. Nulle suggestion, par ailleurs, d'une récupération « totale » des prérogatives souveraines en raison d'un éventuel gouvernement tyrannique. Hugues Doneau (†1591) donne un autre exemple de l'utilisation nuancée de la *lex regia*, l'argument n'étant pas exactement lié à la contestation de la prérogative régaliennne de faire la loi, mais à celle de nommer les magistrats ayant la *jurisdictio*<sup>339</sup>. Cependant, si l'on suit la logique de Bodin – d'après qui toute prérogative souveraine découle de celle de faire la loi – la constitution originelle de la *jurisdictio* par le peuple serait en flagrante contradiction avec le pouvoir de *condere leges* royal. Pour Doneau, il n'y a aucune contradiction car il considère qu'il s'agit d'une *translatio*<sup>340</sup>.

La contestation huguenote du pouvoir royal à l'époque des guerres de religion utilise également les formes juridiques romaines. En effet, dans les traités monarchomaques figurent certaines références à la *lex regia*. François Hotman (†1590)<sup>341</sup> évoque la théorie de la *concessio* dans la *Franco Gallia* lorsqu'il considère que le *dominium* du royaume reste dans les mains du peuple<sup>342</sup> – en tant qu'*universitas*, d'après le *Vindiciae contra Tyrannos*<sup>343</sup>. Ainsi, le roi ne peut pas « abuser » du royaume comme il pourrait le faire de sa propriété. Or les monarchomaques déplacent l'idée du transfert du domaine du droit public (l'*imperium* et la *jurisdictio*), au domaine du droit privé (le *dominium*)<sup>344</sup>. La *lex regia* est écartée du centre de l'analyse, si ce n'est pour « quelques commentaires superficiels d'intérêt historique »<sup>345</sup>.

Après l'avènement d'Henri IV sur le trône, les juristes condamnent fermement toute mention de l'interprétation de la *lex regia* en tant que *concessio*. Plusieurs d'entre eux se réfèrent à l'anecdote racontée par Bodin dans les *Six Livres de la République*<sup>346</sup> : il s'agit d'un avocat du parlement de Paris qui, dans sa plaidoirie, affirme que « le peuple de France avait donné la puissance aux Rois, alléguant ce qui est dit en la loi

<sup>338</sup> Comme il est dit par Philippe Fabry, l'auteur ne tranche pas sur la question. FABRY, P., *L'État royal : Normes, justice et gouvernement...*, op. cit., p. 148-158.

<sup>339</sup> DONEAU, Hugues, *Opera Omnia : commentatorium de jure civili*, volume 4, Florence, Signum Clus, 1842, p. 1157, 17.7, §10.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 1157-159, 17.7, §11. François Quastana souligne également que l'auteur retient la définition de loi de Papinien (*Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahentur coercitio, communis rei publicae sponsio*, D. 1. 3.1.), laquelle suppose un consentement. Partant, « une loi possède davantage de force contraignante lorsqu'elle émane du propre consentement de l'individu que quand elle lui est imposée par la volonté d'un tiers », QUASTANA, François, « La fortune de la maxime romaine "*lex... est communis rei publicae sponsio*"... », op. cit., p. 73-74.

<sup>341</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 533-535.

<sup>342</sup> LEE, D., *Popular sovereignty...*, op. cit., p. 128.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>344</sup> LEE, Daniel, « Private Law Models for Public Law Concepts : The Roman Law Theory of Dominion in the Monarchomach Doctrine of Popular Sovereignty », *The Review of Politics*, 70 (2008), p. 370-399.

<sup>345</sup> LEE, D., *Popular Sovereignty...*, op. cit., p. 147.

<sup>346</sup> BODIN, J., *Six livres de la République...*, op. cit., p. 983.

première, en ces termes : "*lege Regia, quae de eius Imperio lata est, populus ei, & in eum suam potestatem contulit*" »<sup>347</sup>. Immédiatement, les avocats du roi exigent l'effacement de ces mots de la plaidoirie ; le parlement procède et interdit à l'avocat de répéter ces mots. Enfin l'avocat, « de regret », ne plaidera plus jamais. L'article 1<sup>er</sup> des articles résolus et accordés entre les députés des trois états des États généraux de 1614 conforte cette opinion. Les théories de la monarchie absolue de droit divin rejettent toutes les interprétations possibles de la *lex regia* telle qu'on la trouve dans les compilations de Justinien. De même, les juristes de Louis XIII cherchent à « se détacher de la thèse scolastique du transfert de la souveraineté par le peuple »<sup>348</sup>. Cardin le Bret, par exemple, assimile plutôt la *lex regia* aux lois fondamentales de dévolution de la couronne<sup>349</sup>. À la fin du XVII<sup>e</sup> siècle et pendant le XVIII<sup>e</sup> siècle, les références à la *lex regia* romaine ne sont plus utilisées comme un outil herméneutique pour justifier le pouvoir du roi de faire la législation<sup>350</sup>. Elles demeurent presque exclusivement cantonnées aux ouvrages sur l'histoire du droit romain<sup>351</sup>.

Tout au long des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, l'utilisation des formes juridiques romaines – et de la *lex regia* en l'occurrence – pour contester la prérogative régaliennne de faire la loi perd de son efficacité principalement pour deux raisons. La première est le rejet graduel du droit romain en tant que droit positif dans le royaume de France<sup>352</sup>. La seconde raison est substantielle : la théorie de la monarchie absolue de droit divin,

---

<sup>347</sup> La citation est prise de : L'HOMMEAU, Pierre de, *Maximes générales du droit français, divisées en trois livres*, Paris, Le Gras, 1657, p. 10. Voir également : LE GENDRE, Gilbert-Charles, *Traité de l'opinion, ou mémoires pour servir à l'histoire de l'esprit humain*, Tome IV, Paris, Grégoire-Antoine Dupuis, 1733, p. 132.

<sup>348</sup> REGAD, C., *Les juristes de Richelieu...*, *op. cit.*, p. 88. À l'exception de Claude Joly, auteur de l'époque de la Fronde. Il revient à la formule de la *lex regia*, tout en affirmant que l'origine populaire du pouvoir royal ne contrevient pas l'origine immédiatement divin de ce pouvoir. JOLY, Claude, *Recueil de maximes véritables et importantes pour l'institution du roy*, Paris, [s.n.], 1653, p. 132-135.

<sup>349</sup> « Les Rois mêmes ne peuvent déshériter leurs aînés, ni ceux qui leur doivent succéder : La Couronne leur étant acquise dès leur naissance par droit successif, *ex lege regia*, ce qui a toujours été depuis observé en ce Royaume [...] ». LE BRET, C., *Les œuvres de messire C. Le Bret...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>350</sup> La seule exception à notre connaissance est la traduction faite par Jean de Barbeyrac de l'*Oratio de lege regia* de Jean Frédéric Gronovius (François Quastana dans son art. précité l'attribue à tort à Gérard Noodt). Dans son préface, Barbeyrac revient à une interprétation favorable à la « liberté originale du peuple » romain : « On y verra avec plaisir de quelle manière les *Empereurs romains* s'emparèrent insensiblement de l'Autorité Souveraine, & l'adresse avec laquelle ils surent jeter de la poudre aux yeux du Peuple, pour lui faire accroire [*sic*] qu'il conservait encore quelque forme de République ; jusqu'à ce qu'avec le temps il eût perdu tout sentiment de Liberté [...] », BARBEYRAC, Jean, *Du pouvoir des souverains et de la liberté de conscience, en deux discours traduits du latin de Mr. Noodt, par Jean Barbeyrac, seconde édition revue et augmentée du Discours de Jean Frédéric Gronovius sur la Loi Roiale...*, Amsterdam, Pierre Humbert, 1714, p. xx.

<sup>351</sup> Voir par exemple : FERRIERE, Claude de, *La jurisprudence du Code Justinien, conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France, et les décisions des cours souveraines*, Paris, Cochart, 1684, p. 12 ; TERRASSON, Antoine, *Histoire de la jurisprudence romaine, contenant son origine et ses progrès depuis la fondation de Rome jusqu'à présent...*, Paris, Cavelier, 1750, p. 240-244 ; FERRIERE, Claude-Joseph de, *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, Tome I, Paris, Les libraires associés, 1787, p. 51-52 ; CAHUAC, Bertrand, *Le premier livre des Institutes de Justinien*, Douai, Simon, 1788, p. 49-54.

<sup>352</sup> GAURIER, Dominique, « La revendication d'un droit national contre le droit romain : le droit commun coutumier en France de la fin du XVI<sup>e</sup> au début du XVII<sup>e</sup> siècle », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Tome XLI, suppl., 1994, *Droit romain et identité européenne*, p. 29-47.

majoritaire au XVII<sup>e</sup> siècle, est incompatible avec un dispositif qui postule l'origine populaire du pouvoir politique. Cependant, le discours des juristes contestataires de la prérogative régaliennne de *condere leges* ne se limite pas à l'usage des concepts et des dispositifs romains. Ils vont trouver un arsenal de concepts et de dispositifs bien moins lointains géographiquement et chronologiquement : ceux qui relèvent de l'histoire de la monarchie française.

### ***B. Les formes « françaises » : l'histoire de la monarchie au service du consensualisme législatif***

L'humanisme juridique ouvre la porte à la réflexion historique et philologique sur le droit romain, ce qui influence également l'étude des fondements du droit « positif » au début du XVI<sup>e</sup> siècle. En parallèle, la rédaction des coutumes favorise chez les juristes la conscience de l'existence d'un droit propre au peuple français. Sur le plan épistémologique, cela permet une réflexion sur la spécificité de l'histoire de la monarchie française, de ses origines et de ses institutions<sup>353</sup>. À la fin du XV<sup>e</sup> siècle et tout au long du XVI<sup>e</sup>, on constate « une industrie frénétique de mythes d'origine »<sup>354</sup>, notamment à l'époque troublée des guerres de religion. Ainsi, les juristes utilisent l'histoire (et la légende) pour contester l'exclusivité de la prérogative régaliennne de faire la loi.

Une idée est récurrente dès lors que les auteurs ont recours à l'« histoire nationale » : les populations habitant sur le territoire de la Gaule ont toujours été libres. Partant, deux interprétations majeures sont faites. Selon la première, colportée par les auteurs huguenots, les populations de la Gaule ont toujours décidé du régime politique en place et de la législation en vigueur (à l'exception des conquêtes subies *de facto*). Selon la seconde, celle des auteurs catholiques modérés, même si le régime politique en place a toujours été proche de la royauté – y compris dans sa version héréditaire –,

---

<sup>353</sup> Voir *supra* la note de bas de page n° 336.

<sup>354</sup> KOOPMANS, Jelle, « À l'ombre de Pharamond : la royauté élective », *CRMH*, [En ligne], 20 | 2010, p. 141, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/12215> (consulté le 06 février 2019). Voir : JOUANNA, Arlette, « La quête des origines dans l'historiographie française de la fin du XV<sup>e</sup> siècle et du début du XVI<sup>e</sup> siècle », *La France de la fin du XV<sup>e</sup> siècle*, Bernard Chevalier *et al.*, CNRS éditions, 1985, p. 301-312 ; FUMAROLI, Marc, « Aux origines de la connaissance historique du Moyen Âge. Humanisme, Réforme et Gallicanisme au XVI<sup>e</sup> siècle », *XVII<sup>e</sup> siècle*, n° 114-115, 1977, p. 5-29 ; et plus amplement : BEAUNE, Colette, *Naissance de la nation française*, Paris, Gallimard, 1993.

les rois ne légifèrent pas seuls<sup>355</sup>. Nous allons donc évoquer, brièvement et suivant la chronologie, les auteurs et les exemples tirés de l'histoire du territoire de la Gaule.

Tout d'abord, certains auteurs font remonter les racines de la « nation » française à l'Antiquité, avant la conquête de la Gaule par les romains<sup>356</sup>. Pour François Hotman, la continuité des mœurs qui se manifeste dans les institutions politiques semble être une évidence. Il évoque dans la *Franco Gallia* les anciennes cités ou républiques gauloises, lesquelles « ne se gouvernaient pas toutes d'une même sorte »<sup>357</sup>. En ce qui concerne les cités gouvernées par des rois, l'auteur fait deux constats aussi « historiques » : premièrement, les rois des peuples gaulois ont aidé les romains à « entreprendre sur la liberté des Gaulois »<sup>358</sup> ; deuxièmement, les rois recevaient leur titre par élection et non par droit héréditaire, et étaient « limités par certaines lois [...], au moyen de quoi ces règnes, à dire vrai, n'étaient autre chose que magistrats perpétuels »<sup>359</sup>. Théodore de Bèze (†1605), suit cette opinion lorsqu'il réfère l'exemple des rois liégeois – Ambiorix – et auvergnat – Vercingétorix –, évoqués par Jules César dans son *Commentarii de Bello Gallico*<sup>360</sup> et par Claude Fauchet (†1602), historiographe d'Henri IV<sup>361</sup>. La légende gauloise est cependant peu utilisée, car l'absence de sources – et notamment de sources non romaines – constitue un obstacle pour la légitimité de ce discours historique<sup>362</sup>.

---

<sup>355</sup> Une troisième interprétation à l'époque des guerres de religion relève moins de l'histoire nationale que d'une vision théocratique du pouvoir mêlée à l'idée de monarchie élective avancée par la Ligue Catholique. AMALOU, Thierry, « Entre réforme du royaume et enjeux dynastiques. Le magistère intellectuel et moral de l'université de Paris au sein de la Ligue (1576-1594) », *CRMH* [En ligne], 1 | 2009, §10-16, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crmh/11692> (consulté le 06 février 2019) ; RENOUX-ZAGAME, Marie-France, *Du droit de dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003, p. 270-293, « Ligueurs contre politiques : à la recherche du véritable État chrétien ».

<sup>356</sup> Que l'on trouve par exemple chez Ordélic Vital, qui affirme que les Gaulois se sont rebellés contre les romains « en conjonction avec les francs » et ont élus Pharamond comme roi. VITAL, Ordélic, *The ecclesiastical history of England and Normandy*, vol. II, Londres, Bohn, 1854, p. 142, §9. Bernard de Girard Du Haillan évoque également le mélange des deux nations (Gauloise et Franque). La dualité des origines gaulois et francs est cependant un objet délicat pour l'historiographie, tel qui le montre JOUANNA, A., « La quête des origines... », *op. cit.*, note de bas de page n° 1.

<sup>357</sup> HOTMAN, François, *Franco-Gallia*, Première édition française, Cologne, Hierome Berthulpe, 1574, p. 2.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 5. Ce qui semble montrer la méfiance de l'auteur à l'égard de la fonction royale.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>360</sup> BEZE, Theodore de, *Du droit des magistrats sur leurs sujets...*, s.l., 1575, p. 70-71. Sur l'auteur et les sources de son ouvrage : *Théodore de Bèze : 1519-1605*, Actes du Colloque de Genève sous la direction d'Irena Backus, septembre 2005, Genève, Droz, 2007, principalement : MELLET, Paul-Alexis, « Du passé au présent : les sources du "Droit des magistrats sur leurs sujets" (1574) », p. 537-551.

<sup>361</sup> FAUCHET, Claude, *Recueil des Antiquitez Gauloises et Françaises*, Paris, Jacques du Puys, 1579, folios 8r°-8v°. Sur l'auteur : DILLAY, Madeleine, « Quelques données bio-bibliographiques sur Claude Fauchet (1530-1602) », *Neuphilologische Mitteilungen*, Vol. 33, No. 1/3 (1992), p. 35-82.

<sup>362</sup> Bien évidemment, il existe aussi un récit opposé qui met l'accent sur la continuité de la succession royale : Jacques de Charron considère par exemple que le premier « roi des Gaulois » est Samothée, passant par Sicamber « roi des Sicambriens en la lignée des Gaulois », puis par Francus II « premier Roi des François, vingt-huitième des Sicambriens ; & cinquante-deuxième en la lignée des Gaulois » ; ce qui fait de Pharamond le « premier Roi de France, XXVIII° Roi des François ; & LXXIX° en la lignée des Gaulois ». Voir la généalogie des rois dans la table de chapitres : CHARRON, Jacques de, *Histoire Universelle de toutes nations & spécialement des Gaulois ou François*, Paris, Thomas Blaise, 1621.

Au contraire, le récit autour de l'origine franque de la monarchie française est évoqué à maintes reprises. L'idée d'une liberté originelle des peuples francs est développée de différentes manières : par l'étymologie du mot<sup>363</sup>, par les mœurs<sup>364</sup>, par le refus d'accepter certaines contraintes venues des romains<sup>365</sup>. De même, les juristes historiens de la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle constatent toujours que les premiers rois francs ont été désignés par l'élection. L'écho d'une forme d'élection résonne dans plusieurs textes<sup>366</sup>, que l'on songe à la légende de Pharamond, Clodion le chevelu, Mérovée ou à Childéric<sup>367</sup>, père de Clovis. Elle est beaucoup plus évidente chez les auteurs huguenots, car ils s'attardent dans leurs ouvrages polémiques, sur la possibilité de déposition du roi : François Hotman consacre plusieurs pages de la *Franco Gallia* à ce sujet<sup>368</sup>, donnant divers exemples, auxquels fait également écho Théodore de Bèze<sup>369</sup>. Les auteurs catholiques reconnaissent l'élection des premiers rois francs mais refusent la continuité du principe au profit de l'hérédité : selon Claude Fauchet, Clovis aurait été désigné roi par « droit d'hoirie »<sup>370</sup> ; l'argumentation de François de Belleforest (†1583) tend, quant à elle, à démontrer la succession suivant la loi salique dans la lignée de Mérovée<sup>371</sup>.

<sup>363</sup> Voir le *Discours de l'étymologie et origine des francs et francons qui depuis furent appelez françois* de Bernard de Girard du Haillan. Les origines troyennes par le biais d'un Francus ou Francion fils d'Hector sont refusés, car « Héctor n'eut qu'un fils nommé Astianax [...] », dans : DU HAILLAN, Bernard de Girard, *L'histoire de France*, Paris, P. L'Huillier, 1576, n.p.

<sup>364</sup> Les cheveux longs sont une marque de liberté et de courage chez les francs, ainsi que de la hiérarchie à l'intérieur de leur organisation sociale : HOYOUX, Jean, « *Reges criniti*. Chevelures, tonsures et scalps chez les Mérovingiens », *Revue Belge de philologie et d'histoire*, Tome 26, fasc. 3, 1948, p. 479-508.

<sup>365</sup> « Que ce fut à cause de l'immunité que l'Empereur Valentinien leur donna après le bon secours reçu d'eux contre les Alans [les auteurs] disent aussi qu'il les appela d'un nom Grec François, qui vaut autant à dire comme preux, vaillants, & hardis, & par un même moyen affranchis de toutes tailles, & subsides & tributs pour dix ans [...] », DU HAILLAN, B. de G., *L'histoire de France...*, *op. cit.*, n.p. Cette étymologie est pour l'auteur « arraché par les cheveux ».

<sup>366</sup> Et ce depuis le XV<sup>e</sup> siècle, comme dans *Loquar in tribulacione* (1439-1440) de Jean Juvénal des Ursins. Bernard de Girard du Haillan raconte même l'anecdote des plaidoiries faites par Charamond (en faveur de la monarchie) et Quadrek (en faveur de la « Chose publique » ou aristocratie), après quoi « les François [...] d'un commun consentement élurent Roi Pharamond ». DU HAILLAN, B. de G., *L'histoire de France*, *op. cit.*, p. 6-11.

<sup>367</sup> Sur le récit de Childéric, on doit souligner l'importance de son élection et sa postérieure « abdication » ou « dépossession ». La Chronique de Nicole Gilles raconte que, face à « l'insolence & pour la lubricité effrénée, luxurieuse & mauvaise vie » de Childéric I, les francs « délibèrent ensemble de le prendre, & le mettre en tutelle, & punir, & chasser aucuns & mauvais Conseillers qu'il avait autour de lui ». GILLES, Nicole, *Annales et croniques de France depuis la destruction de Troye jusques au temps du roy Louys onziemesme...*, Paris, Guillaume le Noir, 1562, f. 13r<sup>o</sup>. Claude Fauchet pour sa part évoque que les français « délibéraient le faire mourir » FAUCHET, C., *Recueil des Antiquitez...*, *op. cit.*, f. 98v<sup>o</sup>. À sa place, on a élu un général gallo-romain en dehors de la lignée de Pharamond.

<sup>368</sup> « C'est un acte si vertueux & magnanime de nos ancêtres fait certainement bien à noter : attendu même qu'il fut fait tout au commencement & par manière de dire en l'enfance de ce Royaume. Qui sembla être un avertissement pour l'avenir : que ceux qui étaient appelés à la couronne de France, étaient élus pour être Rois sous certaines lois & conditions qui leur étaient limitées : & non point comme tyrans avec une puissance absolue, excessive & infinie ». HOTMAN, F., *Franco-Gallia...*, *op. cit.*, p. 67-68.

<sup>369</sup> « Et que les mêmes États aient le pouvoir de démettre celui qu'ils avaient élu ayant méfait, il en appert par exemples, ayant été ainsi demis pour ses insolences et paillardises Childéric, auquel fut substitué Gilon, n'étant toutefois de la race de Mérovée, l'an 461, et Sigibert, l'an 578, et Théodoric, l'an 667 [...] ». BEZE, T., *Du droit des magistrats...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>370</sup> FAUCHET, C., *Recueil des Antiquitez...*, *op. cit.*, f. 105v<sup>o</sup>.

<sup>371</sup> BELLEFOREST, François de, *Les grandes annales et histoire générale de France, dès la venue des Francs en Gaule jusques au règne du roy très-chrestien Henry III*, Paris, G. Buon, 1579, p. 5r<sup>o</sup>-v<sup>o</sup>. Jean Duret considère que par la loi salique faite par Pharamond « le Royaume électif fut fait successif au mâle plus prochain parent du Roi défunt ». Il affirme que l'élection de

Les récits de l'élaboration de la loi salique insistent sur le caractère consensuel des lois faites par les premiers rois francs<sup>372</sup>. La plupart des juristes historiens de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle s'accordent sur le fait qu'elle a été faite du temps de Pharamond, et qu'à sa confection participent quatre « sages » ou barons : Visogast, Bosogast, Salagast et Uvidagast. De même, certains récits réfèrent le consensus des populations concernées : pour Jean du Tillet (†1570), la loi salique fut faite « par l'avis d'iceux [les états...] comme de nos jours a été observé pour réformer & rédiger par écrit les coutumes de France »<sup>373</sup>. Le parallélisme des formes montre combien les « monuments législatifs » de la monarchie sont loin d'être le produit d'une volonté individuelle<sup>374</sup>.

Néanmoins, les exemples de l'histoire de la dynastie mérovingienne relèvent davantage des sources littéraires. Inversement, sous la dynastie carolingienne figurent des précédents « juridiques » dont plusieurs auteurs se servent pour développer l'idée d'un consensualisme législatif à l'origine de la monarchie française. Ces précédents perdurent jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

Le caractère électif de la monarchie – cette fois-ci pour la deuxième race – est à nouveau soulevé. Tout d'abord au profit de Pépin, comme l'affirment plusieurs auteurs de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle. Ils entérinent ainsi le principe électif (chez les monarchomaques)<sup>375</sup>, et contestent la dépendance de la couronne à l'égard de

Pépin n'était pas nécessaire car il descendait « en vraie & directe ligne du côté des mâles, savoir de Rancarius premier fils de Clodion, qui régna après Pharamond [...] ». DURET, Jean, *L'harmonie et conférence des magistrats romains avec les officiers françois, tant laiz que ecclésiastiques : où succinctement est traité de l'origine, progrès et juridiction d'un chacun, selon que les loix civiles, romaines, et françoyses l'ont permis, sans obmission de l'histoire aux lieux propres*, Lyon, Benoist Rigaud, 1574, p. 12-13. *Contra* Bernard de Girard du Haillan qui, tout en reconnaissant la lignée de Pharamond, considère que « jusqu'à Hugues Capet tous les Rois de France, ont été élus par les François qui se réservèrent cette puissance d'élire & bannir & chasser leurs Rois ». DU HAILLAN, B. de G., *L'histoire de France...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>372</sup> Il n'est pas question dans cette étude de trancher sur l'origine de la loi salique entre les trois hypothèses principales, à savoir : un « pacte militaire » entre gallo-romains et francs du IV<sup>e</sup> siècle, une loi « royale » franque de la seconde moitié du V<sup>e</sup> siècle, ou une loi faite par Clovis au début du VI<sup>e</sup> siècle. Sur ce sujet, voir : RENARD, Etienne, « *Le Pactus Legis Salicae*, règlement militaire romain ou code de lois compilé sous Clovis ? », *In : Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 2009, tome 167, livraison 2, p. 321-352 ; UBL, Karl, « L'origine contestée de la loi salique. Une mise au point », *Revue de l'IFHA*, 1 | 2009, p. 208-234, disponible sur : <https://journals.openedition.org/ifha/365> (consulté le 20 mai 2020).

<sup>373</sup> DU TILLET, Jean, *Les mémoires et recherches du Jean du Tillet, contenant plusieurs choses memorables pour l'intelligence de l'estat des affaires en France*, Rouan, Philippe de Tours, 1578, p. 11. L'idée se trouve aussi chez Etienne Pasquier, cette fois-ci raliée à sa réflexion sur l'élaboration d'une législation sur la procédure criminelle : « Sous la première [race] ils mêlaient avec les Coutumes des Provinces, ce qui était de leur Loi Salique, établie du consentement de tout le peuple [...] », PASQUIER, Etienne, *Les recherches de la France...*, Paris, Lauren Sonnius, 1621, p. 906.

<sup>374</sup> Chez Claude Fauchet il est affirmé que ce sont « Quatre seigneurs, qui en trois Malz [c'est-à-dire jours d'audience ou de plaids] tenus aux villages Solehem, Bodehem, & Vidohan [...], publièrent les lois & ordonnances qu'ils avisèrent les meilleures pour apaiser tous différens ». L'auteur affirme également qu'il « n'est point dit si ce fut par commandement du Pharamond », FAUCHET, Claude, *Les Antiquitez gauloises et françoises, augmentées de trois livres contenant les choses advenues en Gaule et en France jusques en l'an 751 de Jésus-Christ*, Paris, [s.n.], 1599, p. 186.

<sup>375</sup> Les exemples de l'élection de Pépin, ses fils Charles et Carloman, et Louis fils de Charlemagne sont évoqués. De plus, le serment fait par Charles le Chauve est également retranscrit : « Puis que vous m'avez élu pour vous régir et gouverner, sachez que ma délibération est, moyennant l'aide de Dieu, de maintenir l'honneur et service de Dieu et des saintes Églises, et pareillement d'honorer, garder, et honorablement tenir chacun de vous en son rang d'honneur et en sa personne, tant que je

l'autorité du pape (chez les défenseurs du gallicanisme)<sup>376</sup>. Ensuite, certains auteurs élargissent le caractère électif de la monarchie même pour la descendance de Pépin le bref et de Charlemagne<sup>377</sup>.

En outre, les juristes historiens de cette époque considèrent globalement que les rois de la dynastie carolingienne n'édicteraient pas de loi sans le consentement de leurs sujets. L'ébauche des États généraux, des Pairs du royaume et des parlements est évoquée au profit de l'idée de consensualisme. Ce dernier se manifeste au travers des institutions concrètes de la monarchie, subsistant au moment où les auteurs rédigent leurs ouvrages. Les *Recherches de la France* d'Étienne Pasquier sont l'illustration par excellence de ce recours aux formes institutionnelles à l'origine de la monarchie française. D'après lui, « tenir le parlement » est nécessaire pour renforcer la légitimité de Pépin et de sa descendance :

« [Pour] montrer que de la seule grandeur ne dépendaient toutes les affaires de France, [Pépin] assemblait selon les urgentes difficultés qui se présentaient, le corps général de ses Princes & grands Seigneurs, pour passer leur détermination & conseil : ôtant par ce moyen toute mauvaise & sinistre opinion [...], pour l'injuste invasion qu'il avait fait de la Couronne. »<sup>378</sup>

Ainsi, dans ces parlements de l'époque carolingienne, « étaient semblablement emologuées [*sic*] les volontés du Roi, c'est à savoir celles qui concernaient le fait général de la France »<sup>379</sup>.

---

saurais et pourrais faire, et garder à chacun son degré, droit et justice, tant ès affaires ecclésiastiques que celles de ce siècle [...] », BEZE, T., *Du droit des magistrats...*, *op. cit.*, p. 40. François Hotman consacre pour sa part le chapitre XIII de la *Franco-Gallia* à la question de l'élection de Pépin. HOTMAN, F., *Franco-Gallia...*, *op. cit.*, p. 132-140.

<sup>376</sup>Chez Bernard de Girard du Haillan, le pape ne fait pas partie de l'élection. Son rôle consiste à dispenser le peuple franc du serment envers Childéric dernier roi mérovingien, DU HAILLAN, Bernard de Girard, *De l'estat et succez des affaires de France... depuis Pharamond, premier roy des Francs, Francons ou François, jusques au roy Loys unzième*, Paris, L'Olivier de l'huillier, 1570, f. 24<sup>r</sup>°-24<sup>v</sup>°. L'argument se trouve également chez Claude Fauchet, même s'il affirme qu'il « ne croit pas qu'aucun Ecclésiastique ait puissance, de délier un sujet du serment qui l'oblige à son Prince », FAUCHET, C., *Les Antiquitez gauloises et françoises...*, *op. cit.*, p. 178<sup>v</sup>°. Pour Étienne Pasquier, il s'agit juste d'un « troc pour troc [...]. L'un et l'autre n'ayant rien aux bénéfices par eux faites, hormis que Pépin avait besoin de prétexte dedans sa force, & le Pape avait le prétexte sans la force, dont il fut secouru par Pépin », PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>377</sup> Bernard de Girard du Haillan, dans la citation *supra*, la note de bas de page n° 371.

<sup>378</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 43. Ce constat est également fait pour Hugues Capet : « Car combien que ce grand Prince eût occupé le titre de Roi, si n'en avait-il presque le nom [...]. Chose que ce Roi nouvellement installé, fut contraint de passer par connivence, n'ayant pas de quoi répondre, comme autrefois avait eu un Pépin contre Eude Duc d'Aquitaine [...] ». *Ibid.*, p. 44.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 43. À la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, le *De ordine palatii* d'Hincmar de Reims sera également évoqué par Saint-Simon et Boulainvilliers. CHEMINADE, Christian, « Charles le Chauve et le débat sur le pouvoir législatif au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Le prince et la norme. Ce que légiférer veut dire*, Textes réunis par Jacqueline Horeau-Dodinau, Guillaume Métairie et Pascal Texier, Limoges, PULIM, 2007, p. 179-180. L'ouvrage d'Hincmar de Reims affirme l'existence de deux assemblées dont la première fait référence à un consensualisme populaire : « La première était celle où l'on réglait l'état du royaume entier pour le reste de l'année courante ; ce qu'on y avait décidé, nul événement ne pouvait le faire modifier [...]. Dans cette assemblée se réunissaient

Parmi les formes de la monarchie carolingienne, deux précédents sont appelés à la postérité même jusqu'à la fin de l'Ancien Régime<sup>380</sup>. Il s'agit d'un texte législatif supposé de Charlemagne et d'un capitulaire de Charles le Chauve. François Hotman évoque le premier dans la *Franco Gallia* :

« Il y a un article dedans les Ordonnances<sup>381</sup> de Charlemagne, qui en fait foi : à savoir, là où il dit, qu'on interroge & demande l'avis du peuple, sur chaque article de ceux qu'on a ajoutés de nouveau à la loi, & après que tous y auront consenti, qu'ils apposent au pied des articles leur seings & souscriptions de leur main [...] »<sup>382</sup>

L'évocation d'une procédure dans laquelle tout le peuple peut participer est certes fictive, mais elle sert à développer l'argumentation autour des institutions qui représentent ce peuple<sup>383</sup>.

Le second texte est un capitulaire de Charles le Chauve, connu sous le nom d'édit de Pistes (864). Dans ce texte se trouve une formule appelée à la postérité : « *lex consensu populi fit et constitutione regis* »<sup>384</sup>. Le roi carolingien aurait ainsi affirmé explicitement que faire la loi ne lui appartient exclusivement, car un consensus populaire devrait s'imposer. La formule commence à être interprétée dans ce sens dans la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle : Etienne Baluze le fait seulement en tant que constat historique de l'époque carolingienne<sup>385</sup>. Or, au cours de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup>

---

tous les grands tant clerc que laïques : les plus considérables pour délibérer et prendre des décisions ; les moins considérables pour y donner leur adhésion, quelquefois aussi pour en délibérer, et les confirmer non pas par force et aveuglement, mais de leur propre mouvement et avec intelligence », HINCMAR, *De ordine palatii*, traduit par Maurice Prou, Paris, Vieweg, 1884, p. 71-75.

<sup>380</sup> On suit ici les remarques dans l'article de Christian Cheminade précité.

<sup>381</sup> Christian Cheminade considère qu'il s'agit du capitulaire de complément de la loi salique, CHEMINADE, C., « Charles le Chauve et le débat sur le pouvoir législatif... », *op. cit.*, p. 180. À notre sens, les sources ne sont pas suffisantes pour pouvoir identifier définitivement le texte.

<sup>382</sup> HOTMAN, F., *Franco-Gallia...*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>383</sup> Ce qui est fait par François Hotman quelques lignes après, cette fois-ci en évoquant un exemple des temps mérovingiens : « Et en ce Parlement fut accordé, qu'ils observaient les articles qui s'ensuivent, par le consentement de leurs sceaux. L'accord qui fut fait & passé entre les nobles Rois, par le consentement d'eux & des communautés de leurs sceaux sujets, &c. ». *Ibid.*, p. 123.

<sup>384</sup> Article 6 : « *Et quoniam lex consensu populi et constitutione regis fit, Franci iurare debent, qui secundum regium mandatum nostrum ad iustitiam reddendam vel faciendam legibus bannitus vel manitus fuit* », *Capitularia regnum Francorum, Monumenta germaniae historica*, Tome. 2, édité par A. Boretius et V. Kravse, Hanovre, 1897, p. 313-314, cité par : SLIMANI, Ahmed, *La modernité du concept de nation au XVIII<sup>e</sup> siècle (1715-1789). Apport des thèses parlementaires et des idées politiques du temps*, nouvelle édition [en ligne], Aix-en-Provence, PUAM, 2004, disponible sur : <https://books.openedition.org/puam/206> (consulté le 6 février 2019).

<sup>385</sup> L'auteur se contente d'expliquer la portée du mot *populi*, qu'il prend dans le sens de grands seigneurs : « *fideliū regis, id est, hominum principum, optimatum, procerum, qui sunt capita populi* ». Cité par : CHEMINADE, C. « Charles le Chauve et le débat sur le pouvoir législatif... », *op. cit.*, p. 187. Au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, cette explication est reprise par : ZAMAN, Jan Pieter de, *Exposition des trois états du païs et comté de Flandres, scavoir du clergé, de la noblesse & des communes*, [s.l.], 1711, p. 15-17.

siècle, la formule devient le précédent juridique par excellence des contestations de l'exclusivité de la prérogative régaliennne de *condere leges*. En effet, après la référence que Montesquieu y fait dans *L'esprit des lois* (livre XVIII, chapitre 30), la formule « échappe aux érudits pour s'insinuer au cœur des polémiques historico-politiques »<sup>386</sup>. Les partisans d'un consensualisme législatif de caractère historique seront bien évidemment les premiers à en profiter<sup>387</sup>. D'autant que ce « monument législatif » justifie la proposition d'un ordre constitutionnel de la monarchie dans lequel il existe des formes préétablies de production de la norme. Cette prétention est, par ailleurs, récurrente pendant tout l'Ancien Régime.

## §2. La prétention d'une exigence constitutionnelle

Affirmer que la monarchie d'Ancien Régime a une constitution pose toujours un problème<sup>388</sup>. Certes les lois fondamentales du royaume sont considérées comme ayant un statut constitutionnel<sup>389</sup>, mais elles ne font nullement référence à un octroi de la fonction législative qui aurait été donnée à certaines institutions spécifiquement. Ce flou normatif permet aux juristes contestataires de la monarchie de contourner le volontarisme législatif développé depuis le XIV<sup>e</sup> siècle. La contestation de la prérogative régaliennne de faire la loi implique *a fortiori* qu'il existe des institutions et formes qui relèvent d'un ordre constitutionnel. Les arguments historiques sont ainsi utilisés pour démontrer que deux institutions (avec les procédures qui « activent » leur

<sup>386</sup> CHEMINADE, C., « Charles le Chauve et le débat sur le pouvoir législatif... », *op. cit.*, p. 181.

<sup>387</sup> *Infra*, p. 392-399. Les auteurs sont nombreux. Nous renvoyons aux exemples des auteurs *pro* et *contra* l'interprétation consensuelle de la formule cités par Christian Cheminade dans l'article précité (p. 181-192), ainsi qu'à l'ouvrage d'Ahmed Slimani précité (p. 218-220 et 517-521).

<sup>388</sup> Sur l'idée d'un ordre constitutionnel avant la Révolution : BASSE, Bernard, *La constitution de l'ancienne France : principes et lois fondamentales de la royauté française*, Grez-en-Bohère, D. Martin Morin, 1985 ; BASTID, Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985 ; BEAUD, Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html> (consulté le 6 février 2019) ; CARBASSE, Jean-Marie, « La constitution coutumière : du modèle au contre-modèle », *Modelli nella storia del pensiero politico*, Pérouse, Léo S. Olschki, 1989, p. 163-179 ; HALEVI, Ran, « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 12-16, disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html> (consulté le 6 février 2019) ; PICHOT-BRAVARD, Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel, XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2011 ; SAINT-BONNET, François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 7-20 ; SAINT-BONNET, F., et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 275-331.

<sup>389</sup> Pratiquement tous les manuels d'histoire du droit et des institutions retiennent l'aspect « constitutionnel » des lois du royaume ou fondamentales. Nous renvoyons à la bibliographie sur ce sujet référée *supra*, dans l'introduction (note de bas de page n° 124), ainsi qu'à l'analyse historiographique récente de BONIN, Pierre, « Régence et lois fondamentales », *Annuaire-Bulletin de la Société de l'histoire de France*, (2003), p. 77-135.

participation) sont nécessaires pour faire les normes : d'une part, les assemblées des trois ordres (A) ; d'autre part, les cours souveraines du royaume (B).

### ***A. Faire la norme étatique avec le concours des assemblées des trois ordres***

Certains auteurs de l'époque moderne justifient le statut constitutionnel des assemblées des trois états par l'affirmation de leur caractère simultané à la royauté<sup>390</sup>. Au niveau du royaume (c'est-à-dire des États généraux), ce statut consiste moins en des règles préétablies dont les assemblées peuvent se prévaloir, qu'en des matières dont la norme doit être nécessairement élaborée en concours avec elles. En effet, presque tous les auteurs s'accordent d'une part sur le fait que le roi maîtrise les formes que l'assemblée de trois états revête (notamment sa convocation et la procédure à suivre), et d'autre part, l'opinion majoritaire affirme que dans certains cas les assemblées des trois ordres s'imposent au souverain.

L'historiographie prend comme point de départ des États généraux les assemblées convoquées par Philippe le Bel au début du XIV<sup>e</sup> siècle. Celles-ci ne jouent pourtant aucun rôle dans l'élaboration de la législation royale, ayant plutôt fonction de légitimation d'une politique spécifique menée par la royauté<sup>391</sup>. Cependant, au fur et à mesure que la nature des assemblées change (de leur caractère féodal vers une idée de représentation politique « moderne »<sup>392</sup>), ses attributions s'élargissent. En outre, la procédure graduellement établie montre leur rôle dans l'élaboration des normes, notamment au niveau des États généraux. Aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles, plusieurs ordonnances de réformation « sont ainsi l'aboutissement de plaintes formulées par les États généraux »<sup>393</sup>. En dehors du devoir de conseil féodal – qui se manifeste encore

---

<sup>390</sup> Ce qui suppose que l'organisation tripartite (*oratores, bellatores, laboratores*) est un *topos* à l'époque moderne ; même s'il est très difficile de constater cela pour les origines de la royauté franque. Sur l'organisation tripartite de la société issue des auteurs de l'époque carolingienne et des premiers capétiens, en particulier Adalbéron de Laon (†1030) et Gérard de Cambrai (†1051), voir : DUBY, Georges, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, Paris, Gallimard, 1978 ; LE GOFF, Jacques, « Les trois fonctions indo-européennes, l'historien et l'Europe féodale », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 34<sup>e</sup> année, N. 6, 1979, p. 1187-1215.

<sup>391</sup> DECOSTER, Caroline, « La convocation de l'assemblée de 1302, instrument juridique au service de la propagande royale », *Parliaments, Estates & Representation*, Vol. 22, 1, 2010, p. 17-36.

<sup>392</sup> TIMBAL, Pierre-Clément, « De la communauté médiévale à la commune moderne en France », *Recueils de la Société Jean Bodin*, Tome XLII, *Les communautés rurales*, 4<sup>e</sup> partie, Paris, 1984, p. 337-348.

<sup>393</sup> SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 250. On songe notamment à l'ordonnance dite cabochienne de 1413, malgré sa courte existence.

sous la plume de Jean Juvénal des Ursins<sup>394</sup> –, au début du XVI<sup>e</sup> siècle la vocation législative des assemblées d'état est l'objet d'un débat doctrinal. Claude de Seyssel (†1520), par exemple, considère que le conseil qu'il appelle « général » doit être invoqué pour « faire lois & ordonnances générales concernant la justice ou la police universelle du Royaume »<sup>395</sup>. En revanche, son contemporain Guillaume Budé (†1540) dans son traité *De l'Institution du Prince*, fait à peine une vague référence aux « assemblées & compagnies des plus honnêtes personnes de leurs royaumes »<sup>396</sup>. De même, certains théologiens du courant « néo-conciliariste »<sup>397</sup> – tel que Jacques Almain (†1515) – esquissent, à l'image de leurs propres disputes ecclésiologiques, le rôle des États généraux dans l'élaboration des normes de la monarchie<sup>398</sup>.

Dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, la réactivation des États généraux va de pair avec deux enjeux : d'une part, faire face à la crise des guerres de religion ; d'autre part, permettre à la royauté de mener une politique de réformation législative<sup>399</sup>. Si le premier enjeu retient le rôle « traditionnel » des États généraux, le second sert en revanche à dégager une fonction *législative* et même *constituante* des assemblées. En effet, lors des États généraux de 1560 à Orléans et ceux de 1576 à Blois, l'assemblée prétend faire de leur réunion une exigence constitutionnelle s'imposant au souverain. En ce qui concerne la procédure, la périodicité de la tenue des assemblées est la

---

<sup>394</sup> NAEGLÉ, Gisela, « « Quant ilz avoient affaire pour la guerre, ilz faisoient assembler les trois estas : royauté et assemblées d'états à la fin du Moyen Âge », *Les états : ordres, institutions et formes (France 1302-1614)*, sous la dir. de Martial Martin, Langres, Klincksieck, 2013, p. 13-41.

<sup>395</sup> L'auteur fait un parallèle avec le conseil général de Jésus « qui était de lxxii disciples outre les xii Apôtres ». Dans la monarchie française, ce conseil est composé de « bons & notables personnages de divers états, tant d'église que séculiers, & tant de robe longue que de robe courte. C'est à savoir ceux qui sont qualifiés à cause de leur degré, état ou office, comme sont en France les princes du sang, les Évêques, les chefs des offices, les chambellans, les maîtres de requêtes, & maîtres d'hôtels qui se trouvent en court. Et encore selon l'importance des affaires, y doit-on appeler des présidents des cours souveraines, & principaux conseillers d'icelles, des prélats absents, & autres notables personnages que l'on sait être sages & expérimentés ». Encore, dans le cas de l'élaboration des lois, « il est quelquefois expédient d'appeler quelque petit nombre des gens des cités & villes capitales du Royaume ». L'appel à ce conseil doit, par ailleurs, rester extraordinaire « pour éviter confusion & dépense ». Ce sont moins des raisons d'« autorité » que des raisons pratiques que met en avant l'auteur. SEYSSSEL, Claude de, *La Grande monarchie de France*, Paris, Galiot du Pré, 1557, f. 22v<sup>o</sup>-23r<sup>o</sup>. *Contra* notre interprétation : SCIACCA, Enzo, « Les États généraux dans la pensée politique française du XVI<sup>e</sup> siècle (1484-1571) », *Assemblee di stati e istituzioni rappresentative nella storia del pensiero politico moderno*, Rimini, Maggioli, 1984, p. 73-84.

<sup>396</sup> BUDE, Guillaume, *De l'institution du Prince*, Arrivour, Nicole Paris, 1547, p. 83.

<sup>397</sup> L'expression est de SCIACCA, Enzo « L'opposition "néo-conciliariste" à l'absolutisme monarchique en France : Jacques Almain et Jean Mair », *Parliaments, Estates and Representation*, Vol. 8, N° 2, 1988, p. 149-155.

<sup>398</sup> BRETT, Annabel S., *Liberty, Right, and Nature : Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 116-122 ; FONBAUSTIER, Laurent, « L'influence des modèles ecclésiologiques et des institutions de l'église sur les modèles et institutions étatiques », *Droits*, vol. 59, n° 1, 2014, p. 123-144 ; MONAHAN, Arthur P., *From personal duties towards personal rights : late medieval and early modern political thought, 1300-1600*, McGill-Queens University Press, 1994, p. 114-121 ; OAKLEY, Francis, « Conciliarism in the Sixteenth Century : Jacques Almain Again », *Archiv für Reformationsgeschichte - Archive for Reformation History*, Volume 68, 1977, p. 111-132. Pour les prolongements des idées de Jacques Almain au XVII<sup>e</sup> siècle, voir : QUASTANA, François, « La réception des Discours sur le Gouvernement d'Algernon Sidney au XVIII<sup>e</sup> siècle français », *La Révolution Française* [En ligne], 5 | 2013, §13-15, disponible sur : <http://journals.openedition.org/lrf/1031> (consulté le 27 novembre 2018).

<sup>399</sup> Cette politique commence dans la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, avec notamment l'ordonnance de Villers-Cotterêts de François I<sup>er</sup> en 1539.

principale de ses prétentions, malgré le fait qu'elle n'a jamais réussi à s'imposer<sup>400</sup>. Quant aux effets produits par les décisions de l'assemblée, celle de 1576 prétend faire passer pour « loi fondamentale » – devant être enregistrée par les parlements sans modification – toute décision prise par les trois ordres à l'unanimité<sup>401</sup>. L'assemblée de 1614 manifeste une revendication similaire, bien que plus nuancée : les États généraux seraient réunis jusqu'à ce que le roi ait décidé de tous les articles proposés par le cahier de doléances accordé par les trois ordres, ce qui veut dire qu'il serait *obligatoire* pour le roi de légiférer sur les aspects contenus dans ce cahier<sup>402</sup>. Cette prétention est également un échec ; mais elle montre la puissance sous-jacente des formes institutionnelles qui s'est manifestée dans les moments de faiblesse de la royauté.

Les prétentions des assemblées des trois ordres trouvent leur expression la plus retentissante dans les États généraux de la Ligue (1588). Le texte intitulé *Articles pour proposer aux Estatz et faire passer en loy fondamentale du Royaume*, paru la même année, montre les velléités « constituantes » de la Ligue Catholique<sup>403</sup>. Le texte propose un « modèle confédéral »<sup>404</sup>, mais laisse aux assemblées le soin de déterminer les détails du partage de la souveraineté concernant l'élaboration des normes. La montée en puissance de la Ligue arrive à son paroxysme lorsqu'elle décide, dans une assemblée des États généraux, de « cristalliser » une coutume constitutionnelle – le principe de catholicité – ; tout en s'opposant à l'application stricte des règles de dévolution de la couronne au profit du protestant Henri de Navarre. Or comme l'affirme Stéphane Rials, cette prétention tout en étant *constitutionnelle*, n'est guère *constituante* : elle ne prétend pas formuler une nouvelle règle juridique, mais constater une pratique fondatrice de la royauté<sup>405</sup>. Ainsi, le projet que la Ligue a voulu imposer au roi Henri III a, encore une

---

<sup>400</sup> En 1560, la prétention est exprimée dans le cahier de la noblesse : « lesdits nobles [...] lui remontent très humblement que sa grandeur ne peut être en rien diminuée s'il lui plaît se communiquer plus souvent à ses sujets par telles assemblées, et pour faire ordonner que les états de chacune province se tiendront de cinq ans en cinq ans, et de dix ans en dix ans les généraux par devant sa majesté », et le tiers-état : « que les états soient dorénavant tenus et assemblés de cinq en cinq ans [...] », *Recueil des cahiers des états généraux : d'Orléans en 1560, sous Charles IX.; de Blois en 1576, de Blois en 1588, sous Henri III.; de Paris en 1614, sous Louis XIII*, Tome I, Paris, Barrois, 1789, p. 69 et 447 respectivement. En 1576, on la trouve dans les cahiers du clergé et de la noblesse tous les cinq ans, et du tiers-état tous les dix ans, *Recueil des cahiers des états généraux, op. cit.*, Tome II, p. 118, 180 et 189 respectivement.

<sup>401</sup> Pétition du tiers-état : *Recueil des cahiers des états généraux, op. cit.*, Tome II, p. 187-188.

<sup>402</sup> Pétition du tiers-état : « Plaise aussi à Votre Majesté de répondre et résoudre les Cahiers qui lui seront présentés pendant la tenue desdits États, et avant que les Députés desdits États se séparent », *Recueil des cahiers des états généraux...*, *op. cit.*, Tome IV, p. 274.

<sup>403</sup> Ces prétentions ont en arrière-plan « constitutionnel » les états généraux de 1576. Pour les États généraux de 1588, on suit les remarques de : RIALS, Stéphane, « Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588) », *RHFD*, n° 8, 1989, p. 189-268.

<sup>404</sup> JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu...*, *op. cit.*, p. 376.

<sup>405</sup> RIALS, S., « Aux origines du constitutionnalisme écrit... », *op. cit.*, p. 220-222. Voilà pourquoi l'assemblée de 1593 se trouve dans une impasse au moment de confronter l'application des règles de dévolution de la couronne avec la catholicité, notamment au moment où les prétentions de la couronne espagnole ajoutent un nouvel élément, extérieur et très polémique.

fois, la prétention que les formes de l'assemblée des États généraux soient nécessaires pour certaines matières au-delà de la fonction législative.

En outre, le rôle consultatif des assemblées exprimé à travers les cahiers de doléances arrive parfois à imposer une sorte d'agenda législatif que le roi peut difficilement négliger. Il suffit de voir le parallélisme entre les doléances présentées par les trois ordres et les ordonnances de réformation subséquentes<sup>406</sup>. En ce qui concerne les procédures de justice, il existe incontestablement une participation des États généraux. Les assemblées réussissent en effet à obtenir l'insertion de certaines de leurs doléances dans la législation royale<sup>407</sup> : à la suite des États d'Orléans de 1560, l'ordonnance de la même année consacre l'interdiction des commissions de justice, la restriction des lettres de *committimus*<sup>408</sup> et les privilèges et garanties de juridiction des cours souveraines, entre autres. À la suite des États de Blois de 1576, l'ordonnance de 1579 consacre plusieurs dispositions liées à la célérité des procédures, à l'exécution des décisions, au remaniement de la procédure de cassation, entre autres<sup>409</sup>.

La réactivation des États généraux dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle entraîne également le renouveau du débat doctrinal autour de ses prérogatives. On a déjà évoqué l'importance – logique dans leur enchaînement historique – que donnent les auteurs protestants aux assemblées de trois ordres. Elle réside, tout comme les prétentions des assemblées elles-mêmes, dans l'exigence de la réunion des États généraux pour les aspects constitutionnels de la monarchie. Sur ce point, les auteurs monarchomaques protestants et catholiques sont majoritairement d'accord : les éventuelles modifications des lois fondamentales de la couronne ne sauraient être faites sans la participation des États généraux<sup>410</sup>. C'est bien une prétention qui oblige la royauté à faire la norme « constitutionnelle » avec le concours des assemblées des trois ordres.

Malgré cette affirmation majoritaire relative aux lois fondamentales de la monarchie, il faut tout de même constater le peu de détails que les auteurs de la seconde

---

<sup>406</sup> En matière de droit privé certaines réformes concernant les tuteurs et curateurs, les dommages d'intérêt pour une action judiciaire, l'encadrement des notaires et de la tenue des registres (ordonnance d'Orléans de 1561) ; ainsi que l'encadrement des registres tenus par l'Église et des mariages clandestins (ordonnance de Blois de 1579), RIGAUDIÈRE, Albert, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 2018, p. 682-683.

<sup>407</sup> Bien entendu, la rédaction n'assure pas à elle-même l'efficacité des normes, d'autant plus que sous la monarchie française les ordonnances restent largement inappliquées. Ce qui nous semble important, c'est l'implication des assemblées d'état dans l'élaboration des ordonnances et les discours ultérieurs qui valorisent le contenu de ces dernières, notamment à l'égard des actes faits « de propre mouvement ».

<sup>408</sup> Pour la définition, voir *infra* : note de bas de page n° 1354.

<sup>409</sup> RIGAUDIÈRE, A., *Histoire du droit et des institutions...*, *op. cit.*, p. 684-690.

<sup>410</sup> Pour une analyse des prétentions et arguments des auteurs huguenots : JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu...*, *op. cit.*, p. 291-295. Pour les auteurs catholiques : *ibid.*, p. 379-386.

moitié du XVI<sup>e</sup> siècle donnent quant aux prérogatives législatives possédées par les États généraux<sup>411</sup>. En effet, celles-ci demeurent vague face à l'affirmation catégorique de Bodin contenue dans les *Six livres de la République*, à savoir que les États généraux ne partagent aucunement la prérogative d'élaboration de la loi avec le souverain<sup>412</sup>. Or certains auteurs affirment une limite au pouvoir législatif du roi en raison des assemblées de trois ordres. Par exemple, Guy Coquille considère que les lois issues des États généraux sont « lois stables & permanentes, & qui par raison sont irrévocables, sinon qu'elles soient changées en pareille cérémonie de convocation d'États »<sup>413</sup>. La symétrie des formes semble être la règle pour le souverain. Pourtant, Guy Coquille accepte que « plusieurs Rois s'en sont dispensés »<sup>414</sup>.

L'échec des prétentions des protestants dans les États généraux de 1576, et des prétentions des ligueurs catholiques dans ceux de 1593, renforce les théories opposées à la prétention d'élaboration des normes étatiques en concours avec les assemblées d'état<sup>415</sup>. Néanmoins, les États généraux de 1614 font encore écho au rôle « constitutionnel » des assemblées : d'abord, à travers la périodicité toujours demandée ; ensuite, à travers la cristallisation de la « monarchie du droit divin », dont l'article premier du cahier accordé par les trois ordres en est l'exemple<sup>416</sup>.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, la doctrine autour des prérogatives des États généraux stagne, tout comme les convocations. À l'occasion des États généraux de 1614, Jean Savaron (†1622) – représentant du tiers-état – souligne leur rôle central. Or pour l'auteur, les

---

<sup>411</sup> Jean de Coras affirme que « les rois [...] ne publiaient pas aucunes lois ou édits [...], sans le bon et mûr conseil de l'une des trois compagnies à la censure desquelles se modéraient toutes les volontés des princes ». Arlette Jouanna voit dans cette affirmation que « ce qui restreint la volonté royale est donc un fonctionnement législatif, un ensemble de règles concernant l'élaboration de la loi ». Or, chez l'auteur, cet ensemble de règles reste flou. CORAS, Jean de, *Question politique : s'il est licite aux subjects de capituler avec leur prince* (1569), éd. Robert M. Kingdom, Genève, Droz, 1989, p. 12, cité par : JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu*, op. cit., p. 284.

<sup>412</sup> « Et en cela se connaît la grandeur & majesté d'un vrai prince souverain, quand les états de tout le peuple se sont assemblés, présentant requêtes & supplications à leur prince en tout humilité, sans avoir aucune puissance de rien commander ni décerner, ni voix délibérative : mais ce qu'il plaît au Roi consentir, ou dissenter, commander ou défendre, est tenu pour loi, pour édit, pour ordonnance », BODIN, J., *Les six livres de la République...*, op. cit., p. 136.

<sup>413</sup> COQUILLE, G., *Institutions au droit françois...*, op. cit., p. 4.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 4. Cette vision amère est confirmée par son « Discours des Estats de France et du droit que le Duché de Nivernois a en iceux ». COQUILLE, G., *Les œuvres de maistre Guy Coquille sieur de Romenay...*, Tome I, Paris, Louis Billaine, 1666, p. 322-334.

<sup>415</sup> Ainsi, la pensée des politiques limite toutes les prétentions d'une quelconque intervention « populaire » des assemblées des trois ordres. Voir par exemple Etienne Pasquier, pour qui « c'est une vieille folie qui court en l'esprit des plus sages Français, qu'il n'y a rien qui puisse tant soulager le peuple, que telles assemblées : au contraire, il n'y a rien qui lui procure plus de tort », cité par : YARDENI, Myriam, « Pasquier, critique des états », *Les états : ordres, institutions et formes...*, op. cit., p. 131. Voir également : BROCH, Julien, *L'école des « politiques », 1559-1598 : la contribution des juristes et publicistes français à la construction de l'État royal*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

<sup>416</sup> « Supplions très humblement sa Majesté qu'il soit déclaré par les États, & passé en loi fondamentale que le Roi ne reconnaît & ne tient son Royaume que de Dieu & de son épée, & n'est sujet à aucune puissance temporelle supérieure », *Cahiers généraux des articles resolués et accordez entre les deputez des 3 Estats*, Paris, [s.n.], 1615, p. 5 (nous soulignons). Sur l'élaboration de cet article dans l'assemblée du tiers-état, voir : BLET, Pierre, « L'article du Tiers aux états généraux de 1614 », *RHMC*, Tome 2, n° 2, avril-juin 1955, p. 91-106.

prérogatives de l'assemblée relèvent plutôt d'une nostalgie du passé que de l'actualité de l'organisation monarchique<sup>417</sup>. Il argue que le contrôle de la procédure par le roi oblige à trancher en faveur de sa souveraineté<sup>418</sup>. Tout au long du XVII<sup>e</sup> siècle, la doctrine répète ce même critère de la souveraineté pour contrer toute prétention consensualiste : on le trouve chez Cardin le Bret et les juristes de Louis XIII<sup>419</sup>, et plus tard chez Bossuet<sup>420</sup>. Deux exceptions importantes doivent cependant être mentionnées. D'abord, l'ouvrage de Claude Joly (†1700) *Recueil des maximes véritables...*, paru dans le contexte de la Fronde<sup>421</sup>, qui affirme – dans le sillage du chancelier de l'Hospital – que les États généraux sont assimilables au parlement anglais<sup>422</sup>. Ensuite, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, la doctrine d'Henri de Boulainvilliers (†1722) qui considère que les États généraux sont « dotés d'un véritable pouvoir politique sans limites »<sup>423</sup>. Les revendications historiques des assemblées trouvent quelques échos dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle : chez le duc de Saint-Simon (†1755) dans un souci « constitutionnel » ayant une vision très aristocratique<sup>424</sup> et plus tard chez René-Louis

<sup>417</sup> Il rejoint donc la manière de présenter les États Généraux de Guy Coquille. Or l'argumentation de Jean Savaron vise plutôt à montrer l'importance de la participation du tiers-état. SAVARON, Jean, *Chronologie des estats generaux ou le tiers estat est compris, depuis MDCXV jusques CCCCXXII*, Paris, Pierre Chevalier, 1615. Voir également : REGAD, C. *Les juristes de Richelieu...*, *op. cit.*, p. 40, note de bas de page n° 208.

<sup>418</sup> « Puisque la tenue des États est droit Royal, & un point de souveraineté, & que nul, de quelque qualité & condition qu'il soit, ne peut convoquer, ni assembler États Généraux, ou particuliers des Provinces de ce Royaume, sans expresse permission du Roi, portée par lettres patentes, ou closes [...] », *ibid.*, s.p., [premières lignes de l'avis au lecteur]. Voir également : REGAD, C., *Les juristes de Richelieu...*, *op. cit.*, p. 151-154.

<sup>419</sup> « Car en premier lieu comme parmi les Israelites, ainsi parmi nous les États ne se tiennent & ne se convoquent jamais que par le commandement du Roi, vu que c'est en cela que consiste une des principales marques de la Souveraineté Royale », LE BRET, C., *Les oeuvres de messire C. Le Bret...*, *op. cit.*, p. 324.

<sup>420</sup> « Au Prince seul appartient le soin général du peuple, c'est là le premier article et le fondement des autres : [...] à lui les marques de distinction ; nulle puissance que dépendante de la sienne ; nulle assemblée que par son autorité », BOSSUET, Jacques-Bénigne, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte à Monseigneur le Dauphin*, Paris, Pierre Cot, 1709, p. 123.

<sup>421</sup> Dont on sait que l'une des demandes récurrentes de la noblesse est la convocation des États Généraux. Celle-ci a été faite par ailleurs au moins cinq fois pendant les années de troubles. Voir : JOUANNA, A., *Le prince absolu...*, *op. cit.*, p. 181-187 ; MOUSNIER, Roland, « Pourquoi états-généraux et états provinciaux ont-ils joué un si faible rôle pendant la fronde ? », *Parliaments, Estates and Representation*, Vol. 1, No. 2, 1981, p. 139-145.

<sup>422</sup> JOLY, C., *Recueil de maximes véritables...*, *op. cit.*, p. 267-268. Nous pensons que la transposition des arguments du XVI<sup>e</sup> siècle n'est guère innocente ou tout simplement un « anachronisme » de la part de l'auteur. Il y a bien des raisons idéologiques pour faire cette assimilation (notamment chez l'auteur, partisan du milieu parlementaire), qui ne vont évidemment pas jusqu'à être une défense de *commonwealth* des actions d'Orwell en Angleterre. Celle-ci est, par ailleurs, considérée comme « le repoussoir idéologique de toutes les parties engagées dans cette éruption révolutionnaire [de la Fronde] ». TILLET, Edouard, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des lumières*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, §15, disponible en ligne : <http://books.openedition.org/puam/1452> (consulté le 11 février 2019). Voir également : GOJOSSO, Éric, « La constitution anglaise à l'aune de la Fronde 1649-1653 », *RFHIP*, vol. 12, 2000, p. 229-250.

<sup>423</sup> THOLOZAN, Olivier, *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*, Presses Aix-en-Puam, 1999, p. 186-191. Un troisième ouvrage d'un auteur protestant – Pierre Jurieu (1713) et Michel Le Vassor sont présumés être les auteurs – doit être également relevé : *Les soupirs de la France esclave qui aspire après la liberté*, [s.l.], 1689, p. 101-102 : « après ces paroles qui se lisent dans les Capitulaires de Charlemagne : *Que le Peuple soit consulté sur les chapitres qu'on ajoutera nouvellement à la Loi : & quand tous auront consenti, qu'ils facent les souscriptions & confirmations de leur propre main dans les chapitres*. Ce passage prouve que le Peuple faisait & confirmait les Lois, & qu'on n'en pouvait faire sans lui. Il était consulté & on prenait ses avis. Or, on ne le pouvait faire que dans les Assemblées des États » (souligné dans le texte).

<sup>424</sup> De fait, Saint-Simon refuse toute fonction normative à l'assemblée des trois états. D'après lui, seulement les pairs, descendants des grands seigneurs qui ont mis Hugues Capet sur le trône, peuvent avoir un pouvoir constituant dans la

de Voyer de Paulmy (†1757), marquis d'Argenson, dans un souci « égalitaire démocratique »<sup>425</sup>.

Le concours des assemblées d'état ne concerne pas exclusivement les lois à portée générale dans tout le royaume. Les coutumes en tant que « lois du pays » sont aussi l'objet d'un discours pour lequel la « constitution »<sup>426</sup> de la monarchie impose des formes, notamment pour associer les assemblées des trois ordres au niveau local. Ces formes sont élaborées dans la seconde moitié du XV<sup>e</sup> siècle. Le processus de rédaction et de réformation des coutumes qui a lieu pendant le XVI<sup>e</sup> siècle est accompagné d'une doctrine favorable au concours des assemblées des trois ordres dans leur élaboration<sup>427</sup>.

Les prétentions hétérogènes relatives à la participation des assemblées des trois ordres dans l'élaboration des normes ont été l'objet d'une synthèse faite à l'époque de Louis XIV. Le *Mémoire inédit sur les États Généraux rédigé par ordre de Colbert*<sup>428</sup> illustre l'hypothèse avancée au début du paragraphe : les assemblées des trois ordres n'ont pas une *autonomie institutionnelle*, tout en ayant une *autorité fonctionnelle* dans certaines matières. En ce qui nous concerne, l'auteur du *Mémoire inédit...* affirme la nécessité du concours entre la royauté et les assemblées pour élaborer certaines normes : la norme « constitutionnelle » car la « souveraineté est en quelque sorte en suspension »<sup>429</sup>, et la norme coutumière qui reflète « l'ancienne liberté du peuple français de se faire des lois »<sup>430</sup>.

---

monarchie, SAINT-SIMON, Louis de Rouvroy, *Mémoire succinct sur les formalités desquelles nécessairement la renonciation du roy d'Espagne...*, 1712, cité par : THOLOZAN, O., *Henri de Boulainvilliers...*, *op. cit.*, p. 186. Voir également : LIARD, André, « Saint-Simon et les états généraux », *Revue historique*, Tome 75, Fasc. 2 (1901), p. 319-331.

<sup>425</sup> Même si chez le marquis d'Argenson, un modèle « fédéral » comme celui du Danemark des assemblées d'états semble être préféré : « C'est un bonheur pour ces Nations & pour leurs Souverains qu'on y respecte l'ordre que le hasard y a introduit ; je parle de celui qui sépare chaque Province suivant qu'elle a été acquise successivement, par-là chaque Province reste distinguée & a ses États séparés qui administrent bien mieux le dedans de chacune, que ne feraient les États généraux de toute la Nation. Ces États généraux renverseraient la Royauté ou auraient été anéantis par elle & toute Démocratie cesserait à la fois », D'ARGENSON, René-Louis de Voyer, *Considération sur le gouvernement ancien et présent de la France...*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1763, p. 93-94. L'édition de 1784 présente les choses d'une manière moins optimiste, constatant que « le Roi devint Monarque absolu en 1663 ». *Id.*, *Considération sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, [s.n.], 1784, p. 82-83.

<sup>426</sup> On fait ici référence au serment du sacre médiéval, dans lequel le roi accorde au peuple « une dispensation des lois conforme à ses droits », en plus du principe du Roi « gardien de la coutume ».

<sup>427</sup> À titre d'exemple, au XVI<sup>e</sup> siècle, certains auteurs comme Charles Dumoulin ou Guy Coquille, et, au XVII<sup>e</sup> siècle, l'avocat Paul Chaline. René Filhol considère qu'il s'agit « d'une formule constamment répétée [le consentement populaire au droit coutumier] au XVI<sup>e</sup> siècle » : FILHOL, René, « La rédaction des coutumes en France », *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent. Colloque des 16-17 mai 1960*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 196, p. 69. Voir également : ROUSSELET-PIMONT, A., *Le chancelier et la loi...*, *op. cit.*, p. 505-506.

<sup>428</sup> Le texte anonyme et non daté est cité par : PETIET, Raynald, *Du pouvoir législatif en France, depuis l'avènement de Philippe le Bel jusqu'en 1789*, Paris, A. Rousseau, 1891, p. 265-271.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>430</sup> Le parallélisme avec la *lex romana* voté dans les comices est également fait. *Ibid.*, p. 270.

Si la réflexion sur la place des États généraux dans l'agencement institutionnel stagne au début du XVII<sup>e</sup> siècle, le débat sur les institutions qui font partie du processus d'élaboration des normes ne s'arrête pas là, car une autre institution prétend aussi cette prérogative : les cours souveraines ayant en tête le parlement de Paris.

### ***B. Faire la norme étatique avec le concours des cours souveraines***

Dans les récits sur les origines de la monarchie, une forme du gouvernement revient à plusieurs reprises : « tenir parlement ». Le vocable désigne jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle un conseil réuni pour délibérer<sup>431</sup>. Sous le règne de Louis IX, il commence à désigner le démembrement judiciaire – dénommé *curia in parlamento* – de la *curia regis*<sup>432</sup>. De même, ses actes en tant qu'institution différente du roi en sa cour commencent à être aussi identifiables, même si l'on entérine l'idée selon laquelle c'est la volonté *personnelle* du roi qui s'exprime à travers le parlement<sup>433</sup>. À la fin du XIII<sup>e</sup> et début du XIV<sup>e</sup> siècle, ce dernier devient une institution avec des contours assez définis : les ordonnances de Philippe le Bel de 1296 et 1303 fixent certaines règles sur sa composition, sa périodicité et son emplacement à Paris<sup>434</sup>. Toutefois, les délimitations *fonctionnelles* du parlement demeurent floues, car elles ne se cantonnent pas au domaine judiciaire. Ainsi, si théoriquement le pouvoir de *condere leges* désigne une prérogative exclusive du souverain, le parlement de Paris détient lui aussi un pouvoir normatif s'exprimant dans ses dispositifs. D'abord, par le biais de la jurisprudence<sup>435</sup> ; ensuite, par l'édiction des arrêts de règlement, dont une thèse récente fait remonter l'origine au moins à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle<sup>436</sup>.

---

<sup>431</sup> Aux environs de 1165 : « conseil réuni pour délibérer, assemblée délibérante ». Voir l'étymologie sur le site du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/parlement> (consulté le 3 mai 2020).

<sup>432</sup> Aux alentours de 1260 : « désigne la *curia regis* dans sa session judiciaire, le Parlement de Paris ». *Ibid.*

<sup>433</sup> Voir KRYNEN, Jacques, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires "prêtres de la justice" », *Mélanges de l'École française Rome. Moyen Âge*, tome 114, n°1, 2002, p. 95-119 ; *ID.*, « Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi », *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Bernard Durand et Laurent Mayali (ed.), *Studies in comparative legal history*, Berkeley, 2000, p. 356-366 ; *ID.*, *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 62-78 ; et HILAIRE, Jean, *La construction de l'État de droit dans les archives judiciaires de la cour de France au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2001, p. 22-36 ; *Le parlement en sa cour : études en l'honneur du professeur Jean Hilaire*, Olivier Descamps, Françoise Hildesheimer et Monique Morgat-Bonnet (dir.), Paris, Honoré Champion, 2012.

<sup>434</sup> Voir par exemple : MIRAULMONT, Pierre de, *Mémoires sur l'origine et institution des Cours souveraines et autres juridictions subalternes, encloses dans l'ancien Palais Royal de Paris*, Paris, Abel L'Angelier, 1584, p. 4r<sup>o</sup>-v<sup>o</sup>.

<sup>435</sup> Les travaux de Jean Hilaire montrent l'ampleur de la jurisprudence du parlement de Paris en différentes matières dans les *OLIM* : HILAIRE, J., *La construction de l'État...*, *op. cit.*, p. 231-323.

<sup>436</sup> DEGOY, Axel, *Représentation et pouvoir de « faire loi » : Enquête autour de l'activité normative du parlement de Paris à l'époque de Charles VI et de la double monarchie franco-anglaise (1380-1436)*, Thèse de Doctorat Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2017, 681 p.

Au-delà de cette fonction normative que l'on peut qualifier de « supplétive », le parlement de Paris participe également de l'élaboration des actes normatifs proprement royaux, tant au début qu'à la fin du processus normatif. Au début de ce processus, sa participation relève de l'exigence morale de conseil et de délibération<sup>437</sup>, ce qui peut même être constaté à l'époque des grandes ordonnances de Louis XIV. En revanche, la participation de la *curia in parlamento* (et ultérieurement des autres cours souveraines du royaume) à la fin du processus normatif, *via* la procédure de publication et d'enregistrement des actes royaux attestée depuis le règne de Philippe VI<sup>438</sup>, est à l'origine d'une prétention constitutionnelle objet de conflits institutionnels durables.

Au milieu du XIV<sup>e</sup> siècle, une procédure dépassant le « simple » enregistrement commence à se dessiner<sup>439</sup>. Néanmoins, à la fin du Moyen Âge, ni la royauté ni les cours souveraines n'affirment explicitement que les actes normatifs nécessitent cette procédure d'enregistrement pour leur validité. Pourtant, la doctrine développe cette prétention à partir du début du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>440</sup>, devenant ainsi un *topos* de la contestation du volontarisme législatif royal jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Parmi les auteurs de l'époque, Claude de Seyssel et Guillaume Budé affirment la nécessité d'associer les cours souveraines aux dispositifs normatifs royaux à travers d'une procédure. Pour le premier, il s'agit d'un vrai frein opérant sur « la puissance absolue dont voudraient user les Rois »<sup>441</sup>. Pour le second, l'assimilation hiérarchique et fonctionnelle entre le roi/empereur et la cour/sénat<sup>442</sup> lui permet d'utiliser les outils analytiques de la Rome antique : d'une part, le pouvoir du peuple de « décider et d'ordonner » est transféré au prince (à travers la *lex regia*) ; d'autre part, les pouvoirs de « juger et garantir »

---

<sup>437</sup> Axel Degoy propose une classification tripartite de cette participation des parlementaires à l'élaboration de la norme : *primo*, il se peut que la royauté demande au parlement de renvoyer quelques-uns de ses membres à la séance du Conseil du roi ; *secundo*, que le parlement lui transmet des suggestions écrites de manière préalable ; *tertio*, que certains représentants du Conseil du roi se déplacent au parlement pour en discuter le contenu de la norme. *Ibid.*, p. 54-68.

<sup>438</sup> HILDESHEIMER, Françoise, « Les deux premiers registres des "ordonnances" ou la logique floue de l'enregistrement », *Histoire et archives*, n. 12, Paris, 2002, p. 79-114.

<sup>439</sup> Elle commence présenter les caractéristiques d'un contrôle de constitutionnalité à l'époque de Jean II. PETIT-RENAUD, S., *Faire loi au royaume de France...*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>440</sup> Et même avant, si l'on prend l'ouvrage de Robert Gaguin, qui affirme dans son *Compendium de origine et gestis Francorum* (première édition de 1495) que « l'autorité de ce Parlement a toujours été telle chez les Français que le roi ne peut rien statuer lui-même sur l'État, le droit et les revenus du royaume sans un décret de ce sénat », cité par : DEGOY, A., *Représentation et pouvoir de « faire loi » ...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>441</sup> SEYSSEL, C., *La Grande monarchie de France...*, *op. cit.*, f. 11v<sup>o</sup>. Il s'agit en l'espèce d'un contrôle sur le contenu des actes qui peut être conçu comme *a posteriori*. On reviendra sur ces termes dans le deuxième chapitre, *infra*, p. 116-130.

<sup>442</sup> « Assimilation fondamentale » dont les fondements médiévaux ont été évoqués par : KRYNEN, Jacques, « Une assimilation fondamentale ; le Parlement "Sénat de France" », *A Ennio Cortese...*, Domenico Maffei (dir.), Tome II, Roma, Il Cigno, 2001, p. 208-223 ; ID., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 213-238. Pour le XVI<sup>e</sup> siècle : JURMAND, Jean-Pierre, « L'évolution du terme de Sénat au XVI<sup>e</sup> siècle », *La monarchie absolutiste et l'histoire de France. Théories du pouvoir, propagandes monarchiques et mythologies nationales*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1987, p. 55-76.

reviennent au sénat et « sont réputés transférés à la cour »<sup>443</sup>. Or l'obligation juridique d'associer les cours souveraines à l'élaboration des actes normatifs royaux n'est pas encore explicite. D'autant plus que l'intervention des cours souveraines n'est pas officiellement reconnue par la royauté elle-même, à l'exception des édits royaux du XIV<sup>e</sup> siècle qui mentionnent le « devoir » des officiers royaux de ne pas exécuter les actes « iniques »<sup>444</sup>. De fait, jusqu'au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, l'intervention des cours souveraines est essentiellement faite en raison de la demande spécifique de la royauté pour chaque acte.

L'ordonnance de Moulins de 1566 consacre légalement l'envoi des textes aux cours souveraines pour leur publication<sup>445</sup>. Pardoux du Prat (†1570 ?), commentant les premiers articles de cette ordonnance, affirme que « la publication est nécessaire » et que le roi veut qu'elles – les ordonnances – soient « incontinent publiées ès Cours Souveraines »<sup>446</sup>. Il accepte, de même, que les remontrances peuvent être faites « à autres secondes »<sup>447</sup>, c'est-à-dire, une seule fois, ce qui limite l'hypothèse des itératives remontrances déjà pratiquées par les cours souveraines. Son commentaire semble cependant affirmer que choisir une telle démarche est une libéralité du souverain. Cette opinion est également confortée par l'édit de la même année sur l'inaliénabilité du domaine royal<sup>448</sup>. Pourtant, la consécration légale et les commentaires de Pardoux du Prat sont faits au moment où les prétentions parlementaires s'amplifient et précisent : la procédure de publication et enregistrement permettrait en effet « l'homologation » de la volonté royale exprimée dans le texte. En ce qui concerne la ou les procédures

---

<sup>443</sup> BUDE, Guillaume, *Anotationes Guglielmi Budaei parisiensis secretarii Regii, in quator et viginti Pandectarum libros*, Paris, M. Vasconsan, 1542, p. 128, cité par JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu...*, op. cit., p. 28 (version kindle).

<sup>444</sup> Voir *infra*, p. 116 et ss.

<sup>445</sup> Elle encadre ainsi la pratique des cours souveraines. Articles 1 et 2 de l'ordonnance : « (1) [...] Pourront néanmoins les gens de nos dits parlements et cours souveraines [...] nous en faire telles remontrances qu'il appartiendra, pour y être pourvu ; et cependant nos dites ordonnances tiendront : ce que voulons avoir lieu, tant pour les ordonnances [de]jà faites, qu'à faire. (2) Après que nos édits et ordonnances auront été renvoyés à nos cours de parlement, et autres souveraines pour y être publiés, voulons y être procédé, toutes affaires délaissées sinon qu'ils avisassent nous faire quelques remontrances : auquel cas leur enjoignons les faire incontinent, et après que sur celles remontrances, leurs aurons fait entendre notre volonté, voulons et ordonnons être passé outre à la publication, sans aucune remise à autres secondes », ISAMBERT, Tome XIV, p. 190-191.

<sup>446</sup> *Ordonnances du roy Charles IX. Faictes par sa majesté en sa ville de Molins, en l'assemblée des Estats, l'an 1566. Adnotées par M. Pardoux du Prat*, Lyon, B. Rigaud, 1571, p. 17.

<sup>447</sup> *Ibid.*, p. 18-19.

<sup>448</sup> Édit de Moulins du février 1566 : « Défendons à nos cours de parlements et chambres des comptes d'avoir aucun égard aux lettres patentes contenant aliénation de notre Domaine et fruit d'icelui, hors [*sic*] les cas susdits, pour quelque cause et temps que ce soit, encore que ce fut pour un an, et leur est inhibé de procéder à l'entérinement et vérification d'icelles. Et ne sont tenues pour valablement entérinées celles qui auront ci-devant été octroyées, sinon qu'elles eussent été vérifiées tant en nos dites cours de parlements et chambres des comptes, et par chacune desdites cours et chambres [...] », ISAMBERT, Tome XIV, p. 187. Voir sur le développement de la « loi fondamentale » d'inaliénabilité du domaine de la couronne : DESCIMON, Robert, « L'union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité. La construction d'une loi fondamentale aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Droits*, n° 22, 1996, p. 79-90 ; ROUSSELET-PIMONT, Anne, *La règle d'inaliénabilité du domaine de la couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, LGDJ, 1997, p. 45-64.

suiuies pour élaborer la norme, toute la question consiste à se demander si le texte est déjà normatif avant « l'homologation » des cours souveraines.

Les auteurs politiques de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle sont globalement favorables à la procédure d'enregistrement et à la fonction d'homologation : Etienne Pasquier, dans ses *Recherches sur la France*, revient sur l'idée d'un processus par étapes contrastant avec l'imposition d'une volonté. L'image de l'alambic, à maintes reprises utilisée<sup>449</sup>, évoque le processus de distillation – et de surcroît de dépuration – d'une matière ; en l'occurrence l'acte royal. De la sorte, l'alambic des cours souveraines suppose que l'acte initial – la volonté royale – puisse être modifié. Or deux hypothèses se présentent à l'égard de cette image : le roi doit-il toujours passer l'acte par l'alambic des cours souveraines ? Ou bien, lorsque le passage par l'alambic modifie l'acte, le roi doit-il toujours accepter cette modification<sup>450</sup> ? Sur ces deux points, les auteurs sont partagés et leurs propos ambigus. Pierre de Miraulmont (†1611), parlant des premiers Valois, considère que « les volontés des Rois n'obtenaient lieu d'édit, sinon qu'elles eussent été vérifiées et emologuées [*sic*] à la Cour [...]. Aussi les Édits en France n'ont lieu s'ils n'ont passé par l'alambic de la Cour, & s'ils n'ont été vérifiés en icelle »<sup>451</sup>. Il met en cause l'existence même de l'acte. Jean de Coras, pour sa part, affirme de manière hypothétique que le roi *capitule* avec les cours souveraines<sup>452</sup>. Jean Papon (†1590) estime également que « un ordre royal ne serait pas une "vraie loy", et n'aurait pas la "force de ferme loi" sans le consentement des magistrats qui sont chargés de l'exécuter »<sup>453</sup>. Néanmoins, aucun de ces auteurs ne pousse l'argumentation jusqu'à l'hypothèse d'un conflit institutionnel entre la royauté et les cours souveraines, même si ceux-ci existent à l'époque<sup>454</sup>. Une seule exception : Jean Bodin, qui de manière très ambiguë considère que, en cas de refus de modification de la part du roi, l'acte ultime

---

<sup>449</sup> Outre la métaphore de l'alambic, il existe aussi l'image de la mastication et de la digestion : JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu...*, *op. cit.*, p. 104-111 (format kindle). L'alambic sera encore utilisé au XVIII<sup>e</sup> siècle : ROUILLÉ D'ORFEUIL, Augustin, *L'alambic des loix ou Observations de l'ami des François sur l'homme et sur les loix*, Hispaan, s.n., 1773.

<sup>450</sup> Si l'on accepte *in fine* que l'acte soit modifié, s'agit-il d'un nouvel acte ? L'acte précédent n'aurait-il alors pas d'existence autonome, dans la mesure où il est le produit de la volonté du souverain ?

<sup>451</sup> MIRAULMONT, P., *Mémoire sur l'origine et institution des Cours souveraines...*, *op. cit.*, p. 22r<sup>o</sup>-22v<sup>o</sup>.

<sup>452</sup> JOUANNA, A., *Le pouvoir absolu...*, *op. cit.*, p. 282-286 (format kindle).

<sup>453</sup> Voir : PFISTER, Laurent, « Des « rescrits du Prince » le pouvoir normatif du roi selon Jean Papon », *RHFD*, n° 22, 2002, p. 93. Contrairement à ces auteurs, Guy Coquille qui affirme clairement que l'édit de Roussillon de 1564 interdit aux cours souveraines de modifier la teneur des actes normatifs royaux lors de la procédure d'enregistrement et leur a réservé seulement la possibilité de remonter au roi. COQUILLE, Guy, *Les œuvres de maistre Guy Coquille sieur de Romenay...*, Tome I, Bordeaux, Claude Labottiere, 1703, p. 281.

<sup>454</sup> Les conflits d'enregistrement depuis le Concordat de Bologne et tout au long de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle sont évoqués par ROUSSELET-PIMONT, A., *Le chancelier et la loi...*, *op. cit.*, p. 136-158 et DAUBRESSE, Sylvie, *Le parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, Genève, Droz, 2005, p. 79-112 (concernant la religion), p. 128-159 (concernant l'édit de pacification d'Amboise), p. 256-261 (concernant l'ordonnance de Moulins de 1566), p. 326-346 (concernant la création d'offices).

pour les membres de la cour souveraine serait de se dessaisir de leurs charges ; tout en acceptant l'intérêt qu'a le roi à « homologuer » l'acte<sup>455</sup>. Dans un même temps, différents acteurs politiques de la monarchie proposent de faire de l'enregistrement une règle constitutionnelle. Les parlementaires de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle le font dans deux cas : d'abord, à travers la distinction entre les *lois du roi* et les *lois du royaume* ou *fondamentales*<sup>456</sup> – dont les secondes auraient besoin de l'enregistrement et l'homologation – ; ensuite, à l'égard des ordonnances résultant des assemblées d'États généraux<sup>457</sup>.

Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, s'imposent au fur et à mesure la souveraineté indivisible et le « droit divin » de la monarchie, ce qui tend à écarter toutes les institutions du partage du pouvoir normatif<sup>458</sup>. Or, la division technique entre l'*élaboration* et la *publication* de la norme permet de distinguer deux aspects du pouvoir normatif : l'existence et l'efficacité de la norme. Reste tout de même une difficulté, celle de concevoir institutionnellement cette distinction lorsque les références aux institutions romaines demeurent. Le cas de Louis le Caron est exemplaire car il affirme que deux institutions sont nécessaires pour la production de la norme : *Prince souverain et son conseil & Sénat*. Le premier a la « puissance [*potestas*] d'ordonner & établir lois sur ses sujets » ; le second a l'« autorité [*auctoritas*] de les publier & vérifier »<sup>459</sup>. La division entre l'élaboration et la publication ne contredit pas la valeur de l'homologation des cours souveraines.

---

<sup>455</sup> BODIN, J., *Les six livres de la République...*, *op. cit.*, p. 420 : « Il est beaucoup plus expédient pour la République, & plus séant pour la dignité du magistrat de se démettre de l'état [de son office...] que de passer une chose inique [...] & souvent cette constance & fermeté des magistrats a sauvé l'honneur des Princes, & retenu la République en sa grandeur, quand il y va de l'équité naturelle ». Quelques pages plus haut, Bodin affirme également la possibilité de faire de remontrances « non pas une, mais deux & trois fois... », *ibid.*, p. 414. Dans le cas de l'exécution des actes particuliers du souverain par les magistrats, Bodin tranche en faveur du premier.

<sup>456</sup> Le discours d'Achille de Harlay est exemplaire en ce sens : « En la désignation de nos ordonnances instituées et observées en ce royaume, nous usons de distinction et appelons les unes, lois et ordonnances des rois, les autres, du royaume. Celles que nous appelons royales peuvent être changées par les rois [...] parce qu'elles sont mortelles comme les rois. Mais les lois du royaume sont immortelles et ne peuvent être changées, immuées [*sic*], variées, ni altérées pour quelque cause que ce soit. ». Cité par : DAUBRESSE, Sylvie, *Le parlement de Paris ou la voix de la raison...*, *op. cit.*, p. 502.

<sup>457</sup> Dans la mesure où les ordonnances issues des assemblées des trois ordres sont davantage des ordonnances de réformation qui peuvent toucher les aspects considérés comme « constitutionnels » par les magistrats. *Contra* l'interprétation des cours souveraines, le *Mémoire inédit fait par ordre de Colbert* : « [...] Cette prétention semble n'être pas bien fondée, parce que dans les cas que les états ont pouvoir de décider ce qui regarde les droits et le domaine de la couronne, le Parlement ne peut pas empêcher l'exécution de leur résolution, puisque les états étaient composés de tous les ordres du royaume. Les princes et pairs de France y étant appelés, et même y ayant plusieurs députés qui sont du corps du Parlement, la puissance du Parlement est renfermée en celle des états, et par conséquent ne peut être supérieure ; au contraire les Parlements semblent dépendre des états, en ce que, s'il y avait quelques réformes à faire touchant ces compagnies et autres, que si l'on enregistre les résolutions des états au Parlement, ce n'est que pour les rendre plus connues aux sujets du roi, et en conserver toujours la mémoire, non pas que l'enregistrement soit d'une nécessité indispensable pour l'exécution », *op. cit.*, p. 269-270.

<sup>458</sup> Pour Sylvie Daubresse, ce mouvement est antérieur. En effet, elle considère qu'il s'agit d'une *association* des parlements au pouvoir législatif, plus que d'une *participation*. De la sorte, l'auteur s'oppose à une vision conflictuelle de la relation entre les cours souveraines et la royauté. DAUBRESSE, Sylvie, « Le parlement et l'enregistrement des actes royaux au XVI<sup>e</sup> siècle », *Dire le droit : normes, juges, jurisconsultes*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006, p. 265-266.

<sup>459</sup> LE CARON, L., *Responses ou décisions du droit françois...*, *op. cit.*, p. 110v<sup>o</sup>.

L'explication est faite sur le plan herméneutique : l'interprétation et l'usage des lois revêt autant de « souveraine puissance et autorité » que leur établissement<sup>460</sup>. La publication doit alors être faite par ceux qui interprètent et appliquent les lois.

La prétention constitutionnelle est encore une fois mentionnée lors des États généraux de 1614. En effet, le tiers-état de la ville de Paris prétend élargir la prérogative des cours souveraines pour tous les actes normatifs royaux<sup>461</sup>. À l'opposé, les juristes du règne de Louis XIII se sont fermement investis pour invalider théoriquement la prétention<sup>462</sup> ; la royauté, pour sa part, tente de limiter la procédure d'enregistrement et d'homologation faite par les cours souveraines<sup>463</sup>.

Malgré la stratégie de la royauté, d'autres arguments sont tout de même avancés pour justifier l'homologation des cours souveraines. Bernard de La Roche-Flavin (†1627)<sup>464</sup> – reprenant également les termes d'Etienne Pasquier – est plus prolix que ses devanciers dans la fonction attribuée au parlement sur la production de la norme :

« Si que la première & principale autorité desdits Parlements, c'est de vérifier les Ordonnances & Édits du Roi ; & telle est la loi du Royaume, que nuls Edits, nulles Ordonnances n'ont effet, on n'obéit à iceux : ou plutôt on ne les tient pour Edits & Ordonnances, s'ils ne sont vérifiés aux Cours Souveraines, & par la libre délibération d'icelle. »<sup>465</sup>

Il poursuit, en affirmant une sorte de régime mixte : « Notre Monarchie de France n'est un Royaume absolu, où la volonté du Roi est loi »<sup>466</sup>. Le « Sénat » est, cette fois-ci, considéré comme « un contrepoids à la puissance Royale »<sup>467</sup> et un

---

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 110v°.

<sup>461</sup> « Qu'il ne sera exécuté aucun édit, qu'au préalable il n'ait été vérifié aux trois compagnies des cours souveraines, qui sont le Parlement, Chambre des Comptes et Cour des Aides, sans que l'on puisse faire aucune adresse au Grand Conseil, déclarant dès à présent toutes vérifications qui y pourraient être faites, nulles ; et que défenses seront faites à tous Maîtres de Requêtes, conseillers et autres officiers de justice de mettre à exécution aucuns édits et commissions non vérifiées esdites trois compagnies [...] », *Documents relatifs aux États généraux de 1614*, recueil publié par MM. Georges Picot et Paul Guérin, Paris, 1900-1930, p. 65.

<sup>462</sup> Et parmi eux, Michel de Marillac dans un traité manuscrit : BNF, Ms Fr 18 366, *Mémoire dressé contre l'autorité des Parlements*. Voir sur ce sujet : KADLEC, Lauriane, *Le droit d'enregistrement et le parlement de Paris sous Louis XIII : une étude d'histoire du droit public*, thèse en Histoire, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015, 939 p. ; *ID.*, « Le droit d'enregistrement des Cours souveraines sous Louis XIII », *RHDFE*, vol. 86, No. 1 (janvier-mars 2008), p. 39-68.

<sup>463</sup> Outre la réfutation des prétentions du tiers-état en 1614-1615, la royauté utilise deux moyens pour contourner l'enregistrement au parlement de Paris : d'une part, la royauté enregistre fréquemment ses actes normatifs ailleurs le parlement de Paris ; d'autre part, et de manière moins récurrente, la royauté utilise le lit de justice. Voir : KADLEC, Lauriane, « Le droit d'enregistrement... », *op. cit.*, p. 50-58. Ajoutons à cela l'édit de saint-Germain de 1641, qui essaie de contrôler encore une fois la pratique des remontrances des cours souveraines.

<sup>464</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 609-610.

<sup>465</sup> LA ROCHE-FLAVIN, Bernard De, *Treize livres des parlemens de France*, Bourdeaux, Simon Millanges, 1617, p. 702 (nous soulignons).

<sup>466</sup> *Ibid.*, p. 704.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 704.

protecteur des libertés des sujets<sup>468</sup>. Partant, ses membres ont le *droit de refuser* l'enregistrement : La Roche-Flavin dresse tout un tas d'exemples historiques de refus pour illustrer ses propos<sup>469</sup>. Ses idées se concrétisent par ailleurs en la position ferme des parlementaires à l'égard de la politique de Louis XIII et Richelieu.

Le traitement des normes coutumières officielles et des normes royales permet également de saisir la différence entre l'enregistrement et l'homologation de la norme. L'analyse de Paul Chaline (†1681)<sup>470</sup> est en ce sens très pertinente, car il met en relation l'origine de ces deux types de normes avec la procédure d'enregistrement : la première ne saurait être modifiée par les cours souveraines lors de cette procédure<sup>471</sup>. Autrement dit, les cours souveraines ne possèdent pas la prérogative d'« homologuer » la norme coutumière, car elle vient du « peuple ». En revanche, la norme royale peut être l'objet d'une « homologation », ce qui suppose une éventuelle modification de la part des cours souveraines<sup>472</sup>.

À l'époque de la Fronde, la déclaration des cours souveraines parisiennes assemblées dans la chambre Saint-Louis en juin 1648, ainsi que la postérieure déclaration de la régence en octobre 1648, semblent imposer la règle constitutionnelle à la monarchie<sup>473</sup>. Elles dépassent toutes les revendications précédentes que les cours souveraines ont pu faire, malgré le fait que la régence n'a jamais voulu respecter ses engagements. Sur le plan doctrinal, Claude Joly se fait le champion des revendications de la magistrature quelques années après, lorsqu'il affirme que « nulles Lettres Patentes & Déclarations du Roi ne doivent point passer selon les Lois du Royaume pour vérifiées, & ne sont point obligatoires, qu'elles n'aient été délibérées avec liberté de suffrages, pris de tous ceux de la Compagnie l'un après l'autre [...] »<sup>474</sup>. Par ailleurs, il prit comme exemple l'inapplication de l'ordonnance de 1628, élaborée par le garde des

---

<sup>468</sup> Les formes romaines sont à nouveau évoquées pour parler de la liberté du peuple : « Qu'ainsi soit laissant à part plusieurs autres exemples, on trouve que la Royauté ne prit fin en la ville de Rome, que par l'outrecuidée [*sic*] puissance, entreprise par les Rois, ne tenant plus conte du Sénat, ne de la liberté du peuple », *Ibid.*, p. 705.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 705 et ss.

<sup>470</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 225-226.

<sup>471</sup> « Car il y a cette différence entre les Édits, & les Déclarations de nos Rois & les Coutumes, qu'à l'égard des Édits, & Déclarations ils se vérifient au Parlement avec connaissance de cause, & la Cour y apporte souvent des modifications : mais à l'égard des Coutumes elles sont enregistrées purement & simplement sans y rien ajouter, ni diminuer », CHALINE, Paul, *Methode generale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, Bobin et Le Gras, 1666, p. 64.

<sup>472</sup> « Aussi est-il vrai que les Coutumes ne sont pas sujettes à vérification, ni homologation au Parlement : mais seulement à l'enregistrement qui se fait pour y avoir recours, & sans entrer en connaissance de cause », *Ibid.*, p. 172.

<sup>473</sup> Notamment les articles 3 et 19 de la déclaration des cours souveraines, concernant les édits fiscaux et la création des offices de judicature et de finances pratiquement retranscrits dans la déclaration du 22 octobre de la régence d'Anne d'Autriche, et enregistrée au parlement le 24 octobre, *Journal contenant ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris, toutes les chambres assemblées & autres lieux; sur le sujet des affaires du temps present és années 1648 & 1649*, Paris, Alliot et Langlois, 1649, p. 104.

<sup>474</sup> JOLY, C., *Recueil de maximes véritables...*, *op. cit.*, p. 392-393.

sceaux Michel de Marillac<sup>475</sup>. Il s'agit encore une fois de l'idée qu'il existe une division entre existence et efficacité, la seconde étant *in fine* ce qui est en jeu pour les auteurs revendiquant la participation des cours souveraines à l'élaboration de la norme.

Dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, d'Aguesseau semble également affirmer que l'enregistrement est nécessaire à la légitimité des lois. Il rappelle en effet qu'en 1657, l'absence d'enregistrement d'une déclaration royale sur les dîmes a comme conséquence qu'elle soit regardée comme « non avenue »<sup>476</sup>. L'idée sous-jacente est que l'équilibre entre l'existence et l'efficacité de la norme est assuré par le respect de certaines formes associant les cours souveraines au processus normatif<sup>477</sup>. Malgré la possibilité théorique que le roi puisse imposer ces actes sans avoir regard de ces formes, il en reste que la légitimité du contenu des actes est justement renforcée par le respect desdites formes.

À partir de la régence de Louis d'Orléans, les cours souveraines aggravent les revendications qu'elles avaient faites depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>478</sup>. Au-delà des argumentations historiques qui ont été largement étudiées<sup>479</sup>, ce qui nous intéresse est l'analyse des formes du discours des cours souveraines. D'une part, la forme « dogmatique » : l'intérêt de fixer par écrit les procédures d'élaboration de la norme, parfois sur la base de fondements inédits, comme la représentation de la nation<sup>480</sup>. D'autre part, la forme « matérielle » : les remontrances qui jadis étaient privées,

---

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>476</sup> D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes, op. cit.*, Tome XIII, p. 60-61.

<sup>477</sup> Il s'agit encore une fois de l'« apparence de délibération » évoquée dans le chapitre précédent (section 1, §1.A et B p. 56-64). D'Aguesseau défend bien évidemment la compétence pour ainsi dire « naturelle » des cours souveraines en ce qui concerne cette fonction d'apparence.

<sup>478</sup> Déjà en 1718, la teneur des prétentions parlementaires est posée : « Pour commencer par la forme, Nous osons dire qu'il est de l'intérêt non seulement de tous les sujets de V. M., mais du sien propre que ses volontés se transmettent à tous ses peuples par les voies ordinaires, qui sont l'enregistrement et la publication au Parlement pour être ensuite envoyées aux bailliages et sénéchaussées de son ressort; cette formalité nécessaire pour rendre une loi publique ne pouvant être suppléée par aucun autre tribunal [...] », Remontrances du parlement de Paris, 27 juin 1718, FLAMMERMONT, Jules et TOURNEUX Maurice, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Tome I, Paris, Imprimerie Nationale, 1888, p. 78. Par la suite la référence à ce document se limitera au premier auteur mentionné.

<sup>479</sup> L'œuvre de l'avocat Louis-Adrien Le Paige est l'exemple par excellence de l'utilisation de l'histoire pour étaler les arguments en faveur de la magistrature : *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du parlement ; sur le droit des pairs, et sur les loix fondamentales du royaume*, Amsterdam, [s.n.], 1753. Voir sur ce sujet principalement : DI DONATO, Francesco, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, notamment p. 138-158, 473-490 et 600-603 ; LEMAIRE, Elina, *Grande Robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, PUF, 2010, p. 96-137. Plus généralement, voir : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, notamment : « Les parlementaires prêtres de la justice » (p. 62-78), et « Hauts magistrats et sénateurs » (p. 213-238) ; RENOUX-ZAGAME, Marie-France, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, p. 212-243 ; SAINT-BONNET, François, « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 135-148, *ID.*, « *Nemo auditur suam propiam methodum allegans* », *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Carlos Herrera et Arnaud Le Pillouer (dir.), Paris, Éditions Kimé, 2012, p. 95-115.

<sup>480</sup> Autrement dit, les arguments avancés pour soutenir la prétention de l'exigence d'une forme juridique spécifique face au flou normatif propre à la monarchie « absolue ». Sur la représentation de la nation : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne, op. cit.*, p. 268-279.

deviennent tout au long du XVIII<sup>e</sup> siècle une arme influant l'opinion publique naissante<sup>481</sup>. Ainsi, outre l'échec des prétentions corporatistes des cours souveraines relatives à l'enregistrement et l'homologation des actes royaux, ce qui s'esquisse dans leur discours est la dissociation *fonctionnelle* des formes constitutionnelles et de la *potestas* royale. Le pouvoir de faire les formes juridiques appartient à l'État, qui n'est plus uniquement incarné par le roi dans la mesure où il doit respecter des formes constitutionnelles dont les cours souveraines vont prétendre avoir le pouvoir primaire, sinon exclusif, d'interprétation<sup>482</sup>. Voilà le sens de la déclaration du parlement de Paris du 3 mai 1788, selon laquelle l'enregistrement est une loi fondamentale, voire une « règle constitutionnelle » pour l'élaboration de la norme étatique<sup>483</sup>.

La production de la norme dans la monarchie française est un champ de bataille, ce qui montre que la procédure est une arme que les différentes parties utilisent à leur profit. Ainsi, le respect de la procédure – que ça soit comme principe moral ou comme règle juridique contraignante – se présente comme un fondement du pouvoir. Il vise à limiter le poids d'une volonté unipersonnelle dans l'élaboration des « règles objectives » qui font partie de l'ordre juridique. D'autant plus en ce qui concerne les règles liées au procès, car lors de leur application, leur contenu est toujours confronté aux motivations et finalités qu'elles sont censées accomplir.

---

<sup>481</sup> Au XVI<sup>e</sup> siècle, certaines remontrances du parlement de Paris sont imprimées, mais il ne s'agit guère ni d'une pratique systématique, ni d'une initiative des cours souveraines. En revanche, au XVIII<sup>e</sup> siècle, au moment du conflit entre les parlements et la royauté concernant le refus des sacrements aux jansénistes, les remontrances sont imprimées et diffusées à l'initiative des magistrats mêmes, malgré l'interdiction royale et le secret du greffe.

<sup>482</sup> La conséquence de cette dissociation conceptuelle est la transformation de la magistrature un « contre-pouvoir » politique aux yeux de la couronne, la logique de la « canalisation » de la volonté n'étant plus pertinente : SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 350-357, SAINT-BONNET, François, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII<sup>e</sup> siècle », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, vol. 15, No. 1, 2011, p. 16-30.

<sup>483</sup> « Considérant enfin que le système de la seule volonté clairement exprimé dans les différentes réponses surprises audit Seigneur Roi annonce, de la part des ministres, le funeste projet d'anéantir les principes de la Monarchie, et ne laisse à la Nation d'autre ressource qu'une déclaration précise par la Cour des maximes qu'elle est chargée de maintenir et des sentiments qu'elle ne cessera de professer ; Déclare que la France est une monarchie, gouvernée par le Roi, suivant les lois; Que de ces lois, plusieurs qui sont fondamentales embrassent et consacrent [...] : Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État [...] ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 745.



## Chapitre 2. Le respect de la procédure dans l'application des normes

Selon la conception volontariste de la loi proposée par Jean Bodin, « appliquer » les normes légales serait un acte mécanique d'obéissance à la volonté du souverain. Cependant, l'auteur complexifie ses propos : la loi ne constitue pas tout le droit, elle n'emporte que « commandement »<sup>484</sup>. Dans la mentalité des juristes de l'époque moderne, l'*ordre juridique* dépasse largement les normes créées par le monarque car les sources reconnues et appliquées peuvent être exogènes à sa volonté : droit romain, coutumes, droit canonique. Partant, l'application des normes ne s'identifie pas exclusivement à l'exécution de la volonté du souverain<sup>485</sup>. Ou bien, l'application des sources exogènes découlerait de la volonté souveraine de « tolérer » ce qu'elle n'a pas produit<sup>486</sup>. Or, entre l'hypothèse et la pratique, la marge d'interprétation de l'agent qui applique effectivement la norme – le *magistrat* dont parle Bodin – demeure large, d'autant plus si l'on ajoute des éléments plus abstraits tels que l'équité, la justice ou le bien commun<sup>487</sup>.

Les juristes de l'Ancien Régime ne se sont pas complètement détachés de l'idée d'*ordo* médiévale, laquelle implique tant un *ordo ordinatus* (l'ordre déjà constitué) qu'un *ordo ordinans* (l'ordre qui se constitue par une « force active »)<sup>488</sup>. Dans le premier, la notion romaine de *potestas* joue un rôle principal ; dans le second, c'est l'*auctoritas* qui l'emporte<sup>489</sup>. La dialectique entre ces deux notions est, sur le plan dogmatique, un enjeu fondamental pour comprendre pourquoi les formes et les procédures (entendues comme le passage de l'*ordo ordinatus* à l'*ordo ordinans*) conditionnent l'application des normes « substantielles » issues de la volonté

---

<sup>484</sup> « Mais il y a bien différence entre le droit & la loi : l'un n'emporte rien que l'équité, la loi emporte commandement : car la loi n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance », BODIN, J., *Les Six Livres de la République*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>485</sup> Voir : SAINT-BONNET, François, « La notion d'exécution chez Bodin », *RFHIP*, vol. 34, no. 2, 2011, p. 231-244.

<sup>486</sup> C'est le problème de la norme de reconnaissance qui permet d'appliquer une norme « externe ». En l'occurrence, la norme de reconnaissance serait la volonté explicite du souverain, comme dans le cas de Philippe le Bel et sa déclaration de « tolérance » du droit romain dans le royaume de France. Texte de l'ordonnance de juillet 1312 dans : CARBASSE, Jean-Marie et LEYTE, Guillaume, *L'État royal XII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004, p. 204-206. Sur ce sujet : KRYNEN, Jacques, « La réception du droit romain en France. Encore la bulle *Super speculam* », *RHFD*, n° 28, 2008, p. 227-262.

<sup>487</sup> Sur cette « querelle de l'interprétation » : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature...*, *op. cit.*, p. 139-190.

<sup>488</sup> Voir sur ce sujet : RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « La disparition du droit des gens classique », *RHFD*, n°4, 1987, p. 23-53.

<sup>489</sup> MAIOLO, Francesco, *Medieval sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Delft, Eburon, 2007, p. 93-99.

souveraine. Ainsi, l'ordre constitué par une « force active » – en l'occurrence le *roi très chrétien de France* – s'insère dans un ordre plus large que plusieurs juristes assimilent à la notion de Droit<sup>490</sup>. Du point de vue du monarque, le respect des formes s'inscrit dans une théologie politique qui reconnaît l'existence d'un *ordo ordinatus*, tout en prétendant fonctionner aussi comme *ordo ordinans*<sup>491</sup>. L'enjeu principal est alors que l'*ordo* en train de se constituer soit un commandement et qu'il soit efficace.

Au travers de la procédure, les normes peuvent être « décantées » pour accroître leur efficacité. Le respect des formes participe alors de l'idée d'éclaircissement de la norme juridique. Les auteurs de l'Ancien Régime incorporent cette réflexion afin de s'assurer un élément indispensable pour l'exercice de l'autorité publique : la rationalité de la norme dans un ordonnancement juridique préalablement établi (Section 1). De même, la procédure est un élément fondamental de la finalité du Droit dans un ordre chrétien : la reddition de la justice au moment de l'application de la norme (Section 2).

---

<sup>490</sup> Suivant la pensée Augustinienne « *turpis [est] enim omnis pars universo suo non congruens* », AUGUSTIN, *Confessions*, Livre III, chapitre VIII, §15. Sur ce point, la pensée de Thomas d'Aquin rejoint la pensée augustiniennne : *Somme Théologique*, Ia IIae, Q. 92, 1. Voir : DE KONINCK, Charles, *De la primauté du bien commun contre les personnalistes*, Montréal, Éditions de l'Université de Laval, 1943, p. 6-22.

<sup>491</sup> Voir : SCHMITT, Carl, *The nomos of the earth in the international Law of the Jus Publicum Europæum*, New York, Telos Press, 2006.

## Section 1. La détermination de la *ratio legis* par la procédure

« *Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata* »<sup>492</sup>. D'après Thomas d'Aquin, et pour la tradition médiévale, la loi comporte une manifestation de la raison<sup>493</sup>. En effet, la loi humaine résulte de la loi divine au travers de la raison, celle-ci étant une faculté inscrite dans la nature humaine. De ce fait, la législation doit satisfaire la condition de rationalité – quelle que soit par ailleurs l'autorité en charge de la faire – car son caractère prescriptif se justifie par l'idée de *conservation d'un ordre*<sup>494</sup>.

Quant à l'application des normes, la rationalité est davantage liée à leur efficacité. Bien que le volontarisme implicite dans la théorie de Bodin relègue l'application à une pure obéissance à la volonté du souverain, cette dernière peut être tempérée. Le temps de la norme légale n'est pas forcément le temps du droit, d'autant plus dans un régime où le souverain n'a pas le « monopole » des sources. C'est en ce sens que certains auteurs de l'époque moderne utilisent la métaphore de l'alambic lorsqu'il se réfèrent à l'élaboration des lois : il s'agit d'un processus dans lequel la volonté exprimée s'améliore dans le temps, moyennant son passage par le mécanisme d'épuration. Ce dernier joue alors un rôle central dans la détermination de la rationalité de la norme, tant pour sa validité que pour son application effective. Il en est de même pour l'efficacité de la norme procédurale dans l'administration de justice, laquelle impose une rationalité qui doit conduire au dévoilement de la vérité.

Sur le plan institutionnel, penser le droit au procès implique d'envisager les mécanismes permettant l'amélioration graduelle de la norme produite par la volonté souveraine en vue de son efficacité. Les organes de la monarchie peuvent alors éclaircir la volonté du souverain, pour lui montrer la « véritable » *ratio* d'une norme (§1). Quant à l'application des normes lors du contentieux judiciaire, la rationalité est construite en

---

<sup>492</sup> *Somme théologique*, Ia IIae, Q. 90, 4. Pour le concept d'*ordinatio* chez l'Aquinat, voir : SERIAUX, Alain, « Contribution à la théorie de la loi : comment traduire le concept thomiste d'*ordinatio* ? », *APD*, Tome 38, 1993, p. 291-295.

<sup>493</sup> Voir sur ce sujet : CORTESE, Ennio, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Varese, Giuffrè, 1962, p. 257-296 ; GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 127-144.

<sup>494</sup> De là vient la conception politique d'ordinaire et extraordinaire : « C'est qu'au Moyen Age la *potestas absoluta* signifie la confusion de la puissance et du droit. Dieu seul la possède. Chez le prince, en revanche, le pouvoir doit être réglé par le droit. Sa *potestas est ordinata*, ou bien *ordinaria* [...]. Appliqué au pouvoir civil, le terme de *potestas absoluta* équivaldrait [...] à la reconnaissance d'une complète identification de la royauté à la divinité. Un monarque qui l'utiliserait susciterait l'effroi ». KRYNEN, J., *L'empire du roi...*, *op. cit.*, p. 394.

insistant sur le respect des normes procédurales susceptibles de révéler la vérité, inhérente à la justice (§2).

### §1. « *Rendre vraies* » les normes

À l'époque moderne, une formule resonne maintes fois : les actes royaux peuvent être sujets à la « vérification » de certaines institutions de la monarchie. Or y a-t-il une contradiction entre l'idée de souveraineté absolue et la possibilité – d'un point de vue strictement temporel – que l'acte produite par la volonté souveraine puisse être l'objet d'une vérification ? *In fine*, qu'est-ce que vérifier veut dire pour les juristes d'Ancien Régime ?

L'acception courante du mot<sup>495</sup> ne suffit pas pour rendre compte de l'usage que les juristes et les institutions se font de l'idée de vérification. Elle est plus proche de son étymologie<sup>496</sup> car est liée à la détermination d'une volonté normative susceptible d'être exécutée (A), au jugement de sa concordance avec un ordre transcendant (B) et à la pertinence des actes normatifs par rapport aux objectifs les justifiant (C).

#### A. *Déterminer la vérité de la volonté exprimée dans l'acte*

La première acception de la notion de vérification est en rapport avec la constatation de la concordance de l'acte royal avec la réalité qui sert de motivation. En ce sens, depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, les ordonnances royales acceptent la participation de certaines institutions pour « rendre vraie » la volonté royale manifestée dans l'acte normatif. En effet, l'ordonnance de décembre 1344, à l'article 10, dispose que « Toutes lettres surprises, ou obtenues par importunité au préjudice d'autrui, seront déclarées nulles, injustes & subreptices »<sup>497</sup>. Cette disposition reconnaît l'éventuelle imperfection de l'acte. Partant, la procédure de vérification faite par le parlement doit confronter l'acte avec la vérité issue d'une enquête. Or une telle imperfection, telle que

---

<sup>495</sup> Dans le sens du sujet qui réalise l'action : « 1. Soumettre à un examen portant a) sur la valeur d'une chose, sa validité en la confrontant aux faits ou en s'assurant de sa cohérence interne ; b) l'existence de ce qui confère à une chose un caractère de vérité, d'authenticité ; c) la conformité d'une chose à ce qu'elle doit être ou son bon fonctionnement [...]. 2. Reconnaître par l'examen la véracité d'une chose ». *Verbo vérifier*, CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/verifier> (consulté le 3 mai 2020).

<sup>496</sup> Du latin « *verus facere* », « rendre vrai, véritable », SAINT-BONNET, F., et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, op. cit., p. 346 ; ou bien, d'après Robert Carvais, « accepter pour vrai ».

<sup>497</sup> *ORF*, op. cit., Tome II, p. 211. Cette citation est le résumé fait par l'auteur de la compilation. La teneur du texte en latin est dans la page 217.

cette ordonnance et les ultérieures l'affirment, résulte de l'ignorance des faits de la part du souverain<sup>498</sup>. À ce sujet, le *Recueil général des anciennes lois...* explique ce phénomène au XIV<sup>e</sup> siècle : « On présentait souvent des lettres contrefaites. Les faussaires étaient bannis [...]. La confiscation des biens appartenait au chancelier, comme ayant la connaissance et correction des faussetés commises aux titres royaux »<sup>499</sup>. Ce constat révèle la raison pour laquelle la royauté accepte que les institutions chargées d'exécuter les actes normatifs puissent enquêter sur l'authenticité de ces derniers. La vérification est ainsi ancrée dans le rôle de justicier du roi ; un acte qui falsifie la volonté royale ne peut nullement viser la justice.

Cependant, hormis les cas de falsification d'un acte royal, les institutions monarchiques peuvent vérifier les actes royaux dans deux hypothèses : il s'agit de l'*obreption* et la *subreption* utilisées pour « surprendre » la religion du roi ou de l'agent royal qui produit l'acte. Furetière dans son *Dictionnaire* définit et distingue les deux ainsi :

« [La subreption est une] surprise qu'on fait au supérieur, en obtenant les grâces de lui sous une fausse exposition. La subreption diffère de l'obreption, en ce que l'obreption est une fausse expression de la qualité d'un fait ; & la subreption est un manque d'expression ou réticence frauduleuse d'un fait qui aurait rendu le supérieur plus difficile à accorder la grâce. La subreption et l'obreption sont des vices essentiels en un titre, qui le rendent nul. »<sup>500</sup>

Les deux notions sont issues du droit romain, se référant aux cas susceptibles de limiter l'application des rescrits impériaux<sup>501</sup>. Sous l'époque du dominat (285-476), plusieurs normes et écrits mentionnent l'obreption et la subreption desdits actes<sup>502</sup>. De même, le droit canonique récupère ces notions et les applique au pouvoir d'édiction de

---

<sup>498</sup> La notion de tort (« surprise de la religion du roi ») faite à la volonté royale se trouve également dans les ordonnances de mars 1359 et d'août 1389. ISAMBERT, Tome V, p. 72-75 et Tome VI, p. 680-683.

<sup>499</sup> ISAMBERT, Tome VI, p. 680 (nous soulignons).

<sup>500</sup> *Verbo* « subreption ». FURETIÈRE, Antoine, *Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes...* Tome III, La Haye, Arnout & Reinier Leers, 1690, p. 600.

<sup>501</sup> Ceux-ci étaient faits davantage sur requête des particuliers et pouvaient devenir une source du droit à part entière, comme l'affirme GAIUS (*Institutes*, I, 94). Voir : BUENO DELGADO, Juan Antonio, « Los rescriptos imperiales como fuente de derecho », *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 11, 2013, p. 378-435.

<sup>502</sup> Notamment le *CT*, I, 2, 2-3-6-8-9-11 ; XI, 1, 20 ; XIII, 11, 13 ; XIV, 3, 20-21 ; XV, 1, 43 ; XV, 2, 8 ; et le *CJ*, I, 19, 7. Sur ce sujet : DE MARINI AVONZO, Franca, « I rescritti nel processo del IV e V secolo », in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana XI*, Pérouse, 1993, p. 29-39 ; SARGENTI, Manlio, *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova, CEDAM, 1986, p. 378-380.

décrétales possédé par les papes<sup>503</sup>. L'incorporation de ces concepts au droit de la fin du Moyen Âge s'achève avec les juristes qui les utilisent et les raffinent dans une doctrine sur le faux. Celle-ci est destinée « avant tout à protéger les institutions [...] et à préserver leur vocation d'instances de véridiction »<sup>504</sup>. La vérification des actes royaux s'inscrit alors dans la continuité de cette idée, à savoir la capacité des institutions monarchiques de « produire » la vérité.

Les ordonnances royales des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles confirment ce souci de « vérité institutionnelle », laquelle ne s'identifie pas automatiquement à la volonté royale. Elles répètent les formules des ordonnances médiévales notamment en ce qui concerne les procédures de justice. En effet, la vérification des cours souveraines en cas d'obreption ou subreption est réitérée dans l'ordonnance de 1454 (article 66 relatif à la nullité des lettres de la chancellerie)<sup>505</sup> ; celle de 1498 (articles 126 et 127 relatifs aux lettres de rémission ou de pardon)<sup>506</sup> ; celle d'octobre 1535 (article 28 du chapitre VIII relatif aux lettres de la chancellerie)<sup>507</sup>. La littérature procédurale et diplomatique fait écho à ces ordonnances<sup>508</sup>.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'assimilation des actes royaux aux rescrits des empereurs est constante. En ce qui concerne l'obreption et subreption des actes, De même, plusieurs auteurs évoquent la distinction entre l'obreption et la subreption : Seyssel<sup>509</sup>, Pasquier<sup>510</sup>, Louis le Caron<sup>511</sup>, Bernard du Haillan<sup>512</sup> Papon, parmi d'autres. Ce dernier indique que les rescrits dirigés aux particuliers doivent toujours être « vérifiés » par l'institution en charge de les appliquer pour éviter l'obreption et la subreption<sup>513</sup>, y

---

<sup>503</sup> Les mots d'obreption et de subreption sont en effet l'objet d'une réflexion plus théorique chez certains canonistes. Voir par exemple pour l'époque de notre étude : AUBOUX DES VERGNES, Jean, *Traicté particulier des lettres apostoliques & rescrits, selon qu'ils sont executez en France, accomodez à l'usage de ce temps, in : La véritable théorie-pratique civile et criminelle des cours ecclésiastiques, et officialitéz*, Paris, Guillaume Benard, 1648.

<sup>504</sup> LEVELEUX-TEXEIRA, Corinne, « Juger le faux pour croire le vrai discours de *consilia* juridiques sur les pratiques de falsification (XIV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle), *Juger le faux (Moyen Âge – Temps Modernes)*, Olivier Poncet (dir.), Paris, Publication de l'École Nationale des Chartes, 2011, p. 119. Disponible sur : <http://books.openedition.org/enc/273> (consulté le 12 février 2020).

<sup>505</sup> ISAMBERT, Tome IX, p. 228.

<sup>506</sup> ISAMBERT, Tome XI, p. 368-369.

<sup>507</sup> ISAMBERT, Tome XII, p. 466-467.

<sup>508</sup> Voir par exemple : BOUCHET, Jean, *Forme et ordre de plaidoirie en toutes les Cours royales et subalternes de ce royaume regies par coutumes, Styles, & ordonnances royaulx*, Paris, Galliot Dupré, 1542, p. 198 ; *Nouveau style et prothocolle de la chancellerie de France, suivant la forme que l'on use pour le jourd'huy*, Paris, Abel L'Angelier, 1588, Introduction [s.p].

<sup>509</sup> SEYSSSEL, C., *La Grande Monarchie de France...*, *op. cit.*, f. 12<sup>r</sup>.

<sup>510</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, « Pourparler du Prince », p. 1000.

<sup>511</sup> LE CARON, Louis, *Pandectes ou digestes du droict françois*, Lyon, Jehan Veyrat, 1593, p. 226-227.

<sup>512</sup> D'après lui, « il convient que [...] tous rescrits Royaux [soient] entérinés par les juges auxquels ils sont adressés, qui examinent en l'obreption & subreption [...], notamment en matières criminelles », DU HAILLAN, B. de G., *De l'estat et succez des affaires de France...*, *op. cit.*, f. 84<sup>v</sup>.

<sup>513</sup> L'auteur explique la différence entre les deux termes : PAPON, Jean, *Secrets du troisieme et dernier notaire*, seconde édition, Lyon, Jean de Tournes, 1583, p. 331. L'on suit ici l'article de PFISTER, L., « Des "rescrits du Prince" le pouvoir normatif du roi selon Jean Papon »..., *op. cit.*, p. 81-107.

compris même lorsque les actes contiennent la clause *ex proprio motu*<sup>514</sup>. En effet, pour l'auteur, cette clause ne dispense pas les cours de justice de leur devoir de s'assurer de la véracité de l'acte. Jean Bodin est du même avis, malgré certaines divergences avec Papon<sup>515</sup>. Dans les deux cas, la division entre l'élaboration et l'exécution de l'acte est opérée. Par ailleurs, l'idée sous-jacente est la même : les agents royaux en charge de l'application de la norme doivent s'assurer que son contenu est concordant avec la volonté informée du roi<sup>516</sup>.

Cependant, les auteurs du XVII<sup>e</sup> siècle commencent à délimiter les actes royaux susceptibles de la vérification : on passe de l'affirmation du principe à l'interprétation restreinte. Charles Loyseau (†1627)<sup>517</sup> distingue les actes pouvant être vérifiés lorsqu'il évoque la provision d'offices. D'après lui, l'inclusion de la clause « s'il vous appert » dans la teneur de l'acte permet aux juges « la connaissance du fait », c'est-à-dire la possibilité d'enquêter sur la véracité de celui-là. Cette clause n'est jamais insérée dans les lettres de provision d'offices ; l'auteur considère par conséquent que « le Magistrat exécuteur d'icelles ne doit entrer en connaissance ni du fait, ni du droit, ains n'en ha [*sic*] que la simple exécution »<sup>518</sup>. Cardin le Bret, pour sa part, signale que les lettres d'abolition ne sont pas susceptibles de vérification des faits<sup>519</sup>. Or, dans le sillage de la doctrine favorable au contrôle des faits qui motivent l'acte royal, certains auteurs reprennent les arguments de leurs devanciers : Claude Joly retranscrit les mots de Seyssel<sup>520</sup>, Claude de Ferrière affirme également que le juge « entérine et confirme [les lettres] s'il reconnaît qu'elles ayent [*sic*] été obtenues avec justice, ou il les rejette, quand il s'y rencontre quelque défaut »<sup>521</sup>.

---

<sup>514</sup> PFISTER, L., « Des "rescrits du Prince" le pouvoir normatif du roi selon Jean Papon »..., *op. cit.*, p. 102.

<sup>515</sup> Ainsi que le montre Laurent Pfister : « une divergence [...] apparaît entre Bodin et Papon à propos de l'hypothèse [...], où le rescrit *ex proprio motu* est assorti non plus seulement d'une commission d'exécution mais d'une « interdiction de connaître » par laquelle le prince précise expressément que sa science est suffisamment éclairée. Dans ce cas [Bodin] estime « qu'il n'appartient pas au magistrat de passer par-dessus les défenses du prince [...]. Or c'est précisément ce que soutient Papon. En effet il considère que les Cours doivent vérifier les motifs de tous les rescrits, sans exception, y compris ceux qui contiennent une interdiction expresse du prince [...] ». *Ibid.*, p. 102.

<sup>516</sup> Ou bien, si on inverse l'argument, qu'il n'y a pas de « *defectus voluntatis* » du roi. Voir les exemples évoqués par : RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « La notion juridique de civilité : éléments pour une autre histoire », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Volume 3, 2011, p. 30-32.

<sup>517</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p.678-680. Voir la bibliographie sur l'auteur *infra*, note de bas de page n° 604.

<sup>518</sup> LOYSEAU, Charles, *Cinq livres du droict des offices, avec le livre des seigneuries et celui des ordres*, Paris, Vve. A. L'Angelier, 1613, p. 33.

<sup>519</sup> LE BRET, C., *Les œuvres de messire C. Le Bret...*, *op. cit.*, p. 296. Les interprétations contraires à celle de Cardin le Bret trouvent leurs fondements dans les ordonnances civile et criminelle de Louis XIV : DUVAL, Pierre Neel, *Le parfait procureur, contenant la nouvelle manière de procéder, dans toutes les Cours & Jurisdictions du Royaume...*, Tome II, Lyon, Antoine Boudet, 1705, p. 393-394 ; LANGE, François, *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou le nouveau praticien françois...*, Paris, Girard, 1697, p. 134.

<sup>520</sup> JOLY, C., *Recueil de maximes véritables...*, *op. cit.*, p. 380-381.

<sup>521</sup> FERRIERE, C., *La jurisprudence du Code...*, *op. cit.*, p. 140-141.

L'ordonnance d'août 1669 de Louis XIV limite la vérification des faits contenus dans les lettres appelées « d'État ». Elles peuvent être contestées exclusivement « en s'adressant au Roi pour y être pourvu »<sup>522</sup>. La royauté entend ainsi dissocier les actes de gouvernement des actes de justice, ce qui participe d'une tendance générale affaiblissant l'autorité traditionnelle des cours souveraines<sup>523</sup>. Certains ouvrages de la littérature procédurale de cette époque mentionnent encore l'obreption et la subreption des actes royaux<sup>524</sup>, notamment lorsqu'ils évoquent les lettres de rémission et de grâce<sup>525</sup>. Ainsi, pour la législation et pour une partie de la doctrine procédurale, la vérification des actes royaux demeure cantonnée aux faits relevant du procès judiciaire.

Néanmoins, la vérification ne concerne pas exclusivement la concordance entre les faits qui motivent un acte royal et la volonté que celui-ci exprime. « Rendre vraies » les normes signifie également les confronter avec un ordre juridique qui ne s'identifie pas forcément avec la « pure et franche volonté du souverain », même si celle-ci est effectivement informée.

### ***B. Confronter l'acte avec un ordre transcendant***

La deuxième signification de la vérification des actes royaux se rapporte à la recherche du sens de la norme dans un système juridique<sup>526</sup>. En l'espèce, il s'agit de la confrontation de l'acte royal avec l'ordre juridique de royaume, pour l'accommoder à un critère juridique qui surgit au XV<sup>e</sup> siècle : la « civilité »<sup>527</sup>. L'ordre juridique du royaume ne s'identifie pas entièrement avec la volonté du souverain ; il est donc question d'identifier et d'organiser les éléments qui le composent.

---

<sup>522</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 358-359.

<sup>523</sup> Voir : SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 322-324.

<sup>524</sup> DESMAISONS, François, *Le parfait praticien français. Réformé suivant l'usage, qui se pratique à present par toute la France...*, Paris, Besongne, 1679, p. 470.

<sup>525</sup> Voir parmi d'autres : BERNARD, Claude, *La Pratique civile et criminelle des cours souveraines et presidiaux de France, utile et nécessaire a tous ceux qui estudient en droict, mais aussi à tous magistrats, juges, advocats, procureurs, notaires, commissaires, & autres personnes frequentans les cours, tant souveraines, que subalternes*, Paris, M. Bobin, 1660, p. 381 et ss. ; GASTIER, René, *Les nouveaux styles du Parlement de Paris, de la Cour des aydes, requestes du Palais et de l'Hôtel, Chambres des Comptes et du trésor, & des autres juridictions de l'enclos du palais*, Paris, Langelier, 1661, p. 274.

<sup>526</sup> C'est le « symbole de la validité juridique » dont Niklas Luhmann fait référence. Voir *supra*, dans l'introduction, p. 26.

<sup>527</sup> La *civilitas* au XIV<sup>e</sup> siècle a un sens qui commence à changer dans la pratique judiciaire au XV<sup>e</sup> siècle : « [la civilité] c'est alors la communauté politique, mais c'est plus particulièrement l'ordre et la structure qui, pour les esprits de ces siècles, fondent sa cohérence et en conséquence assurent son existence, et c'est en ce sens que l'emploie Nicole Oresme en 1370. En outre, à partir des années 1450, et c'est jusqu'à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, les hommes de droit [...] vont charger ce terme d'un sens spécifique, en soutenant que la civilité, c'est une qualité de la loi du Prince, une qualité essentielle puisque, comme ils s'attachent à le montrer, la loi n'est pleinement loi que par elle ». RENOUX-ZAGAME, M.-F., « La notion juridique de civilité... », *op. cit.*, p. 19.

Pratiquement tous les juristes du XVI<sup>e</sup> siècle reconnaissent que l'ordre juridique de la monarchie française est composé de plusieurs « couches normatives » dont certaines ne sauraient être modifiées par la volonté royale. Claude de Seyssel l'exprime à travers le frein de la *police* : « c'est à savoir de plusieurs ordonnances qui ont été faites par les rois mêmes, & après confirmées & approuvées de temps en temps, lesquelles tendent à la conservation du royaume en universel & particulier »<sup>528</sup>. Bodin signale que le roi « n'y peut déroger » aux « lois du royaume »<sup>529</sup>. L'expression « lois fondamentales » devient récurrente à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle pour définir un corpus normatif intangible<sup>530</sup>. S'appuyant sur cette construction théorique, les juristes affirment que certains actes normatifs royaux doivent être l'objet d'une procédure de vérification dépassant la seule détermination des faits qui les motivent. L'objectif attendu est la concordance de ces actes avec l'ordre juridique qui les précède. Or, outre les lois fondamentales, quelles sont les « couches normatives » confrontées à la volonté royale au moment de la vérification ?

Les travaux de Marie-France Renoux-Zagamé montrent qu'au début de l'époque moderne, l'ordre juridique auquel se réfèrent les partisans d'un contrôle de « civilité » des actes royaux s'inscrit dans la continuité des notions romano-canoniques, « mais également au *droit de raison* que les juristes européens visent à travers de lui [le *droit civil*] »<sup>531</sup>. En effet, dans la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, Claude de Seyssel écrit – dans la continuité de la réflexion sur les rescrits de l'empereur – : « sont leurs lettres et rescrits [des rois de France] sujets au jugement desdits parlements en tel cas, non pas touchant obreption et subreption seulement [...], mais touchant la civilité & incivilité »<sup>532</sup>, se référant davantage aux procès judiciaires en matière civile. Or, tout au long du même siècle, cette réflexion s'amplifie au profit des instances de vérification (les cours souveraines principalement), dans le même temps où la fonction du roi législateur est théoriquement entérinée. L'origine romaine est encore une fois relevée :

---

<sup>528</sup> SEYSSEL, C., *La grande Monarchie de France...*, *op. cit.*, f. 12v<sup>o</sup>.

<sup>529</sup> BODIN, J., *Les Six Livres de la République...*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>530</sup> L'arrêt Le Maistre de 1593 est l'exemple du caractère intangible des lois fondamentales : SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, p. 296-298. Sur les conditions de rédaction de l'arrêt, voir : DABRESSE, Sylvie, « Autour de l'arrêt Le Maistre », *Le parlement en sa cour ; études en l'honneur du professeur Jean Hilaire*, sous la direction d'Olivier Descamps, Françoise Hildesheimer et Monique Morgat-Bonnet, Paris, Honoré Champion, 2012, p. 149-170 ; BERNARD, Guillaume, « Un texte en dessous de sa réputation ? Le contenu et la portée de l'arrêt Le Maistre (1593) », *1589, Des Valois aux Bourbons : actes de la XVI<sup>e</sup> session du 11 au 14 juillet 2009*, Tours, Centre d'études historiques, 2010, p. 35-48.

<sup>531</sup> RENOUX-ZAGAME, M.-F., « La notion juridique de civilité... »... *op. cit.*, p. 21.

<sup>532</sup> SEYSSEL, C., *La Grande Monarchie de France...*, *op. cit.*, f. 12r<sup>o</sup>.

les normes ne peuvent pas être faites « *contra jus vel contra utilitatem publicam* », contre le droit (romain) et l'utilité publique<sup>533</sup>.

Néanmoins, ce n'est pas exclusivement aux aspects techniques du droit romano-canonique que les auteurs du XVI<sup>e</sup> siècle s'attachent car le recours aux notions plus abstraites de « loi divine » et de « droits naturel et des gens » est aussi présent<sup>534</sup>. Cette « couche normative » déjà présente chez les auteurs médiévaux<sup>535</sup> devient plus opérationnelle, malgré son caractère flou<sup>536</sup>, à travers l'influence de la pensée cicéronienne. En effet, comme l'affirme Jean-Louis Thireau, à partir de la seconde moitié du même siècle, les auteurs donnent une valeur transcendante à la notion de loi naturelle, laquelle se fonde sur une raison innée à la nature humaine<sup>537</sup>. L'affirmation de principe se trouve chez Bodin : « mais quant aux lois divines & naturelles, tous les Princes de la terre y sont sujets, & n'est pas en leur puissance d'y contrevenir »<sup>538</sup>. Malgré le peu de systématisation qui existe sur le contenu de ce droit naturel, certains auteurs esquissent le contenu de cette strate de la normativité. Louis Le Caron, par exemple, décrit ainsi le droit naturel (qu'il dénomme par ailleurs indistinctement droit des gens) :

« tout ce que les hommes ont produit & établi entre eux pour la conservation de la société humaine : comme l'honnête conjonction de l'homme & la femme, que nous appelons mariage, la séparation & division des pays & des biens, la différence entre le seigneur maître & le serviteur, l'établissement des Royaumes & seigneuries, l'ordre des guerres, confédérations, légations, les commerces, & presque tous les contrats desquels usent les hommes : & pareillement la défense & repoussement de l'injure & force par la force : bref tout ce qu'on appelle le droit d'humanité, lequel retient plusieurs Préceptes du droit divin & naturel, comme la

---

<sup>533</sup> RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 214-217.

<sup>534</sup> Sur ce sujet la littérature est abondante. À titre indicatif nous évoquons quelques travaux sur l'époque du XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle : BASTIT, Michel, « Loi naturelle et droit naturel au déclin du Moyen Âge », *RHFD*, n° 6, 1987, p. 49-62 ; BOUREAU, Alain, « Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57<sup>e</sup> année, N. 6, 2002, p. 1463-1488 ; CARPINTERO, Francisco, « El derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos », *Persona y derecho*, Vol. 8, 1981, p. 33-100 ; CHARETTE, Léon, « Droit naturel et droit positif chez Saint Thomas d'Aquin », *Philosophiques*, 8(1), 1981, p. 113-130.

<sup>535</sup> Par exemple chez Philippe de Beaumanoir : « S'il en est ainsi que le roi peut faire des nouveaux établissements, il doit bien prendre garde toutefois à ne les faire que pour une cause raisonnable [...] et, spécialement à ne pas les faire contre Dieu ou contre les bonnes mœurs », BEAUMANOIR, Philippe, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Salmon, 1900, Tome II, p. 265, §1515.

<sup>536</sup> ROUSSELET-PIMONT, A., *Le chancelier et la loi...*, *op. cit.*, p. 32-35.

<sup>537</sup> THIREAU, Jean-Louis, « Cicéron et le droit naturel au XVI<sup>e</sup> siècle », *RHFD*, n° 4, 1987, p. 55-85.

<sup>538</sup> BODIN, J., *Les Six Livres de la République...*, *op. cit.*, p. 132.

charité & piété du père envers les enfants, & d'iceux envers le père, & la sépulture du corps mort [...] »<sup>539</sup>

Voilà *grosso modo* à quoi pensent les magistrats des cours souveraines lorsqu'ils revendiquent la vérification des actes royaux : il s'agit de trouver leur sens normatif dans l'ordre juridique de la monarchie. En effet, en confrontant la volonté royale manifestée dans l'acte normatif avec le Droit, les magistrats entendent lui donner son sens véritable dans un ordre juridique transcendant<sup>540</sup>. La *potestas* de la personne du souverain ne saurait à elle seule assurer le caractère rationnel d'une nouvelle norme, surtout lorsque celle-ci est identifiée par ses caractéristiques à la loi tel qu'elle est définie par la tradition scolastique<sup>541</sup>. De plus, l'application de la norme suppose qu'elle sera confrontée à l'ordre juridique qui la précède, le résultat de cette démarche n'étant presque jamais l'expression de la volonté personnelle du roi<sup>542</sup>. Les cours souveraines prétendent ainsi s'assurer de la *ratio legis* – la rationalité des actes royaux. Elles s'appuient pour ce faire sur leur expertise (*science*), leur serment (*religion* et *a fortiori*

<sup>539</sup> LE CARON, L., *Pandectes ou digestes du droit...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>540</sup> « [...] La loi n'est pas seulement loi en elle-même, elle est loi dans son rapport aux autres lois, et c'est en partie par ces liens qu'elle pourra être interprétée, il convient donc également de l'insérer dans le « dépôt des lois ». Qu'elle vienne seulement modifier certaines dispositions des normes en vigueur par une dérogation, ou qu'elle ait vocation à les remplacer dans leur ensemble par une abrogation, en tout état de cause, les liens de la règle nouvelle avec le droit déjà là doivent être précisés. C'est cette tâche que le Parlement s'assigne, c'est par ce travail qu'il peut peser d'un poids décisif, non sur le contenu des règles, mais à travers la « place » qu'il creuse pour les règles nouvelles, à travers les liens qu'il tisse entre elles, à travers le rang qu'il leur assigne sur leur portée. C'est à ce point que son examen se rapproche de ce qu'est pour le juriste contemporain le contrôle de constitutionnalité », RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 240-241. Voir également : *ID.*, « De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, n° 36, 2002/2, p. 3-20. Selon François Saint-Bonnet, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, au modèle « médiéval » du droit divin, du droit naturel, de la raison et du bien commun, la magistrature substitue un modèle des règles positives considérées comme « fondamentales », SAINT-BONNET, François, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Droits*, vol. 34, n° 2, 2001, p. 188.

<sup>541</sup> C'est-à-dire, en tant que norme « générale » – le *commune præceptum* de Papinien est repris pratiquement par tous les docteurs *in utroque* médiévaux – faite pour le « bien commun », selon la définition de l'Aquinate. Au XVI<sup>e</sup> siècle, la « seconde scolastique » continue à avoir l'idée de la norme générale, malgré le fait que le sens de certains contenus change : MOREAU, Pierre-François, « Loi naturelle et ordre des choses chez Suarez », *Archives de philosophie*, vol. 42, No. 2 (avril-juin 1979), p. 229-234 ; TODESCAN, Franco, *Lex, natura, beatitudo, Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, Cedam, 1973 ; VILLEY, Michel, « Remarque sur la notion de droit chez Suarez », *Archives de philosophie*, vol. 42, No. 2 (avril-juin 1979), p. 219-227.

<sup>542</sup> D'autant plus que pour Bodin le roi doit éviter de juger personnellement les affaires, notamment criminelles : BODIN, J., *Les Six Livres de la République...*, *op. cit.*, p. 612-628. Voir les commentaires de KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 31-38. Outre l'ouvrage de Jacques Krynen précité, voir la question de l'équité comme fondement de l'application et interprétation extensive, parfois évidemment divergente, de la norme royale : BOYER, Georges, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome II, Dalloz et Siret, 1960, p. 257-282 ; ainsi que l'idée de « souffrance » des normes : SAINT-BONNET, François, « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 28, 2010, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-a-posteriori-les-parlements-de-l-ancien-regime-et-la-neutralisation-de-la-loi> (consulté le 19 février 2019).

conscience) et leur participation historique au corps mystique du roi en tant qu'organes de conseil (*prudencia*)<sup>543</sup>.

Toutefois, les cours souveraines ne « dévoilent » pas la vérité au travers d'une enquête *stricto sensu*, contrairement à ce qui peut arriver lorsqu'il est question d'obreption ou de subreption. Elles doivent plutôt montrer (au sens de remonter : montrer à nouveau) l'ordre juridique transcendant auquel l'acte qui exprime la volonté royale doit se conformer. Bernard de La Roche-Flavin l'affirme ainsi : « Car quand les volontés du Prince sont éloignées de la raison, on les doit ramener doucement & discrètement par des remontrances verbales, ou par écrit »<sup>544</sup>. Il n'est nullement question de contredire la volonté royale, mais de l'informer pour que l'acte définitif ayant des effets *erga omnes* soit efficace. En ce sens, lorsque les cours souveraines insèrent la clause « de très exprès commandement » dans l'acte royal pour signifier qu'il n'a pas été vérifié, elles signalent que la norme existe dans l'ordre juridique mais qu'elle ne lui est pas (encore) conforme. Elle n'atteint pas le caractère rationnel que l'ordre juridique lui demande et sera *in fine* perçue comme injuste par les sujets du roi<sup>545</sup>. C'est en ce sens que s'exprime à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle d'Aguesseau : la vérification et les remontrances servent à ce que « les sujets s'accoutumassent à les regarder [les lois] comme l'ouvrage de la justice, encore plus que de la volonté du souverain »<sup>546</sup>. Dans le règne d'un roi justicier, la procédure de vérification révèle le sens des actes normatifs et leur adéquation à la justice car l'ordre juridique est censé accomplir cette dernière.

La royauté partage de manière partielle cet avis, mais elle essaie d'envisager la discussion en termes d'autorité et non pas de justice<sup>547</sup>. Du fait que la procédure de vérification ralentit la mise en œuvre de la norme, le roi et les thuriféraires de la monarchie absolue de droit divin cherchent à la borner par différents moyens : *primo*,

---

<sup>543</sup> L'on reprend ici les composantes de la sagesse d'après BODIN, J., *Les Six Livres de la République...*, *op. cit.*, p. 6 : « C'est à savoir, en prudence, science, & vraie religion : l'une touchant les choses humaines, l'autre les choses naturelles, la troisième, les choses divines : la première montre la différence entre du bien & du mal : la seconde, du vrai & du faux, la troisième, de la pitié & impiété, & ce qu'il faut choisir et suivre : car de ces trois se compose la vraie sagesse, où est le plus haut point de félicité en ce monde ».

<sup>544</sup> Ce qui frappe c'est l'hypothèse sans nuance de l'éloignement de la volonté personnelle du roi et de la raison. LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlemens de France...*, *op. cit.*, p. 707.

<sup>545</sup> La Roche-Flavin affirme que même après la publication d'un édit « du très exprès commandement » du roi, les cours souveraines peuvent faire « encore délibération, que chaque année seront continuées très humbles remontrances au Roi, de révoquer tel Edit, jusqu'à ce qu'il soit révoqué. Et ainsi en fut usé par le Parlement de Toulouse, de l'Edit des Consignations en l'an 1504 & continuée jusqu'à ce qu'il fût révoqué », *ibid.*, p. 706.

<sup>546</sup> D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome X, p. 19.

<sup>547</sup> Voir par exemple les discours des chanceliers Duprat, Poyet et L'Hospital durant le XVI<sup>e</sup> siècle : ROUSSELET-PIMONT, A., *Le chancelier et la loi...*, *op. cit.*, p. 136-158 ; et pendant le XVII<sup>e</sup> siècle : MOOTE, Alanson Lloyd, « The French Crown versus its judicial and financial officials, 1615-83 », *The journal of modern history*, Vol. 24, N°2, June 1962, p. 146-160.

les ordonnances, édits et déclarations du roi interdisent la magistrature de se mêler des « affaires d'État », mettent des délais à la procédure de vérification et des limites au nombre de remontrances<sup>548</sup> ; *secundo*, les lits de justice activent le principe d'*adveniente principe, cessat magistratus*, imposant un enregistrement sans vérification ; *tertio*, la royauté publie les actes normatifs dans des institutions différentes des cours souveraines<sup>549</sup>. Dans tous les cas, les cours souveraines perçoivent les limitations comme des moyens d'autorité plus que de justice. Ainsi, le conflit s'intensifie à partir du règne de Louis XIII et du ministériat de Richelieu, car la vérification commence à être perçue de plus en plus comme un contrôle des actes du gouvernement royal.

### C. Juger l'opportunité de l'acte ?

La troisième conception/fonction de la procédure de vérification est celle qui oppose la royauté et la grande robe pendant les deux derniers siècles de la monarchie. Il s'agit du contrôle sur l'opportunité des actes royaux, à savoir la vérification des « conditions externes (entendues *lato sensu* donc politiques, sociales, économiques, culturelles, religieuses...) qui pouvaient favoriser ou au contraire gêner l'application correcte de la loi »<sup>550</sup>. La magistrature prétend « rendre vraies » les normes qu'elle juge les plus enclines à réaliser les objectifs que la volonté royale affiche. Cette vérification est conceptuellement à mi-chemin entre les deux précédentes : elle porte à la fois sur les faits externes à l'acte (la motivation de l'acte peut être l'effet de la « surprise de la religion » du souverain, comme l'obreption et la subreption qui sont à l'origine d'un

---

<sup>548</sup> L'édit de François I<sup>er</sup> enregistré en lit de justice du 24 juillet 1527, l'ordonnance de Moulins de 1566 citée plus haut (note de bas de page n° 446), la déclaration de 1641 de Louis XIII et l'édit de Louis XIV du 23 mars 1673.

<sup>549</sup> Notamment le contournement par les présidiaux, ou l'enregistrement dans la Grande Chancellerie et les Chambres de justice extraordinaires. Voir : KADLEC, Lauriane, *Le droit d'enregistrement et le parlement de Paris ...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>550</sup> DI DONATO, Francesco, « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus*, 21, 2013, p. 257. Sur le contrôle d'opportunité : DELVOLVÉ, Pierre, « Existe-t-il un contrôle d'opportunité ? », *Conseil d'État et Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1988, p. 269.

rescrit particulier)<sup>551</sup>, et sur les finalités à accomplir qui sont parfois explicites dans le préambule de la norme (donc dans une logique de recherche de son sens normatif)<sup>552</sup>.

C'est à l'avènement d'Henri de Navarre au trône, moment où le parlement de Paris s'érige explicitement comme gardien des lois fondamentales, que cette conception de la vérification prend de l'ampleur. Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, elle est défendue principalement par la magistrature elle-même, s'appuyant sur des phénomènes concomitants qui donnent un rôle politique central à la cour souveraine parisienne<sup>553</sup>. Les remontrances ne constituent plus juste un moyen de « re-montrer » au roi que sa volonté devenue norme ne s'accorde pas *a posteriori* avec la rationalité de l'ordre juridique. Elles deviennent un moyen de proposition de ce qui doit être *a priori* la volonté du souverain. Ainsi, le parlement ambitionne d'occuper le rôle d'organe délibératif de la monarchie que l'assemblée de trois ordres réclamait à son tour depuis la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>554</sup>. Les remontrances de la cour parisienne du 21 mai 1615 illustrent cette ambition : d'une part, elles ne formulent pas d'objection à l'égard d'un acte normatif de la royauté<sup>555</sup>, mais évaluent la politique royale depuis le début de la régence de Marie de Médicis, notamment sur le sujet des finances<sup>556</sup>. D'autre part, elles avancent l'idée que l'assemblée du parlement de Paris réunie avec

---

<sup>551</sup> C'est notamment par le biais de l'accusation des ministres et conseillers du roi que les cours souveraines avancent l'argument de la surprise de la religion du roi, notamment pour le temps de Richelieu et Mazarin. Les remontrances du parlement de Paris de mai 1615 donnent la teneur de ces accusations : « SIRE, nous reconnaissons tous, & le publions d'une voix, que votre Majesté est entièrement exempte & innocente des désordres, qui donnent cause à ces très humbles Remontrances : & nous savons encore comme la Reine votre mère, par une rare & singulière prudence, a sauvé le Royaume du naufrage dont il était menacé : mais nous savons aussi comme les bonnes & saintes intentions & résolutions de vos Majestés ont été souvent traversées par ceux qui pour leur intérêt particulier vous déguisent l'état de vos affaires, suppriment la vérité par diverses artifices, & abusent de la bonté, facilité & indulgence de vos Majestés », *Remontrances présentées au Roy par Nosseigneurs du Parlement, le vingt-uniesme may, 1615*, [s.l.n.], 1615, p. 30-31.

<sup>552</sup> Voir par exemple sur le fait des monnaies, la remontrance du parlement de Paris du 27 juin 1718. Après avoir évoqué les précédents judiciaires, le parlement avance ses arguments sur l'opportunité de l'édit en question : « À l'égard des inconvénients que l'édit entraînerait, ils sont sans nombre. Le commerce en général en souffrirait une perte irréparable, tant celui de dedans que celui qui se fait à l'étranger. Les entrepreneurs des manufactures de France ne peuvent soutenir leurs entreprises tant par la cherté dont les denrées nécessaires à la vie commencent à devenir que par l'augmentation des salaires qu'ils seraient obligés de donner aux ouvriers [...]. À l'égard du commerce étranger, la chose est bien sensible [...]. Le nouvel édit paraît avoir pour objet acquitter les billets de l'État ; cependant non seulement le porteur les perd en entier, mais encore une portion considérable de l'argent qu'il porte à la monnaie avec ses billets d'État [...] ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 81-82.

<sup>553</sup> Deux raisons principales de l'augmentation de l'influence politique des cours souveraines, et notamment du parlement de Paris : du point de vue politique, le rôle joué par le parlement avec l'arrêt Le Maistre à l'époque de la Ligue, puis la cassation du testament d'Henri IV et son intervention dans la composition de la régence ; du point de vue social, la vénalité des offices et le droit annuel – la paulette – entérinent une vision corporatiste et une perception de propriété de l'office plus. SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 374-375.

<sup>554</sup> Cette fonction politique des remontrances est attestée depuis le règne de François I<sup>er</sup>, notamment au moment de son enlèvement par Charles V et de la régence de Louise de Savoie. Elle semble avoir une fonction similaire à celle des doléances des états, dans la mesure où elle se présente comme un examen d'un ensemble de politiques de la royauté. Voir sur ce sujet : STOCKER, Christopher W., « The politics of the parlement of Paris in 1525 », *FHS*, Duke University Press, Vol. 8, No. 2, 1973, p. 191-212. C'est globalement la vision des « Politiques » après la Saint-Barthélemy : BROCH, Julien, *L'école des « Politiques » (1559-1598)*..., *op. cit.*, p. 374-380.

<sup>555</sup> Malgré le fait qu'elles sont motivées par la cassation faite par le Conseil du roi de son arrêt du 28 mars 1615.

<sup>556</sup> Sur les finances : *Remontrances présentées au Roy par Nosseigneurs...* *op. cit.*, p. 23-30.

les grands du royaume peut *de motu proprio* suggérer un programme politique au monarque, même si elles maintiennent les *topoi* de la rhétorique parlementaire du XVI<sup>e</sup> siècle – tant pour la doctrine que pour les exemple historiques<sup>557</sup>. La couronne, pour sa part, s’oppose fermement à la vérification à partir du règne de Louis XIII, car elle perçoit cette procédure comme une immixtion politique dépassant la fonction de justice des cours souveraines.

Profitant des conditions de faiblesse caractéristiques des régences, la Fronde parlementaire de 1648<sup>558</sup> pousse encore plus loin la logique des remontrances de 1615. Le parlement de Paris réclame la vérification des édits du roi enregistrés en lit de justice, ce qui met en danger l’idée de l’« unicité de la souveraineté, mais souveraineté collégiale »<sup>559</sup>. Aussi, l’arrêt d’union des cours souveraines parisiennes en mai 1648 renforce chez la régence d’Anne d’Autriche la perception que la magistrature tente de lui imposer un « agenda législative »<sup>560</sup>. La déclaration de juillet 1648 des cours souveraines parisiennes assemblées dans la Chambre Saint-Louis<sup>561</sup> illustre cette

---

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 5-12.

<sup>558</sup> L’analyse de Voltaire est en ce sens très pertinente : « De l’humiliation où le Parlement fut plongé par le Cardinal Richelieu, il monta tout d’un coup au plus haut degré de puissance, immédiatement après la mort de Louis XIII. Le duc d’Epernon l’avait forcé, les armes à la main, de se saisir du droit de donner la régence à Marie de Médicis. Ce nouveau droit parut aux yeux d’Anne d’Autriche aussi ancien que la monarchie. Il l’exerça librement dans toute sa plénitude. Non seulement il déclara la reine régente par un arrêt, mais il cassa le testament de Louis XIII comme on casse celui d’un citoyen, qui n’est pas fait selon les lois. La régente et la cour étaient bien loin alors de douter du pouvoir du parlement, et de lui contester une prérogative dont elles tiraient tout l’avantage », VOLTAIRE, *Histoire du Parlement*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 16, *op. cit.*, p. 35.

<sup>559</sup> L’expression est de KRYNEN, J., *L’idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 223. En janvier 1648, l’avocat du roi Omer Talon est favorable à la vérification des édits enregistrés en lit de justice : « c’est une espèce d’illusion dans la morale et de contradiction dans la politique de croire que des édits, qui par les lois du royaume ne sont pas susceptibles d’exécution jusques à ce qu’ils aient été apportés et délibérés dans les compagnies souveraines, passent pour vérifiés lorsque Votre Majesté les a fait lire et publier en sa présence », TALON, Omer, *Mémoires*, Tome II, Paris, Foucault, 1827, p. 116. Un historien de la Fronde voit dans cette prétention le germe d’un « parlementarisme absolu », KOSSMAN, Éric, *La Fronde*, Leiden, Université Pers Leiden, 1954. Cité par : CARBASSE, Jean-Marie, LEYTE, Guillaume et SOLEIL, Sylvain, *La monarchie française du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle à 1715. L’esprit des institutions*, Liège, SEDES, 2000, p. 53.

<sup>560</sup> L’arrêt d’union du 13 mai 1648, qui fait dire à la régente ces mots : « La Reine ayant sçu [*sic*] qu’on insiste encore et que l’on veut continuer les assemblées sur ce sujet, elle a voulu elle-même faire déclarer sa volonté et vous faire défenses très expresses de vous assembler quant à présent, à peine d’encourir son indignation, qu’elle fera ressentir à ceux qui contreviendront avec telle sévérité que les marques demeureront à la postérité », LE BOINDRE, Jean, *Débats du Parlement de Paris pendant la minorité de Louis XIV*, Paris, Honoré-Champion, 1997, p. 101. Cet événement est également raconté par les magistrats de la Cour des aides dans : AN, série U-2509, fol. 373. La réponse du premier président du parlement de Paris Mathieu Molé du 27 juin 1648, consiste à montrer la légitimité des assemblées des cours souveraines, sur la base des exemples récentes : « Ils sont obligés de faire entendre à votre Majesté, que ce sont les mêmes personnes qui lui ont zélé l’exemple de mil six cent dix-huit, en laquelle année ils s’étaient assemblés pour le même dessein [...]. D’ailleurs tous les Registres sont chargés d’exemples pareils, d’Assemblées des Compagnies par l’ordre du Parlement : le Roi voulut alors les empêcher, & après avoir éprouvé leurs Assemblées & tout ce qui s’était passé, & même récompensé ceux qui en avaient la meilleure partie, ayant bien reconnue, qu’il ne s’était rien passé, que pour le bien de son service & le repos de son État, il est bien étrange, qu’une même cause, qui a produit autrefois des reconnaissances, ne produise à présent que menaces, injures & soupçons, quoi que ceux qui veulent faire cette Assemblée aient le même zèle, & la même affection au bien de l’État », *Journal contenant ce qui s’est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>561</sup> Il s’agit des 27 articles contenus dans les « Délibérations arrêtées en l’assemblée des Cours Souveraines tenues et commencées en la Chambre de Saint-Louis le 30 juin 1648 », *Journal contenant ce qui s’est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 12-22.

tentative, même si certains magistrats contestataires hésitent à hisser cette assemblée en tant que colégislatrice<sup>562</sup>.

La rhétorique parlementaire devient plus « populaire » au moment où les conflits sortent du palais et s'installent dans les rues. La vérification des actes d'arrestation des officiers de justice (mais pas exclusivement) est au centre du débat sur les limites de la volonté royale car elles mobilisent la population et penchent le rapport de forces en faveur de la magistrature<sup>563</sup>. La « sûreté publique », qui se concrétise avec l'article sur l'*habeas corpus* de l'assemblée des cours souveraines de la Chambre Saint-Louis, échappe dans le discours à toute logique de privilège et place de surcroît le parlement de Paris en tant que garant des libertés des « individus »<sup>564</sup>. Ainsi, les prétentions relatives à la vérification des actes royaux portent le germe d'une représentation « populaire » ; les pamphlets de l'époque favorables à la magistrature partagent également cette vision<sup>565</sup>. Elle sera par ailleurs centrale pour le discours de la magistrature dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>566</sup>.

Or au-delà du conflit théorique entre la souveraineté « une et indivisible » et la procédure de vérification – dans sa fonction de jugement de l'opportunité de l'acte –, cette dernière demeure le moyen principal de la magistrature pour « négocier » le contenu des normes d'origine royale<sup>567</sup>. La double légitimation que la procédure de

---

<sup>562</sup> Par exemple, le magistrat du parlement de Paris Pierre Broussel : « [il s'agit] d'une assemblée [...] dans laquelle on n'a jamais aucun pouvoir de rien résoudre, non par ce même de décréter contre ce qui que [*sic*] ce fait, et donc la fonction les résout à faire des propositions, et donner les mémoires nécessaires dans les affaires sur lesquelles chaque compagnie pour après établir les résolutions ». AN, Série U-336, fol. 147.

<sup>563</sup> Notamment pendant la journée des barricades du 26 août 1648. Les mots du premier président Mathieu Molé à la reine sont une commination face aux troubles dans les rues Paris, produites en raison des arrestations des magistrats du parlement de Paris Pierre Broussel et René Potier de Blacmesnil : « Qu'il n'y avait aucun dessein de forcer la justice et la bonté, par menaces [...], mais qu'il était obligé de représenter à Sa Majesté l'État de la Ville, laquelle était toute en armes, et le peuple réellement ému, que la Compagnie aurait été suivie de plus de 50000 hommes en armes, si elle n'eut fait les efforts pour les empêcher par l'espérance qu'elle leur a donné de la Justice et Clémence de Votre Majesté. Nous avons même entendu des voix pendant notre chemin, que nous n'oserions faire entendre à Notre Majesté ». AN, série U-336, fol. 404.

<sup>564</sup> Les conférences de Saint-Germain-en-Laye au mois d'octobre 1648 montrent les prétentions du parlement de Paris, qui oscillent entre une logique de privilège et une portée populaire de la garantie de la « sûreté publique » : *Journal contenant tout ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 90-101. Sur ce sujet, voir notre étude : HERNANDEZ VELEZ, Juan, « Les paradoxes du discours de la magistrature ancienne : la défense de la "sûreté publique" pendant la fronde parlementaire (1648-1649) », *Mémoires de la SHDB*, 2017 (article à paraître).

<sup>565</sup> Un libelle du début de 1649 écrite par Jean Jobert s'intitule *Importantes veritez pour les parlemens. Protecteurs de l'Estat, conservateurs des loix, et peres du peuple...*, Paris, Jacques de Villery, 1649. Voir notre étude : HERNANDEZ VELEZ, Juan, « Pamphlet Literature Reflecting Parliamentary Opposition at the Time of the French Fronde : the Example of the Mazarinades (1648-1649) », *History of Law and Other Humanities : Views of the Legal World Across Time*, Virginia Amorosi et Valerio Massimo (dir.), Serie de Monografias : Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2019 p. 299-313.

<sup>566</sup> La thématique des parlementaires « pères du peuple » (dont le parlementaire Pierre Broussel se fait l'écho à l'époque de la Fronde) devient au XVIII<sup>e</sup> siècle celle de la représentation de la Nation. SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 150 et 228-232.

<sup>567</sup> Francesco di Donato et Robert Carvais soulignent ce point dans leurs articles respectifs ; ainsi que la difficulté pour les chercheurs de trouver les traces de ces négociations, qui ne se trouvent jamais dans les sources officielles. CARVAIS, R., « La procédure de vérification... », *op. cit.*, p. 270-275 ; DI DONATO, F., « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique... », *op. cit.*, p. 257-259 et 267-271.

vérification entérinée entre la royauté et la magistrature<sup>568</sup> impose en même temps une idée de concertation et assure, *in fine*, l'application de la norme. Ainsi, le moment d'enregistrement de l'acte normatif est un acte politique « performatif » au sens fort. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les cours souveraines mettent en valeur cette performativité politique de l'enregistrement, de même que la doctrine favorable à la vérification. Les remontrances du parlement de Paris de 1760 sur les édits bursaux l'explicitent ainsi :

« Cette vérification, nécessaire pour donner à toutes les lois le caractère d'authenticité auquel les peuples reconnaissent l'autorité qui doit les conduire, n'est pas moins intéressante pour les sujets, ni moins utile aux vues du Souverain [...]. En effet, les lois bursales peuvent souvent devenir infructueuses, si l'exécution n'en est facile, prompte et universelle, et si l'acquiescement des peuples n'est alors ni le titre ni le principe de leur obéissance, il en est du moins le ressort le plus puissant, puisque cette soumission, indispensable par la nature du titre qui l'exige, devient, par la confiance qui l'inspire, une soumission libre, volontaire et l'effet le plus prompt du zèle et de l'amour. La source de cet acquiescement, qui ajoute encore à l'obéissance, n'est autre chose que la confiance des peuples sur l'utilité, sur la nécessité, sur la possibilité de l'imposition, et cette confiance, que le pouvoir suprême, quelque juste qu'il soit, n'inspire pas seul, est une suite de l'examen libre, après lequel la vérification de la loi atteste la justice de ses motifs et la nécessité de son exécution. »<sup>569</sup>

Parmi les différents moyens de la magistrature de « négociateur » la véracité du contenu des actes royaux, la publicité de ses remontrances devient une arme redoutable. La vérité institutionnelle provenant des *arcana imperii*<sup>570</sup> – et parmi ces arcanes la procédure d'enregistrement – est pour ainsi dire *dévoilée* à « l'opinion publique »,

---

<sup>568</sup> « Le rapport qui s'instaure entre roi souverain et hommes de robe produit donc une légitimation réciproque : le roi légitime les juristes en leur déléguant les fonctions juridictionnelles et en gouvernant par leurs conseils ; les juristes, de leur côté, légitiment le roi à travers les fondements juridiques tirés du corpus du droit (légitimation textuelle) soutenant ensuite que ces valeurs étaient censées être corroborées par le consentement des peuples civilisés (légitimation consensuelle) », DI DONATO, Francesco, « La puissance cachée de la robe. L'idéologie du juriste moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, études rassemblées par Olivier Cayla et Marie-France Renoux-Zagamé, Paris, LGDJ, Publications de l'Université de Rouen, 2002, p. 99.

<sup>569</sup> Remontrances du parlement de Paris du 20 janvier 1760, FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 273.

<sup>570</sup> Sur l'évolution des *arcana imperii* à l'époque médiévale et à l'époque moderne : *Arcana imperii : gouverner par le secret à l'époque moderne, France, Espagne, Italie*, André Sylvain, Philippe Castejon et Sébastien Malaprade (dir.), Paris, Les Indes Savantes, 2019 ; KANTOROWICZ, Ernst, « Mystères de l'État. Un concept absolutiste et ses origines médiévales », *Mourir pour la patrie*, Paris, PUF, 1984, 78-89 ; SANTAMARIA, Jean-Baptiste, *Le secret du prince. Gouverner par le secret à la fin du Moyen Âge. France, Bourgogne XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Champ Vallon, 2018 ; SENELLART, Michel, *Les arts de gouverner. Du régime médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995, p. 249-259.

justement au moment où la magistrature considère qu'elle est le lien entre la nation et le monarque. Revenant au discours exprimé au XVI<sup>e</sup> siècle – toujours sur la base des *arcana jirii* possédés par les rois<sup>571</sup> –, les cours souveraines entendent faire respecter les formes et procédures de la monarchie pour rendre les normes efficaces – les « accepter comme vraies » et finalement les appliquer.

Néanmoins, le discours de la magistrature qui, à la fin de l'Ancien Régime, désigne les cours souveraines comme organes représentatifs, ne peut pas s'expliquer sans montrer la rationalité qui justifie et fonde l'existence même de l'institution. Elle a en principe la *jurisdictio* – dire le droit de manière apodictique –, donc le pouvoir d'établir la vérité judiciaire. Or cette dernière est également façonnée par le principe de respect de la procédure, qui garantit son accord avec les objets qu'elle prétend énoncer.

## §2. *La vérité inhérente à l'ordre judiciaire*

Dans la ligne de la réflexion de Niklas Luhmann sur la conception « classique » de la procédure<sup>572</sup>, les juristes d'Ancien Régime considèrent que la fonction du procès judiciaire est de dévoiler la vérité. Leur croyance profonde en la justice a des origines théologiques. Le raisonnement se rapproche de celui qui permet d'identifier la *ratio legis* : les lois humaines sont un reflet de la loi divine, l'ordre judiciaire humain doit l'être tout autant de l'ordre de la justice divine (A) ; la royauté et la doctrine prônent l'affermissement de la justice institutionnelle *étatique* (B), en entérinant l'idée que la vérité du droit ne peut se dévoiler qu'en respectant l'ordre judiciaire (C).

### A. *L'image du divin dans l'ordre judiciaire temporel*

Sur le plan dogmatique, les présupposés de la pensée politico-juridique scolastique demeurent sous l'Ancien Régime : le pouvoir temporel est justifié par le fait qu'il doit ressembler à l'ordre divin constitué par Dieu – tout comme l'être humain

---

<sup>571</sup> DI DONATO, F., « La puissance cachée de la robe... », *op. cit.*, p. 102-106.

<sup>572</sup> Voir *supra*, dans l'introduction : p. 32-33.

est *imago dei*<sup>573</sup>. De ce principe résultent maintes notions qui expriment ce pouvoir, entre lesquelles se trouvent le *dominium* et la *jurisdictio*. Bien qu'elles ne soient pas exclusives de la tradition chrétienne, les canonistes et théologiens leur donnent un sens spécifique qui s'accorde avec une vision théocratique du pouvoir<sup>574</sup>. Celle-ci légitime à la fois la monarchie de droit divin et la pensée « constitutionnaliste » de la magistrature ancienne<sup>575</sup>.

De cette vision théocratique du pouvoir provient la loi en tant qu'ordonnement de la société : elle « situe » les êtres animés et les choses dans la place que Dieu leur a octroyé. Elle « resitue » de même les êtres animés et les choses qui ont été sujets au désordre par le péché et la corruption humains. Or la loi humaine a, elle aussi, sa place et ses conditions d'existence dans l'ordre créé par Dieu ; le législateur doit nécessairement le respecter. La *ratio* de la loi se manifeste donc dans la capacité que cette dernière a d'ordonner la cité des hommes à l'image de la cité de Dieu : elle fait partie d'un ordre qu'elle doit respecter et est organisatrice d'un ordre qui a une finalité immanente (le bien commun) et une eschatologie (le salut).

Toutefois, le roi médiéval – notamment aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles – légifère moins qu'il ne juge ; surtout, il ne légifère que pour mieux juger. En effet, la matière principale de l'intervention normative du roi médiéval est l'administration de la justice, tant seigneuriale que royale<sup>576</sup>. Sa *ratio* gît dans la recherche de la justice, ce qui veut dire sur le plan épistémologique la capacité de produire un savoir : la *vérité du droit*, ou plutôt la *vérité par le droit* « positif » élaboré par la royauté<sup>577</sup>. En ce sens, l'ordre judiciaire du pouvoir royal – conçu comme octroi de la « vraie justice » – doit écarter les techniques concurrentes de production du savoir. Il en résulte les interdictions fréquentes des pratiques telles que le duel judiciaire et, plus généralement, les

---

<sup>573</sup> RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 160-166. La pensée médiévale reprend de manière récurrente le thème de la Genèse sur la création de l'homme à image et ressemblance de Dieu, *ID.*, *Origines théologiques du concept moderne de la propriété*, Genève, Droz, 1987, p. 108-110.

<sup>574</sup> *Ibid.*, p. 158-163. En ce qui concerne la notion de *dominium* au Moyen Âge : RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques...*, *op. cit.*, p. 64-114.

<sup>575</sup> « À travers ces mutations, deux figures de l'État monarchique tendent peu à peu à s'arracher l'une à l'autre, et le discours du Palais permet de suivre cette lente dissociation. Elles se ressemblent par les formes institutionnelles, elles se différencient par l'esprit qui les anime », *ibid.*, p. 152. Voir également *infra*, les chapitres 3 et 4.

<sup>576</sup> Voir : LEMARIGNIER, Jean-François, *Le gouvernement royal aux premiers temps capétiens (987-1108)*, Paris, A. et J. Picard, 1965 ; BERGEROT, Guillaume, *La mission de justice du roi de Louis VI à Philippe Auguste*, Thèse de Doctorat en Histoire du droit, Université Paris 2, 2019, p. 126-244 ; MARTIN, Vincent, *La paix du roi (1180-1328) : paix publique, idéologie, législation et pratique judiciaire de la royauté capétienne de Philippe Auguste à Charles le Bel*, Paris, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2015. Pour le XIII<sup>e</sup> siècle, les travaux de Jean Hilaire montrent l'importance de la procédure dans la genèse de l'État : HILAIRE, Jean, « Le Roi et Nous, procédure et genèse de l'État aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *Revue Histoire de la Justice*, No. 5, 1992, p. 3-18.

<sup>577</sup> Voir *supra*, dans l'introduction : p. 29-32.

ordalies<sup>578</sup>, ainsi que l'encadrement des pratiques que diffèrent la détermination de la vérité<sup>579</sup>. À ces rationalités concurrentes dans l'administration de la justice, la royauté entend imposer la *ratio legis* que l'Église chrétienne a forgée depuis la réforme grégorienne<sup>580</sup>, à savoir, l'assurance de la justice par le biais des règles les plus enclines à forger un savoir qui légitime le pouvoir temporel sur les êtres humains.

Marie-France Renoux-Zagamé dresse le constat de la continuité de ces principes à l'époque moderne<sup>581</sup>. C'est en effet par la certitude que le pouvoir politique n'est qu'une image de l'ordre divin, que les juristes d'Ancien Régime cherchent la *ratio* de l'ordre judiciaire. Les parlementaires l'évoquent dès la fin du XV<sup>e</sup> siècle : la justice « est le préparatoire du trône de Dieu »<sup>582</sup>. Bodin même affirme que les hommes « sont vrais imitateurs de sa justice [de Dieu] »<sup>583</sup>, et que « le Prince est l'image de Dieu, [donc] il faut par même suite de raison, que la loi du Prince soit faite au modèle de la

---

<sup>578</sup> Les ordalies sont également condamnées par l'Église officiellement depuis le quatrième concile de Latran en 1215. Sur les rapports entre l'Église et les ordalies avant 1215, voir : ESMEIN, Adhémar, *Les ordalies dans l'Église gallicane au IX<sup>e</sup> siècle : Hincmar de Reims et ses contemporains*, Paris, Imprimerie Nationale, 1898 ; GRELEWSKI, Stefan, *La réaction contre les ordalies en France depuis le IX<sup>e</sup> siècle jusqu'au Décret de Gratien : Agobard, Archevêque de Lyon et Yves, évêque de Chartres*, Rennes, Nouvelliste, 1924. ; GAUDEMET, Jean, « Les ordalies au Moyen Âge : doctrine, législation et pratique canonique », *Recueils de la Société Jean Bodin, XVII, La preuve, 2*, Bruxelles, 1965 ; BALDWIN, John B., « The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 Against Ordeals », *Speculum*, N. 36, 1961, p. 613-636. En France, l'ordalie et le duel judiciaire sont interdits par Louis IX en 1258. Un demi-siècle après, en 1306, Philippe IV fait un règlement tolérant la pratique du duel judiciaire tout en la réduisant à certains cas. Si l'ordalie s'efface pendant le XIII<sup>e</sup>, le duel judiciaire continue à être utilisé jusqu'en 1547. Il sera remplacé par le « duel d'honneur », qui ne reconnaît une logique de vérité judiciaire, mais qui est tout de même persécuté par la royauté, notamment au XVII<sup>e</sup> siècle. De manière plus générale sur les ordalies : BARTLETT, Robert, *Trial by fire and water : the medieval judicial ordeal*, Oxford, Clarendon Press, 1986 ; CARBONNIERES, Louis de, « Le pouvoir royal face aux mécanismes de la guerre privée à la fin du Moyen Âge. L'exemple du parlement de Paris », *Droits*, n° 46, 2007/2, p. 3-18 ; LEMESLE, Bruno, *La main sous le fer rouge : le jugement de Dieu au Moyen Âge*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2006 ; *L'ordalie : modalités et rationalités d'une épreuve judiciaire*, sous la direction de Sylvain Soleil, Paris, Éditions Le Manuscrit, 2008. Voir sur le duel judiciaire : CHABAS, Monique, *Le duel judiciaire en France (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Saint-Sulpice de Favières, J. Favard, 1978 ; JAGER, Éric, *Le dernier duel : Paris, 29 décembre 1386*, Paris, Flammarion, 2015 ; MOREL, Henri, « La fin du duel judiciaire en France et la naissance du point d'honneur », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 42 (1964), p. 574-639 ; *Le duel entre justice des hommes et justice de Dieu : du Moyen Âge au XVII<sup>e</sup> siècle*, sous la direction de Denis Bjaï et Myriam White-Le Goff, Paris, Classiques Garnier, 2013.

<sup>579</sup> C'est-à-dire, le serment décisoire ou purgatoire, que d'après Dominique Barthélemy est différent de l'ordalie dans la mesure où celui-là « diffère » le châtement de Dieu au coupable. BARTHÉLEMY, Dominique, « Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IX<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles) », *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 1986, p. 193, note 6. Sur ce sujet, les lettres patentes de juillet 1280 de Philippe III portant abolition d'une coutume gasconne sont illustratives : il s'agit d'abolir une pratique qui consiste à acquitter, sous certaines conditions, un accusé qui fait un serment devant les reliques de Saint Séverin. Le serment vient donc déterminer presque automatiquement la vérité, empêchant l'ordre judiciaire royal de s'imposer. Exemple cité par : CARBASSE, Jean-Marie et VIELFAURE, Pascal, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 234.

<sup>580</sup> Sur le développement de la justice ecclésiastique à l'époque de la réforme grégorienne et par la suite : FOURNIER, Paul, *Les officialités au Moyen âge : étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France, de 1180- à 1328*, Paris, E. Plon, 1880 ; *Les officialités dans l'Europe médiévale et moderne : des tribunaux pour une société chrétienne*, Véronique Beaulande-Barraud, Martine Charageat (dir.), Turnhout, Brepols, 2014.

<sup>581</sup> RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Modèles divins de la recherche du juste. Leçons des juges de l'âge humaniste », *La légitimité implicite*, sous la direction de Jean Philippe Genet, Paris-Rome, Éditions de la Sorbonne, 2015, p. 379-400.

<sup>582</sup> Remontrances du parlement de Paris à Charles VIII de juillet 1498, cité par : MAUGIS, Edouard, *Histoire du Parlement de Paris : de l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV*, Tome I, Paris, A. Picard et Fils, 1913, p. 374. Voir le commentaire de RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, 161-164. Les traces de cette vision du pouvoir politique se retrouvent dans les remontrances du XVIII<sup>e</sup> siècle, malgré les changements substantiels des arguments de la magistrature, voir *infra* p. 175-180.

<sup>583</sup> BODIN, J., *Six Livres de la République*, *op. cit.*, p. 627-628.

loi de Dieu »<sup>584</sup>. Les guerres de religion galvanisent cette vision sacrale du pouvoir temporel, à laquelle sera opposée *a posteriori* la notion de monarchie de droit divin. Pourtant, durant la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, le « discours du Palais »<sup>585</sup> revendique la participation de la justice institutionnelle à la Justice en tant que finalité du pouvoir politique – elle est la « conservatrice des États »<sup>586</sup> –, tout en reconnaissant cette vision du pouvoir politique sans intermédiaire.

Ces réflexions ont des échos à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, en plein essor de la « centralisation administrative » de la royauté. D'Aguesseau revient à la fonction de justice du roi, fonction divine : « Les plus nobles images de la divinité, les rois que l'écriture appelle les dieux de la terre, ne sont jamais plus grands que lorsqu'ils soumettent toute leur grandeur à la justice »<sup>587</sup>. Il en est de même pour Jean Domat, en effet, qui distingue les catégories de puissance spirituelle (celle en charge de la *religion*) et de puissance temporelle (celle en charge de la *police*). Loin d'être opposés, ces deux univers s'accordent et se soutiennent mutuellement<sup>588</sup>. D'après lui, le pouvoir du ministère doit « inspirer & commander à chacun l'obéissance aux puissances temporelles, non seulement par un sentiment de crainte de leur autorité, & de peines qu'elles imposent, mais par un *devoir essentiel & par un sentiment de conscience & d'amour à l'ordre* »<sup>589</sup>. L'« amour à l'ordre » en charge de la police est davantage une

---

<sup>584</sup> À travers ce raisonnement, Bodin affirme le caractère absolu du souverain face au droit des gens « inique » et s'oppose à l'usage de l'esclavage dans le royaume de France. *Ibid.*, p. 161.

<sup>585</sup> Selon Marie-France Renoux-Zagame, il s'agit d'une « réflexion collective [qui] s'exprime à travers plusieurs types de discours : les plaidoyers des avocats, ceux des gens du Roi, les remontrances adressées par la Cour lors des refus d'enregistrement, et également les discours – harangues, mercuriales, discours d'ouverture – par lesquels, lors des séances solennelles de rentrée, Présidents et membres du Parquet rappellent aux conseillers et aux avocats les principes qui doivent les guider dans l'exercice de leurs charges ». RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>586</sup> *Le trésor des harangues faites aux entrées des roys, reynes, princes, princesses et autres personnes de condition*, Tome I, Paris, 1688, p. 5. Cité par : RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 167. Voir également la harangue de Mathieu Molé : « Les Loix qui font les fondements du bonheur des États, ne sont point les ouvrages des hommes, c'est Dieu qui en est l'auteur, & les Rois sont comme de riches canaux, par lesquels elles sont versées entre les mains des Juges, pour en faire la distribution à leurs Sujets [...] », *Le trésor des harangues, faites aux entrées des rois, reines, princes, princesses, & autres personnes de Condition*, Tome I, Paris, Bobin, 1680, p. 309.

<sup>587</sup> Il s'agit du Discours pour l'ouverture des audiences du parlement prononcé en 1693 sur l'indépendance de l'avocat. D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, Tome I, *op. cit.*, p. 7.

<sup>588</sup> « On ne peut douter que la religion et la police n'aient leur fondement commun dans l'ordre de Dieu [...]. Ainsi, c'est lui qui, dans l'ordre temporel de la police fait régner les rois, et donne aux souverains tout ce qu'ils ont de puissance et d'autorité. D'où il s'ensuit que la religion et la police n'ayant que ce même principe commun de l'ordre divin, elles doivent s'accorder et même se soutenir mutuellement, et de telle sorte que les particuliers puissent obéir exactement et fidèlement à l'un et à l'autre [...] ». DOMAT, Jean, *Traité des lois*, [reproduction fac-similée], Caen, Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1989, p. 30. Voir : RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Domat : du jugement de Dieu à l'esprit des lois », *Le Débat*, n° 74/2, 1993, p. 55-56.

<sup>589</sup> *Ibid.*, p. 30. Voir également : HEURTIN, Jean-Philippe, « Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Domat », *Jus Politicum*, n°10, 2013, notamment p. 36-41, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/Obliger-a-aimer-les-lois-Paradoxe-de-l-augustinisme-juridique-chez-Jean-Domat-733.html> (consulté le 23 juillet 2019).

référence à la justice divine rendue concrète dans l'ordre judiciaire et incarnée par le juge<sup>590</sup>.

Le discours de sacralisation du pouvoir politique monarchique au travers de la justice se heurte cependant à la concurrence des pouvoirs extérieurs. Les ordonnances et la doctrine vont donc s'attarder à montrer que la « vérité judiciaire » appartient exclusivement à la justice qui émane du souverain.

### ***B. La revendication d'un ordre judiciaire d'origine royale***

La construction dogmatique de la souveraineté au Moyen Âge est faite principalement à travers le rôle de justicier du roi<sup>591</sup>. Légistes et praticiens médiévaux conçoivent de prime abord la suprématie politique du roi dans un sens judiciaire : il ne peut être jugé par aucun pouvoir politique concurrent. Les *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir dépeignent un roi souverain par dessus tous parce qu'il « n'y a nul si grand au-dessous de lui qui ne puisse être traduit en sa cour pour déni de justice ou pour faux jugement et pour tous les cas qui touchent le roi »<sup>592</sup>. Par ailleurs, l'imposition d'un ordre monarchique sur le territoire féodal se développe par l'emprise sur les juridictions seigneuriales, urbaines et ecclésiastiques<sup>593</sup>. Or, cette entreprise n'est pas réalisée en interdisant ces justices, mais en encadrant leur capacité à produire la vérité judiciaire.

Les raisons externes qui expliquent la construction de la souveraineté judiciaire ne sauraient être traitées dans cette étude, malgré l'importance qu'elles revêtent<sup>594</sup>. En revanche, le discours dogmatique qui justifie ces nouvelles formes de production de la

---

<sup>590</sup> Sur la « théocratie judiciaire » chez Domat : RENOUX-ZAGAMÉ, M.-F., *Du droit de dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 117-146.

<sup>591</sup> Les aspects moraux de la fonction royale sont développés depuis l'époque carolingienne : DUBREUCQ, Alain, « Le prince et le peuple dans les miroirs des princes carolingiens », *Le Prince, son peuple et le bien commun. De l'Antiquité tardive à la fin du Moyen Âge*, Joëlle Quaghebeur, Hervé Oudart et Jean-Michel Picard (dir.), Rennes, PUR, 2014, p. 97-114 ; SASSIER, Yves, *Royauté et idéologie au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 123-188. Voir également : DESCIMON, Robert, « La royauté française entre féodalité et sacerdoce : roi seigneur ou roi magistrat ? », *Revue de synthèse*. Vol. 112, n° 3-4, 1991, p. 455-473.

<sup>592</sup> BEAUMANOIR, Philippe, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Salmon, 1900, Tome II, p. 265, §1515.

<sup>593</sup> Outre l'interdiction des ordalies, des duels judiciaires et l'encadrement du serment décisoire, la royauté utilise trois dispositifs pour saisir les affaires connues par les justices ecclésiastiques, seigneuriales ou municipale indépendante de la justice royale : l'appel, la prévention et les cas royaux. Voir : PERROT, Ernest-Valentin, *Les cas royaux : origine et développement et la théorie aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, Genève, Slatkine, 1975 ; RIOLLOT, Jean, *Le droit de prévention des Juges Royaux sur les Juges seigneuriaux : origines et développement de ce droit dans l'ancienne France en matière purement judiciaire*, Paris, Rousseau & Cie., 1931. Sur l'appel, voir *infra* p. 314-326.

<sup>594</sup> Michel Foucault mentionne de manière succincte ses raisons : FOUCAULT, M., « La vérité et les formes juridiques »..., *op. cit.*, p. 1447 et ss.

vérité permet de comprendre l'importance de l'*ordo judicarius* face aux particuliers<sup>595</sup>. Il est transmis par le biais des ordonnances sur la justice depuis le règne de Louis IX : le roi reconnaît sa « dette de justice » envers ses sujets, laquelle est étroitement liée à la moralisation des agents royaux<sup>596</sup>. Toute la justice « émane du roi », ce qui revient à dire qu'il ne peut pas y avoir de « vraie justice » en dehors de ce que le roi ordonne – ou dans de nombreux cas autorise.

À la fin du XV<sup>e</sup> siècle, l'ordonnance de Blois de 1498 réaffirme le principe, tout en faisant une référence aux justices concurrentes. Dans son préambule, Louis XII rappelle que la justice est la vertu cardinale « par laquelle les rois règnent et les seigneuries s'entretiennent quand ils la font bien et dûment rendre et administrer à leurs sujets »<sup>597</sup>. L'identification de la justice à la figure du roi veut notamment imposer le contenu des dispositions normatives aux justices qui ne relèvent pas historiquement de son autorité ; pour « se tenir », elles doivent désormais suivre ces dispositions. Or les ordonnances royales de cette époque font très peu de références, et imposent encore moins de règles proprement prescriptives, à l'égard des justices seigneuriales<sup>598</sup>.

C'est à partir de l'édit de Crémieu de 1536<sup>599</sup> que les actes normatifs royaux portant sur tout le territoire du royaume commencent à évoquer la justice seigneuriale<sup>600</sup>. Le roi protège théoriquement cette justice, ce qui semble paradoxal, comme lors de la déclaration de Compiègne de février 1537 : « Et voulons et nous plaît, que tous et chacun nos vassaux ayant justice, l'exercent et fassent exercer entre toutes personnes nobles et plèbes : et en toutes causes et matières, dont la connaissance leur a appartenu et appartient »<sup>601</sup>. Par ailleurs, les actes normatifs royaux (ordonnances et édits) relatifs à la justice pendant le XVI<sup>e</sup> siècle entérinent une frontière poreuse entre

---

<sup>595</sup> *Contra* : « Aucune référence à un sujet de connaissance et à son histoire interne ne rendrait compte de ce phénomène [l'établissement de la vérité à partir de procédures juridiques différentes aux précédentes]. C'est seulement l'analyse des jeux de force politique, des relations de pouvoir qui peut expliquer le surgissement de l'enquête », *ibid.*, p. 1453.

<sup>596</sup> L'ordonnance de 1254 fait plusieurs injonctions aux agents de justice (sénéchaux, baillis, viguiers). ISAMBERT, Tome I, p. 264-265.

<sup>597</sup> ISAMBERT, Tome XI, p. 332.

<sup>598</sup> « Selon les principes établis au cours du Moyen Âge, toute justice émane du roi et n'est exercée par l'Église, les villes ou les seigneurs, qu'avec le consentement du roi et sous le contrôle des officiers royaux. Pour autant, il n'y a rien à relever, avant les années 1530, dans les textes où il pourrait être question de la justice seigneuriale en même temps que de la justice royale. Les choses changent dans la seconde partie du règne de François I<sup>er</sup> ». FOLLAIN, Antoine, « De l'ignorance à l'intégration. Déclarations, édits et ordonnances touchant la justice seigneuriale aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Les justices de village : Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution*, Antoine Follain et Véronique Sarrazin (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 126.

<sup>599</sup> Edit sur la prééminence des baillis et juges présidiaux, sur les prévôts, châtelains et autre juges inférieurs du royaume du 19 juin 1536. ISAMBERT, Tome XII, p. 504-510.

<sup>600</sup> Avant l'édit de Crémieu, l'édit de Joinville de septembre 1535 portant sur la réformation de la justice et de l'administration en Provence évoque également la justice seigneuriale. ISAMBERT, Tome XII, p. 416 et ss. Pour d'autres exemples ; FOLLAIN, A., « De l'ignorance à l'intégration », *op. cit.*, p. 127-128.

<sup>601</sup> Déclaration portant que l'édit de Crémieu ne s'applique pas aux juridictions seigneuriales, 24 février 1536 (dans le style de Pâques), ISAMBERT, Tome XII, p. 535.

la justice royale et la justice seigneuriale, et protègent davantage l'existence de cette dernière<sup>602</sup>.

Ces dispositifs favorables à l'exercice des justices extra-étatiques contrastent avec la critique doctrinale des juristes. En effet, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, certains s'empresent de démontrer que les justices non royales ont toujours été des « usurpations » faites par les seigneurs, les villes ou l'Église<sup>603</sup>. Partant, leur maintien résulte exclusivement de la tolérance du souverain, et non pas d'un droit qui serait extérieur à la royauté. En ce sens, le *Discours de l'abus de justices de village* de Charles Loyseau<sup>604</sup> est un *compendium* des idées communes aux juristes défenseurs de la souveraineté royale et de son lien indéfectible à la justice. Le reflet de l'ordre divin sur terre est encore une fois attesté : « Et c'est pourquoi en tant de passages de la sainte écriture les Juges sont appelés Dieux, comme ayant la communication & participation d'une des principales puissances de la divinité »<sup>605</sup>. Surtout, chose novatrice, Loyseau affirme que pour « tous les Philosophes anciens & modernes [...] la Justice appartient proprement & inséparablement à l'État »<sup>606</sup>. Outre la multiplication injustifiée des justices seigneuriales sur la base de leur assimilation aux arrières-fiefs<sup>607</sup>, l'auteur s'oppose à l'interprétation extensive que certains seigneurs – ou des juristes qui les défendent – font de la « tolérance » du souverain à l'égard de leurs prérogatives. En ce qui concerne les procès criminels, Loyseau considère que l'une des raisons principales de l'usurpation faite par la justice seigneuriale tient dans l'absence des règles de taxation des peines pécuniaires<sup>608</sup>. Ainsi, il justifie une idée de légalité de la peine par

<sup>602</sup> Voir la compilation d'actes royaux du XVI<sup>e</sup> siècle faite par FOLLAIN, A., « De l'ignorance à l'intégration... », *op. cit.*, p. 128-135.

<sup>603</sup> Au XVI<sup>e</sup> siècle, par exemple, Charles Dumoulin dissocie le fief matériel (la terre) de la fonction de justice. Celle-ci est considérée plutôt comme un fief immatériel donné par le souverain. Si l'auteur n'est pas systématiquement hostile aux justices concurrentes, il élabore un cadre conceptuel qui sera utilisé par ses successeurs. THIREAU, J.-L., *Charles Du Moulin (1500-1566)...*, *op. cit.*, p. 241-248. Une autre partie de la doctrine procédurale passe sous silence la procédure dans les justices seigneuriales comme par exemple : FORTIN, Macé, *Briefve instruction pour apprendre le stil & manière de procéder es Cours de Parlemens, & autres inférieures, en toutes instances & matières...*, Paris, Sertenas, 1560.

<sup>604</sup> LOYSEAU, Charles, *Discours de l'abus des justices de village*, Paris, L'Angelier, 1603. Selon Brigitte Basdevant-Gaudement, le *Discours* n'attaque pas l'ensemble de la justice seigneuriale mais seulement « [aux] plus bas degrés des juridictions seigneuriales », BASDEVANT-GAUDEMÉT, Brigitte, « Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau », *RHDFE*, vol. 80, No. 3, (juillet-septembre 2002), p. 283. Sur l'ouvrage de Loyseau, voir les remarques de : BRIZAY, François et SARRAZIN, Véronique, « Le discours de l'abus des justices de village : un texte de circonstance dans une œuvre de référence », *Les justices de village : Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution*, sous la direction d'Antoine Follain et Véronique Sarrazin, Rennes, PUR, 2003, p. 109-122 ; et DESCIMON, Robert, « Les paradoxes d'un juge seigneurial. Charles Loyseau (1564-1627) », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 27 | 2001, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/ccrh/1333> (consulté le 7 mars 2019).

<sup>605</sup> *Ibid.*, p. 35<sup>v</sup>°.

<sup>606</sup> *Ibid.*, p. 37<sup>r</sup>°. Nous soulignons.

<sup>607</sup> L'essentiel de l'argumentation se trouve dans : *ibid.*, p. 41-46.

<sup>608</sup> « Mais pour les [matières] criminelles, vue que les peines sont arbitraires en France & non taxées par ordonnances ni coutumes, c'est une absurdité, que pour vider la compétence du Juge ; il faille dès le commencement du procès arbitrer la peine : aussi cela est cause que les délits sont impunis pour ce qu'un bas Justicier ayant fait le procès à un délinquant, ne

le fait qu'elle serait un critère pour définir les contours de l'ordre judiciaire monarchique face à la justice seigneuriale<sup>609</sup>.

Certes, la justice seigneuriale est toujours qualifiée de subalterne par les thuriféraires de la monarchie, ce qui veut dire qu'elle peut toujours être théoriquement « saisie » par la justice royale<sup>610</sup> ; mais l'injonction de la justice royale ne s'impose pas à travers une interdiction *formelle* ou l'usage de la force physique. Elle est faite, comme le souligne Sylvain Soleil, à travers « l'incorporation par le droit »<sup>611</sup> et plus spécifiquement des formes juridiques produites par la royauté au sein de la justice seigneuriale ; de manière similaire à celle du processus de rédaction des coutumes évoqué précédemment<sup>612</sup>. Ainsi, en ce qui concerne les qualités des agents de justice, deux critères s'imposent graduellement : d'une part, les juges seigneuriaux ont la plupart du temps la même formation que les juges royaux, soit une formation universitaire, laquelle est favorable à la justice royale<sup>613</sup>. D'autre part, les juges seigneuriaux doivent faire un serment semblable à celui des juges royaux<sup>614</sup>, ce qui renforce la fonction d'une légitimation morale comparable à celle qui a imposée jadis Louis IX à ses propres officiers. Quant au droit appliqué par les juges seigneuriaux, on constate qu'ils appliquent essentiellement les actes normatifs royaux ou ceux des juges royaux (principalement les cours souveraines) pour régler les litiges<sup>615</sup>. La justice seigneuriale se fait ainsi « le relais de la législation et de la réglementation royales »<sup>616</sup>.

Depuis le Moyen Âge, le discours du roi « fontaine de justice » se concrétise en plusieurs dispositifs qui permettent incorporer, voire soumettre, les justices

l'auféra [*sic*] le procès à un délinquant, ne l'auféra [*sic*] condamner à plus haute amende, que de sept sols & six, peur de faire paraître, qu'il était incompétent [...], *ibid.*, p. 33r<sup>o</sup>-v<sup>o</sup>.

<sup>609</sup> Pourtant, on considère qu'il existe d'ores et déjà chez Loyseau une conscience des fonctions de l'État que contraste avec la notion de légalité de la peine qui sera développée plus tard par les juristes des Lumières.

<sup>610</sup> Ce qui est, pour Loyseau, même favorable aux seigneurs : « Je dis même qu'à bien considérer, le Roi ferait le bien & le profit des gentil-hommes, de leur ôter ces arrières-justices. Car outre qu'il déchargerait leur conscience & leur honneur des crimes qui se commettraient en leur détroit : il est bien certain que le juste profit, qui provient de ces petites justices ne suffit pas, pour payer annuellement les gages des Officiers d'icelles [...] », LOYSEAU, C., *Discours de l'abus des justices...*, *op. cit.*, p. 63r<sup>o</sup>-v<sup>o</sup>.

<sup>611</sup> SOLEIL, Sylvain, « Les justices seigneuriales et l'État monarchique au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'incorporation par le droit », *Les justices de village : Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution...*, *op. cit.*, p. 325-339.

<sup>612</sup> Voir : Chapitre 1, Section 1, §2.

<sup>613</sup> L'ordonnance de Orléans de 1561 dans son article 55 impose au candidat à la charge de juge seigneurial l'examen « par l'un de nos lieutenants ou plus ancien conseiller du siège [...] de leur bonne vie et mœurs », ISAMBERT, Tome XIV, p. 79. Un siècle plus tard, la déclaration de janvier 1680 impose explicitement au candidat à la charge de juge seigneurial d'être licencié, ISAMBERT, Tome XIX, p. 229.

<sup>614</sup> SOLEIL, S., « Les justices seigneuriales... », *op. cit.*, p. 330-332.

<sup>615</sup> *Ibid.*, p. 326-330.

<sup>616</sup> *Ibid.*, p. 330. L'historiographie récente sur le sujet souligne que la coexistence des justices seigneuriale et royale n'impliquait pas, dans la pratique, un antagonisme permanent. Voir : MAUNOURY, Corentin, « Les institutions judiciaires royale et seigneuriale dans le Maine au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales de Bretagne et des pays de l'ouest*, 121-1 | 2014, p. 51-83, disponible sur : <https://journals.openedition.org/abpo/2729> (consulté le 19 mai 2020) ; SOLEIL, Sylvain, « Le maintien des justices seigneuriales à la fin de l'Ancien Régime : faillite des institutions ou récupération ? L'exemple angevin », *RHDFE*, Vol. 74, No. 1 (janvier-mars 1996), p. 83-100.

concurrentes. L'insistance sur la rationalité des actes normatifs royaux permet de pallier les pratiques judiciaires externes au souverain, car elle suppose la capacité de dévoiler la vérité à l'origine d'un litige juridique.

### C. *L'ordo iudiciarius, apanage de la vérité institutionnelle*

Le double tournant dans le rapport entre le pouvoir politique et la vérité – qui est l'une des raisons de la réforme grégorienne – est le fondement dogmatique de ce que l'on appelle la *vérité de droit*<sup>617</sup>. Certes, cette notion a pu changer dès le Moyen Âge jusqu'à nos jours ; mais les présupposés qui permettent de conclure qu'il s'agit d'une vérité (ne serait-ce que *formelle*) sont étroitement liés à la conception de l'acte de juger que la tradition romano-canonique élabore pendant les derniers siècles de cette époque<sup>618</sup>. La notion d'ordre judiciaire – à savoir, l'*ordo iudiciarius* qui fait partie d'un *ordo iuris* à la fois immanent et transcendant<sup>619</sup> – est centrale parce qu'elle désigne les règles au travers desquelles la vérité de droit est dévoilée.

L'expression *ordo iudiciarius* désigne deux choses à la fin du Moyen Âge : d'abord, les textes de la pratique romano-canonique devant les tribunaux (tant de l'Église que des pouvoirs temporels) qui commencent à surgir au XII<sup>e</sup> siècle<sup>620</sup>. Ensuite, l'ensemble de principes intangibles relatifs à l'administration de la justice ; ou bien – se plaçant du point de vue des particuliers – aux règles concrètes qui découlent de la dette de justice du souverain face aux sujets<sup>621</sup>. Parmi ces principes/règles liés à l'ordre judiciaire, en matière civile, l'action est conçue comme un droit subjectif – le « droit d'agir en justice » – depuis Placentin : au-delà des actions fondées sur des *causæ*

<sup>617</sup> Voir : FOURNIER, Paul, « Un tournant de l'histoire du droit 1060-1140 », *NRHDFE*, Vol. 41 (1917), p. 129-180, MAZEL, Florian, « Vérité et autorité : y a-t-il un moment grégorien ?, *La vérité : Vérité et crédibilité : construire la vérité dans le système de communication de l'Occident (XIII<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, Jean-Philippe Genet (dir.), Paris/Rome, Éditions de la Sorbonne, 2015, p. 323-348.

<sup>618</sup> JACOB, Robert, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacre en Occident*, Paris, PUF, 2014, notamment les chapitres 3, 4, 5 et 6.

<sup>619</sup> « Une valeur – immanente – la nature des choses, une valeur – transcendante – le Dieu nomothète de la tradition canoniste, l'un en harmonie absolue avec l'autre selon les préceptes de la théologie chrétienne, constituent un *ordo*, un *ordo iuris* ». Citation de Paolo Grossi (*L'ordine giuridico medievale*, Rome-Bari, Laterza, 1995, p. 14), d'après la traduction de QUAGLIONI, Diego, *À une déesse inconnue : la conception pré-moderne de la justice*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2003, p. 45.

<sup>620</sup> FOWLER-MAGERL, Linda, « "Ordines iudicarii" and "Libelli de ordine iudiciorum" : from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century », *Typologie des sources du Moyen Âge*, fascicule 63, Turnhout, Brepols, 1994 ; PEREZ MARTIN, Antonio, « El *ordo iudiciarius* « *Ad summariam notitiam* » y sus derivados. Contribución a la historia de la literatura procesal castellana », *Historia, instituciones, documentos*, N° 8, 1981, p. 195-266.

<sup>621</sup> PENNINGTON, Kenneth, « Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the *Ordo Iudiciarius* », *Revista Internazionale di diritto comune*, 1999, p. 9-47 ; *ID.*, *The prince and the law, 1200-1600 : sovereignty and rights in the western legal tradition*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 119-164.

spécifiques et celles qu'il assimile à une action *in factum* (de revendication et de restitution de la chose), il existe une *tertium actionem* « fondée sur la *ratio* »<sup>622</sup>. En matière criminelle, le principe à la base de l'ordre judiciaire est la défense ; c'est-à-dire, le fait d'être entendu après l'accusation<sup>623</sup>. Dans les deux cas, l'acte performatif des particuliers – l'action du demandeur au civil, l'audience de l'accusé au criminel – entame un rapport de réciprocité avec le pouvoir public dont la vérité est l'enjeu principal. D'une part, les parties tant au civil qu'au criminel doivent « dire vrai » ; par conséquent, le rôle moralisateur du serment est central<sup>624</sup>. D'autre part, le juge doit respecter les règles de la procédure – et en particulier de l'enquête comme technique de production de savoir – car toute la vérité du droit réside en elles. Pour le juge, l'action de juger réside exclusivement dans le fait que l'ordre judiciaire lui permet de produire une vérité. Thomas d'Aquin l'évoque dans ces termes :

« Est-il permis au juge de juger contre la vérité qu'il connaît, à cause de faits qui lui sont présentés ? [...] Comme nous l'avons dit, le jugement appartient au juge selon qu'il exerce un pouvoir public. C'est pourquoi il doit former son opinion non pas selon ce qu'il sait en tant que personne privée, mais d'après ce qui est porté à sa connaissance en tant que personnage public. [...] Pour tout ce qui le concerne personnellement, l'homme doit former sa conscience d'après son propre savoir. Mais quand il exerce une fonction publique, il doit informer sa conscience par ce qu'il peut apprendre au tribunal. »<sup>625</sup>

---

<sup>622</sup> C'est-à-dire, une action « générique » qui ouvre l'accès au juge au-delà des actions qui ont un mot spécifique pour les désigner. L'ouvrage de Placentin est le *Libellus de actionum* (1160-1180). Selon Jean-Louis Halpérin, « les germes d'une conception subjectiviste de l'action étaient déjà présents en droit romain (à travers ce *jus perseguendi quod sibi debetur*), a fortiori chez les juristes médiévaux bien avant Occam, contrairement aux thèses de Michel Villey ». HALPERIN, Jean-Louis et NIBOYET, Marie-Laure « Agir en justice : la distinction de la substance et de la procédure », *Itinéraires de la procédure civile...*, *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>623</sup> L'argumentation de Guillaume Durand montre l'importance de la défense pour les juristes médiévaux : « *Et si proprium non habeat, abbas non privabit eum defensione, quæ excommunicatio, et etiam diabolo si in iudicio adesser non negatur* ». Cité par : PENNINGTON, K., « Due process, Community, and the Prince... », *op. cit.*, p. 36, note 91. Voir également : SHOEMAKER, Karl, « The Devil at Law in the Middle Ages », *Revue de l'histoire des religions*, n° 4, 2011, p. 567-586.

<sup>624</sup> Le rapport entre l'individu et le pouvoir politique incarné par le juge rejoint la *parrhêsia* grecque, comme « franc-parler », reprise par les auteurs de la patristique chrétienne : « *Parrhêsia*, étymologiquement, c'est le fait de tout dire (franchise, ouverture de parole, ouverture d'esprit, ouverture de langage, liberté de parole). Les Latins traduisent en général *parrhêsia* par *libertas*. C'est l'ouverture qui fait qu'on dit, qu'on dit ce qu'on a à dire, qu'on dit ce qu'on a envie de dire, qu'on dit ce qu'on pense pouvoir dire, parce que c'est nécessaire, parce que c'est utile, parce que c'est vrai ». FOUCAULT, Michel, *L'herméneutique du sujet*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2001, p. 348.

<sup>625</sup> *Somme théologique*, IIa-IIae, Q. 67, 2 (souligné dans le texte).

A l'époque moderne, cette conscience du pouvoir du juge de dire la vérité du droit est un acquis. Les plaidoiries des avocats<sup>626</sup>, les harangues et les discours des procureurs et des hauts magistrats renforcent cette idée, en faisant de l'ordre judiciaire une *nécessité*<sup>627</sup>. Dans la littérature procédurale, elle se développe principalement dans la réflexion et les commentaires faites sur les ordonnances portant sur la justice criminelle. Par exemple, dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, Pierre Ayrault affirme que les formalités dans un procès criminel sont un moyen pour trouver la vérité, notamment dans l'hypothèse qu'un accusé accuse à son tour l'accusateur pour le même crime. La raison en est que :

« Toutes les formalités de la justice ne tendent qu'à la vérité. Conséquemment tout ainsi que le marinier qui dresse toujours l'éguille là où il va, tourne néanmoins la peautre<sup>628</sup> maintenant ça, maintenant là, selon les vents, ainsi fera le juge, de ses formalités. Il les dirigera & accommodera au flambeau qui est sous la tour, c'est-à-dire à la vérité qu'il recherche. »<sup>629</sup>

Cette conception de l'ordre judiciaire *nécessaire* mais *malléable* est de prime abord une définition de principe. Néanmoins, elle peut tout de même avoir des conséquences pratiques très concrètes, tant « objectives » que « subjectives ». Un extrait de Louis le Caron, à propos de la « confiscation de biens adjudgée contre le condamné à mort par contumace, & de la purgation de son innocence après sa mort, & depuis les cinq ans »<sup>630</sup> les illustre particulièrement. L'auteur envisage deux réponses très différentes sur la base du respect de l'ordre judiciaire. Dans le cas de non-respect de l'ordre<sup>631</sup>, la purgation de la mémoire du condamné peut être demandée par ses parents même jusqu'à trente ans après la condamnation, alors que l'ordonnance de

---

<sup>626</sup> L'affirmation de l'avocat Simon Marion à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle en est la preuve : « Le juge est si astreint à la forme publique des prevues, *quae inducit veritatem juris*, qu'il ne peut au contraire suivre *veritatem facti* par le témoignage particulier de sa propre conscience, ni préférer la science qu'il a comme personne à celle qu'il a comme juge », MARION, Simon, *Plaidoyez et avis sur plusieurs grands et importants affaires*, Paris, Bouillierot, 1625 ; cité par : RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Ordre judiciaire et vérité du droit : le plaidoyer de l'avocat général d'Aguesseau dans l'affaire La Pivardière (1699) », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, p. 53.

<sup>627</sup> Voir la synthèse de RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 156-182.

<sup>628</sup> Bateau, Navire.

<sup>629</sup> Cette affirmation contient une certaine idée de rationalisation de la procédure qui s'oppose à l'automatisme supposé qui découlerait de la rigueur des formalités de justice. AYRAULT, Pierre, *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France*, Lyon, Cassis & Plaignard, 1642, p. 270, §20.

<sup>630</sup> LE CARON, Louis, *Responses su droict françois, confirmées par les arrests des cours souveraines de la France, et rapportées aux lois romaines, reveues, corrigées, & grandement augmentées et départies par nouvel ordre en sept livres*, Paris, [s.l.], 1596, p. 786.

<sup>631</sup> « Où le procès a été faite par juge incompetent, & par menées & voies iniques, pour opprimer l'homme innocent ». *Ibid.*, p. 786.

Moulins de 1566, article 28, prévoit seulement cinq ans. Quant à la confiscation, « [il] ne serait équitable de retenir au fisc les biens, qui lui ont été adjugés non par justice, mais par force, violence & iniquité »<sup>632</sup>. Dans le cas du respect de l'ordre judiciaire les biens demeurent confisqués même dans le cas de purgation de la mémoire du condamné. L'idée sous-jacente de l'auteur est la méfiance à l'égard du résultat (c'est-à-dire, du jugement) produit sans respecter les règles de l'ordre judiciaire. Il ne saurait en aucun cas être considéré comme une vérité.

Tout au long de l'Ancien Régime, les ouvrages sur la procédure de justice la conçoivent comme un *art*<sup>633</sup>, ou comme une *science*<sup>634</sup> : « L'art de procéder en Justice est une connaissance pratique, dont le Juge se sert, pour découvrir la vérité des choses & des actions, qui sont en contestation. La Vérité est la fin de cet Art [...] »<sup>635</sup>. Il contient bien évidemment de règles, *formalités*, conçues comme *nécessaires* :

« La bonté [des formalités] se doit juger, selon qu'elles sont capables de bien éclaircir les choses & d'en instruire les Juges, puisqu'elles ne tendent qu'à cette fin [...]. Ainsi, les formes qu'on y a introduites doivent être religieusement gardées & les Juges ne les peuvent pas suppléer, *parce qu'il ne s'agit que des faits qui ne s'éclaircissent que par elles* »<sup>636</sup>

L'affirmation précédente ne veut pas dire seulement que le juge est obligé de suivre les formes sous peine d'en tacher d'illégalité son office ; mais surtout que le *vrai* jugement – celui qui est fait à l'image du jugement divin – se constitue en raison de l'accomplissement des formes. Plus que d'une formalité conçue comme pure obéissance de la « forme introduite » par le souverain, elle est conçue comme condition ontologique *sine qua non* du jugement<sup>637</sup>. C'est dans ce sens que d'Aguesseau reconnaît

---

<sup>632</sup> *Ibid.*, p. 786.

<sup>633</sup> LASSERE, Louis, *L'art de procéder en justice, ou la science des règles judiciaires...*, Troisième édition, Paris, Huberson, 1698.

<sup>634</sup> Par exemple : COMPAIGNE, Bertrand, *La science des juges criminels, temporels et ecclésiastiques, ou les décisions des plus difficiles & importantes questions en matière criminelle...*, Lyon, La Rivière, 1656.

<sup>635</sup> Le texte continue sur ce qui est la vérité à l'intérieur d'un procès judiciaire : « La vérité contient deux points essentiels qui sont. Une conformité du discours avec les choses & les actions que nous exprimons par la parole. *Secundo*, un moyen de preuve interposé, qui nous fait voir cette conformité entre les discours & les choses signifiées, comme sont les titres & pièces justificatives d'une affaire », LASSERE, L., *L'art de procéder en justice...*, Troisième édition, *op. cit.*, p. 1-2.

<sup>636</sup> L'auteur semble en même temps donner un critère d'application des formalités, ce qui nous renvoie à une question : si l'interprète considère qu'une forme ne tend pas à l'éclaircir, peut-il l'écarter ? S'agirait-il d'un usage de l'équité concernant la norme procédurale, c'est-à-dire, de la formalité à remplir ? DE LA BIGOTIERE, René, *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont dans les fonctions publiques*, Paris, A. Dezallier, 1696, p. 275-276 (nous soulignons).

<sup>637</sup> « Ainsi fondées sur les *exempla* divins, les règles fondamentales qui organisent la marche du procès tendent d'abord, pour les esprits chrétiens, à bénéficier d'une irréfragabilité identique à celle de la Parole divine elle-même. Depuis des siècles,

l'importance de l'ordre judiciaire face aux difficultés posées par l'affaire de La Pivardière à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>638</sup>, dans lequel le juge se retrouve dans une impasse : un homme peut être à la fois « mort, vivant et disparu »<sup>639</sup>. Or, d'après d'Aguesseau, ce n'est pas en utilisant la rationalité individuelle de celui qui juge (et ainsi en se permettant d'aller au-delà, ou plutôt en deçà des règles données par l'ordre judiciaire) que l'affaire peut être dénouée *juridiquement*. Autrement dit, c'est par l'ordre judiciaire que la vérité de droit – celle qui l'emporte sur n'importe quelle autre, parce que *nécessaire* pour le pouvoir public qui reflète l'ordre divin<sup>640</sup> – peut être exprimée.

La rationalité des normes relatives à l'administration de justice est intimement liée à la production de la vérité. Celle-ci, on l'a vu, plus qu'une convention humaine est un reflet – imparfait, mais reflet tout de même – de la volonté divine. Mais si l'ordre judiciaire « induit la vérité du droit » en quelque sorte *objective*, parce que prétendant être apodictique, qu'en est-il de la justice dans l'application de la norme, laquelle peut-être davantage *subjective* ou *intersubjective* ?

---

théologiens et juristes s'accordent pour placer les règles de l'*ordo judicarius* au-dessus des règles ordinaires, en les déclarant inviolables. La nécessité d'une enquête, l'exigence d'un débat contradictoire, la liberté d'opiner lors de la délibération qui conduit au jugement, sont ainsi considérées comme liées à l'essence même de la justice », RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n° 39/1, 2004, p. 47.

<sup>638</sup> Pour un récit *in extenso* de l'époque de l'affaire : NUPIED, Nicolas, *Journal des principales audiences du parlement*, Tome V, Paris, Le Gras, 1736, p. 65-104. Sur cette affaire, voir également les analyses de RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Ordre judiciaire et vérité du droit... », *op. cit.*, p. 53-72 ; et d'HOAREAU, Jacqueline, « Henri-François d'Aguesseau et le temps de la justice : l'affaire de La Pivardière », *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, PULIM, 2004, p. 35-42.

<sup>639</sup> HOAREAU, J., « Henri-François d'Aguesseau et le temps de la justice... », *op. cit.*, p. 36.

<sup>640</sup> « Mais si la "vérité de droit" qu'"induit" l'ordre judiciaire n'est pas la vérité des choses, elle n'est pas davantage une vérité de convention, ce n'est pas la vérité d'un monde qu'instituerait l'homme : la voie juste n'est qu'une "trace presque imperceptible de lumière" [...], que Dieu permet aux hommes d'apercevoir lorsqu'ils respectent les règles qu'il leur a lui-même apprises. La justice des hommes n'a pas vocation à rétablir ici-bas l'ordre véritable qui devrait y régner. Mais elle est gage qu'il existe, et qu'il sera rétabli ». RENOUX-ZAGAME, M.-F., « Ordre judiciaire et vérité du droit... », *op. cit.*, p. 72.

## Section 2. La garantie de justice de l'application de la norme par la procédure

Au Moyen Âge, l'administration de justice est incontestablement un moyen d'affermissement de la souveraineté à l'égard des pouvoirs concurrents. Les travaux théoriques des légistes ainsi que la pratique des cours souveraines entérinent le rôle justicier du monarque. De la sorte, la justice royale est perçue comme plus juste – ou du moins comme moins arbitraire – que les justices concurrentes. Elle l'est notamment parce que toute une série de formalités se constituent dans la pratique judiciaire, ce qui bride dans une certaine mesure l'arbitraire des juges.

Dès le XV<sup>e</sup> siècle et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les ordonnances royales s'attardent largement sur l'administration de la justice. Les préambules de ces dispositifs affichent toujours un souci d'amélioration de l'application des normes pour rendre une justice plus expéditive ; l'enjeu étant de développer une justice plus rapide, moins coûteuse, et *in fine* plus efficace<sup>641</sup>. Les réformes de la procédure sont alors le moyen de parvenir à cette efficacité. À ce travail législatif s'ajoute la doctrine qui met l'accent sur la procédure comme moyen d'assurer une bonne administration de la justice. Elle le fait à travers les commentaires de la législation procédurale et la production d'une déontologie des juges et des praticiens<sup>642</sup>.

L'évolution de la pensée politico-juridique au cours des trois derniers siècles de la monarchie française peut être constatée dans les rapports entre le droit du procès et la garantie de justice de l'application des normes. Dans un premier temps (*grosso modo* les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles) un rapport « objectif » et institutionnel de la procédure s'impose, mettant en exergue le respect des formes exigé aux juges et aux parties pour garantir une administration efficace de la justice (§1). Dans un second temps (à partir de la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle), cette pensée conçoit un rapport plus « subjectif » de la procédure, insistant sur la complexité des formalités pour protéger la liberté des sujets – *citoyens* – face à l'État (§2).

---

<sup>641</sup> Voir : GAURIER, Dominique, « Les préambules des ordonnances françaises aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : propagande royale ou véritable programme législatif ? », *Légiférer, gouverner et juger : Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans*, Eric Bousmar, Philippe Desmette et Nicolas Simon (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016, p. 355-372 ; SEIGNALET-MAUHOURAT, François. « À ces causes... » *Essai sur les préambules des ordonnances royales aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>642</sup> La question des devoirs du juge sera traitée *infra* : p. 289-294. ; celle des devoirs des procureurs et des avocats : p. 362-372.

## §1. « Justice gist en formalité »

La formule de l'intitulé se trouve dans *L'ordre et l'instruction judiciaire* de Pierre Ayrault<sup>643</sup>. La justice est alors conçue comme une finalité *objective*, car elle est étroitement liée à la correspondance ontologique entre l'ordre judiciaire et la vérité de droit. L'application du droit substantiel – le raisonnement du juge qui « accorde » les faits à une norme juridique – est juste dès lors qu'elle suit les règles de la procédure imposées par le souverain. Dans cette approche, la conservation des institutions justifie la procédure et s'affirme avec la rigueur des formes de la justice criminelle (C), alors qu'une relative souplesse l'emporte en ce qui concerne les formes de la justice civile (A) et du « petit criminel » (B).

### A. Les formes dialogiques de la justice civile

Malgré l'importance majeure que revêt la justice civile, peu de travaux historiques se sont intéressés à l'ensemble de la procédure en cette matière, ainsi qu'à la dimension dogmatique de la normativité concernant la résolution des conflits entre particuliers<sup>644</sup>. Dans une démarche descriptive, l'historiographie considère – à l'instar des travaux d'Ernest Glasson – que la procédure civile en France est calquée sur la procédure romano-canonique de l'Église à partir de la fin du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>645</sup>. À la fin du Moyen Âge, les juridictions isolent conceptuellement les usages et les formes de la justice qu'elles adoptent, créant ainsi leurs « styles » de procédure<sup>646</sup>. En même temps,

---

<sup>643</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 3, §2.

<sup>644</sup> Sur ce sujet principalement les travaux de : JACOB, Robert, *La grâce des juges : l'institution judiciaire et le sacre en Occident*, Paris, PUF, 2014 ; COLSON, Renaud, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université de Nantes, 2003, 398 p.

<sup>645</sup> Pour l'auteur, les réformes de Louis IX au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle n'ont cependant pas suivi, pour des raisons politiques, la procédure canonique sur certains points. GLASSON, Ernest, « Les sources de la procédure civile française », *NRHDFE*, vol. 5 (1881), p. 401-431. Voir également : PERALBA, Sophie, « Des coutumiers aux styles. L'isolement de la matière procédurale aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *CRMH*, 7 | 2000, §28, disponible sur : <https://journals.openedition.org/crm/887> (consulté le 3 mai 2020). *Contra* : PASCHEL, Philippe, « Les sources du "Stilus Curiae Parlamenti" de Guillaume du Breuil », *RHDFE*, Vol. 77, No. 3 (juillet-septembre 1999), p. 311-326.

<sup>646</sup> « Des coutumiers aux styles, une inversion s'est opérée, la procédure est à ce point développée qu'elle attire à elle le fond du droit. La procédure n'est plus exposée comme la technique permettant d'obtenir la sanction de tel ou tel droit reposant sur la coutume, c'est à l'occasion de l'exposé du procès que certains points de droit sont évoqués ». PERALBA, S., « Des coutumiers aux styles... », *op. cit.*, §45.

cette dernière est l'objet d'une « conquête politique » de la part de la royauté<sup>647</sup>. Par ailleurs, la distinction entre la procédure civile et la procédure criminelle n'est pas opérée dans la législation royale que jusqu'aux ordonnances de Louis XIV de 1667 et 1670.

La raison de la norme procédurale dans les matières civiles consiste de prime abord à permettre aux sujets du roi le contact avec l'agent qui a la *jurisdictio*. Cependant, la procédure de l'époque moderne n'affiche pas la rigidité des formes du droit romain – y compris de la procédure formulaire. Elle revêt au contraire un caractère souple qui se justifie par sa finalité<sup>648</sup> : la justice commutative d'Aristote ou le « *sum cuique tribuendi* » des jurisconsultes romains. Elle suppose l'égalité d'accès au juge des parties<sup>649</sup>, telle que l'évoque François de Launay (†1696)<sup>650</sup> commentant l'ouvrage de Jean Boscager (†1687)<sup>651</sup> :

« Il est certain que la proportion Arithmétique, qui rend à chacun ce qui lui appartient, sans considérer ses vertus ou ses vices, est non seulement louable, mais elle est toute sainte : c'est pourquoi on la suit dans tous les Tribunaux de France, comme la règle qui enseigne aux Juges ce qu'ils doivent faire pour rendre la justice aux particuliers. »<sup>652</sup>

La garantie de justice dans l'application des normes substantielles en matière civile tient donc en principe à l'accès des sujets à une autorité qui va résoudre l'affaire. Cette dénomination aussi générale inclut les arbitres – ou « arbitrateur » – ; particuliers n'étant pas *magistrats* ou *juges* mais investis par les parties du pouvoir de résoudre un litige civil<sup>653</sup>. En ce sens, lorsqu'on évoque l'idée d'« accès à la justice », les

<sup>647</sup> THIREAU, Jean-Louis, « Les objectifs de la législation procédurale en France (fin XV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle) », *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, Paris, Éditions Juridiques et Techniques, 2008, p. 195-211.

<sup>648</sup> Ernest Glasson considère que l'élargissement du droit à l'action est également issu du droit canonique, car il « permettait d'agir, même quand aucune loi n'avait créé d'action ». GLASSON, E., « Les sources de la procédure civile française... », *op. cit.*, p. 420.

<sup>649</sup> « Le contraire [à l'égard de la justice distributive] s'observe [sic] dans la justice commutative, qui consiste à régler le commerce des hommes, les contrats & les intérêts des particuliers ; en quoi on garde la proportion Arithmétique, sans avoir égard à la dignité des personnes ». *Institution du droit romain et du droit françois divisée en IV livres par un auteur anonyme*, Paris, Guignard, 1686, p. 691 (souligné dans le texte). L'auteur de ces lignes est Jean Boscager.

<sup>650</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 615.

<sup>651</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>652</sup> *Institution du droit romain et du droit françois...*, *op. cit.*, p. 692. L'auteur de ces lignes est François de Launay.

<sup>653</sup> Pour Claude Le Brun de La Rochette ces deux figures font office de juge, malgré le fait qu'elles n'ont pas « juridiction propre ni déléguée, mais seulement des parties ». LE BRUN DE LA ROCHETTE, Claude, *Le proces civil et criminel divisé en cinq livres. Contenant en tables abrégées la Méthodique liaison du Droit & de la Pratique Judiciaire*, Rouen, L'Oyselet, 1619, p. 7. Pour une bibliographie sur l'histoire de l'arbitrage nous renvoyons à l'article de : LEFEBVRE-TEILLARD, Anne,

pratiques de l'arbitrage et de l'amiable composition doivent être intégrées en tant que modes de résolutions des conflits<sup>654</sup>.

L'acceptation des cas civils dans lesquels la reddition de la justice peut être laissée aux particuliers révèle que les formes qu'elle prenne relèvent d'une logique de concertation ou dialogique. Au XVI<sup>e</sup> siècle, Pierre Ayrault fait écho à cette idée dans *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire* :

« Les anciens avaient plus curieusement prescrit & ordonnée celle [la procédure judiciaire] qui touche les crimes, car ès matières civiles, le public, ne le particulier n'y a point si notable intérêt. De fait, elles se terminaient par arbitrer, ou bien les Magistrats les déléguaient. »<sup>655</sup>

Néanmoins, pour accomplir cette rationalité dialogique de la justice civile, certaines formes sont nécessaires. Parmi celles-ci, Philbert Boyer (†1601) considère l'ajournement comme « la première, principale & plus substantielle partie de l'ordre judiciaire », expliquant qu'il « a pris naissance, & première introduction de droit divin, & a été confirmé & approuvé de droit positif, sans lequel ne peut être procédé de droit & de coutume, en quelque Cour, & juridiction que ce soit »<sup>656</sup>. Louis d'Héricourt conforte cette opinion un siècle après, indiquant que l'ajournement permet d'entendre les deux parties et est « si naturel et si essentiel, qu'on ne peut avoir justice sur une demande qu'en la formant par cette voie »<sup>657</sup>. Depuis le Moyen Âge, cette formalité

---

« L'arbitrage de l'histoire », *APD*, Tome 52, 2009, p. 1-14, notamment la note de bas de page n° 1. Voir également, pour la fin de l'Ancien Régime : FERRAND, Jérôme, « Sur les différents pendans par devant la cour de parlement... Approche herméneutique de l'arbitrage moderne à partir des sources dauphinoises », *RHDFE*, Vol. 85, No. 1 (janvier-mars 2007), p. 23-58.

<sup>654</sup> Selon Claude Le Brun de La Rochette : « L'arbitrateur [...] est comme ami commun des parties, par-devant lequel n'est procédé par ordre Judiciel [*sic*], ains seulement est accordé pour pacifier leur différend, suivant s'il veut l'équité de son opinion, sans être tenu à l'observation d'aucune plus étroite formalité de Justice », *ibid.*, p. 8.

<sup>655</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 4, §3. Pour Yvonne Bongert, c'est à travers l'administration de justice des arbitres que la procédure romano-canonique, et notamment l'*inquisitio*, sont incorporées au royaume dès le XI<sup>e</sup> siècle. BONGERT, Yvonne, *Recherches sur les cours laïques du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1948, p. 159-182.

<sup>656</sup> BOYER, Philbert, *Le stile de la cour de Parlement, souveraine & capitale du royaume de France*, Tours, Montroeil & Richer, 1591, p. 15<sup>v</sup>-16<sup>r</sup>. L'auteur d'origine bourguignon est au XVI<sup>e</sup> siècle procureur au parlement de Paris : JOLY, Philibert Papillon, *Bibliothèque des auteurs de Bourgogne*, Tome I, Dijon, Philippe Marteret, 1742, p. 101.

<sup>657</sup> L'auteur de ces lignes est Louis d'Héricourt, qui complète l'œuvre de Domat : DOMAT, Jean, *Œuvres complètes*, Tome III, *Le droit public*, Paris, Firmin Didot père et fils, 1829, p. 570. À la même époque, Louis Lasseré explique l'importance de l'ajournement en termes historiques et moraux : « L'ajournement est le fondement de toute la Procédure judiciaire, l'Empereur Justinien l'appelle *principium instituendarum actionum* [...]. Anciennement la Citation par devant le Juge se faisait sans formalité, par une simple dénonciation verbale sur le champ : & où celui qui était cité venait volontairement par devant le Juge, & l'on procédait à l'Expédition du différend. S'il faisait refus de venir, l'Acteur pouvait le contraindre par force en le traînant au Tribunal du Juge, pour ouïr droit, parce que c'est une action louable en nos propres intérêts, de ne se pas faire justice à soi-même, mais de s'en rapporter au jugement d'un Arbitre éclairé ; c'est pourquoi dès qu'on propose cette voie ; & qu'on y résiste, c'est résister de mauvaise foi à un acte de Justice, c'est la raison pour laquelle la Loi permettait de contraindre : *vocatus in jus*,

doit être réalisée pendant la journée « pour éviter les fraudes, les surprises & les faussetés qui se pourraient commettre, s'il se pouvait faire de nuit »<sup>658</sup> : la rationalité de la norme procédurale va de pair avec la lumière. En outre, la rigueur de cette forme se retrouve dans les effets qu'elle peut avoir sur les parties, et notamment sur le défendeur : en premier lieu, concernant les actions réelles, les deux premières absences du défendeur résultent en condamnation aux frais dus au demandeur à travers d'une demande « *ad videndum adjudicare utilitatem defectus* » ; la troisième absence comporte le refus du droit à la défense et par conséquent le jugement favorable au demandeur. En second lieu, concernant les actions personnelles, la première absence du défendeur a comme conséquence la perte de la possibilité de proposer les exceptions déclinatoires ; la seconde, les exceptions dilatoires ; et la troisième, toute défense péremptoire<sup>659</sup>. Ces règles médiévales continuent à exister, *mutatis mutandis*, jusqu'à l'ordonnance de 1667<sup>660</sup>. Quant à leur rationalité, elle demeure intacte : les parties disposent d'une marge de manœuvre considérable dans le choix de la forme que la justice revêt. Si elles préfèrent le procès judiciaire à proprement parler – entendons étatique –, les formes de ce dernier seront plus rigoureuses car le rôle « apophantique » du juge est déclenché<sup>661</sup>. Or elles restent souples dans la mesure où l'accord entre les parties peut court-circuiter le pouvoir du juge. Ce choix des formes est également ouvert pour les affaires du « petit criminel ».

---

*confestim se qui vocantem cogebatur trahebatur* », LASSERE, L., *L'art de procéder en justice ou la science des moyens judiciaires nécessaire pour découvrir la vérité ; tant en matière Civile que Ciminelle*, Première édition, Paris, Bobin et Le Gras, 1676, p. 28.

<sup>658</sup> Selon Philippe Bornier, cité par : FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome I, p. 41. Selon Bornier, l'étymologie du mot est « *quasi in solem, id est, in diem dictio* : [...] comme il doit avoir le Soleil pour terme & pour témoin, il ne peut pas se faire dans l'obscurité & dans les ténèbres ». Ferrière, pour sa part, considère que l'étymologie du mot est « *in diem certum dictio* [...] un certain jour par devant le juge », cependant il « demeure d'accord que pour éviter surprises, un ajournement ne se peut donner de nuit ». Voir : BORNIER, Philippe, *Conférences des ordonnances de Louis XIV, avec les anciennes ordonnances du royaume, le droit écrit et les arrêts*, Paris, Les associés, 1729, p. 11-12.

<sup>659</sup> ENGELMANN, Arthur et alii., *A history of continental civil procedure*, Boston, Little Brown and Company, 1927, p. 684.

<sup>660</sup> « *All the earlier rules which had survived, requiring repeated default before the consequences of contumacy could be invoked, were abolished by the Ordinance of 1667* », *ibid.*, p. 725. L'ordonnance de 1667 ne contredit pas la logique dialogique de la procédure civile mais essaie de réduire les longueurs que les formes antérieures entraînaient.

<sup>661</sup> Ces formes sont divisées dans la catégorisation classique : information, instruction, jugement.

## **B. La souplesse relative des formes de la justice pénale**

La distinction actuelle entre la procédure civile et la procédure pénale/criminelle présente certaines différences avec la réalité normative et la pratique judiciaire de la monarchie française. Depuis le Moyen Âge, les juristes reprennent la division du droit romain concernant les procédures – ordinaire/extraordinaire<sup>662</sup> –, mais elle reste assez floue sur le plan normatif. Si les juristes médiévaux, tant civilistes que canonistes, affirment de plus en plus la nécessité de réprimer les comportements qualifiés de *crimes*<sup>663</sup>, la distinction conceptuelle d'avec les *délits* n'est guère évidente<sup>664</sup>. Par conséquent, sur le plan dogmatique, les formes de la justice pénale – assimilées par commodité aux actes entrant dans la catégorie de *délits* – revêtent une relative souplesse. Leur rationalité oscille en effet entre la justice dialogique et « intersubjective » du procès civil, et la justice « objective » du procès criminel<sup>665</sup>. La fluctuation est d'autant plus manifeste lorsqu'on observe le décalage entre la législation royale relative à la composition pénale et sa pratique (tant « infra-judiciaire » ou « extra-judiciaire »<sup>666</sup> que judiciaire).

---

<sup>662</sup> Voir *infra.*, p. 151-152.

<sup>663</sup> Ce qui montrent les adages de l'époque tel qu'*interest rei publicae ne maleficia remaneant impunita* (« Il est de l'intérêt général que les méfaits ne restent pas impunis ») ; ou bien, chez Albert Gandinus à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle : « *de jure civili iudices potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo* » (« en droit civil [romain] les juges de podestats connaissent de n'importe quel méfait par leur enquête d'office »). Voir sur ce sujet : CARBASSE, Jean-Marie, « Notes sur les fondements civilistes du *Pactum Pacis* médiéval », *Auctoritas, mélanges offerts à Olivier Guillot*, Giles Constable et Michel Rouche (dir.), Paris, Presse Universitaire de la Sorbonne, 2006, p. 385-396 ; *ID.*, « *Ne homines interficiantur* : quelques remarques sur la sanction médiévale de l'homicide », *Auctoritates. Xenia R.-C. Van Caenegem oblata*, Serge Dauchy et allii (dir.), Bruxelles, Académie Royale, 1997, p. 165-185 ; *ID.*, *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 127-131 ; FRAHER, Richard M., « The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages : "*Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita*", *University of Illinois Law Review*, No. 3, 1984, p. 577-595 ; GONTHIER, Nicole, *Le châtement du crime au Moyen Âge*, Rennes, PUR, 1998, p. 61-67 ; GOURON, André, « L'apport des juristes français à l'essor du droit pénal savant », *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 337-368.

<sup>664</sup> Pour les canonistes, voir : LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « Crime ou délit ? Le droit romano-canonique à la recherche d'un critère distinctif », *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, Tome III, *Straf- und Strafprozessrecht*, Mathias Schmoeckel, Orazio Condorelli, Franck Roumy (ed.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2012 (*Norm und Struktur*, 37/3), p. 37-54. Pour les civilistes et la doctrine d'Ancien Régime voir : *ID.*, « Crimes, délits et maléfices », *Doctrine et pratiques pénales en Europe*, Jean-Marie Carbasse et Maïté Ferret-Lesné (ed.), Montpellier, Faculté de Droit et de Science Politique de Montpellier, 2012, p. 97-109. Voir  galement : CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 339-342 ; GONTHIER, N., *Le châtiment au Moyen âge...*, *op. cit.*, p. 6-13.

<sup>665</sup> La distinction entre droit de la responsabilité et droit de la peine commence à être forgé à partir du XII<sup>e</sup> siècle : AUZARY-SCHMALTZ, Nada, « La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *RHDFE*, Vol. 77, No. 2 (avril-juin 1999), p. 163-190.

<sup>666</sup> Les historiens de la justice des Facultés de Lettres utilisent le terme « infra-judiciaire », car « l'état transforme les modes traditionnels de règlement des conflits en une infra-justice au statut inférieur, tolérée car subordonnée [...] », PIANT, Hervé, *Une justice ordinaire. Justice civile et criminelle dans la pr vot  royale de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2006, p. 211. Voir  galement : GARNOT, Benoît, « Justice, infrajustice, parajustice et extra justice dans la France d'Ancien Régime », *Crime, Histoire & Sociétés*, Vol. 4, N  1, 2000, p. 103-120 ; *L'infrajudiciaire du Moyen âge à l'époque contemporaine : actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995*, Benoît Garnot (dir.), Dijon,  ditions Universitaires de Dijon, 1996 ; SOMAN, Alfred, « L'infra-justice à Paris d'après les archives notariales », *HES*, 1982, 1<sup> re</sup> année, n  3, p. 369-375. Pour sa part, Jean-Marie Carbasse considère cette dénomination anachronique, car elle « laisse entendre qu'ils [les modes alternatifs de résolution des conflits] relèvent d'une pratique par nature inférieure à la voie proprement judiciaire – celle des tribunaux publics – », CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 19.

L'ordonnance de 1356 défend « à tous Justiciers tenant ou ayant Juridiction [...], sous peine de perdre leur Juridiction, qu'aucune personne mettent à composition *en cas de crime, ou autre excès* »<sup>667</sup>. Plus d'un siècle plus tard, l'ordonnance de 1493 de Charles VIII consacre la possibilité de transiger dans la matière, tout en affirmant le risque que « demeurent plusieurs grands crimes et délits impunis au grand détriment ou intérêt de la chose publique »<sup>668</sup>. Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'ordonnance d'Is-sur-Tille de 1535<sup>669</sup> de François I<sup>er</sup> apporte une précision car elle n'envisage que l'interdiction de composition pour les crimes<sup>670</sup>. Enfin l'ordonnance criminelle de 1670 interdit les compositions pour les « crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive », tout en acceptant les transactions en matière pénale<sup>671</sup>. Or, à l'époque moderne, la pratique judiciaire – notamment celle des cours souveraines – atteste que les parties résolvent souvent leurs litiges en matière pénale hors des tribunaux, même si la législation royale s'arroge le monopole des formes de règlement des conflits pénaux<sup>672</sup>.

La doctrine affirme de manière ambivalente la possibilité de transiger et de composer en matière criminelle<sup>673</sup>. D'une part, certains auteurs font une interprétation restreinte de la transaction en se référant au droit romain. Ils s'appuient sur la constitution *Transigere* de Dioclétien (293)<sup>674</sup>, laquelle dispose que les parties ne peuvent pas transiger ni pour les actes qui ne comportent pas la peine capitale ni pour l'adultère<sup>675</sup>. Cependant, pratiquement tous ces auteurs s'empressent d'affirmer que ces

---

<sup>667</sup> Article 9, cité par : GUÉNOIS, Pierre, *La grande conférence des ordonnances et édits royaux distribuée en XII livres...*, Tome I, Paris, Thierry, 1678, p. 441 (nous soulignons). Le texte diffère légèrement dans ISAMBERT, Tome IV, p. 822. Par ailleurs, certains traités évoquent d'autres précédentes médiévaux comme l'ordonnance de 1254 de Louis IX et l'ordonnance de 1302 de Philippe IV, voir par exemple : BRISSON, Barnabé, *Le code du roy Henry III roy de France et de Pologne...*, Paris, Mettayer & Huillier, 1601, p. 192<sup>v</sup>°.

<sup>668</sup> ISAMBERT, Tome XI, p. 242.

<sup>669</sup> Ordonnance sur l'administration de la justice en Provence, ISAMBERT, Tome XII, p. 424 et ss. (le recueil n'inclut pas l'article relatif à la composition).

<sup>670</sup> « [...] Nous ordonnons que toutes compositions des crimes, par gens ayant Justice & connaissance des cas criminels, & par Officiers, soient nôtres, ou autres, cesseront dorénavant [...] », cité par : GUÉNOIS, P., *La grande conférence des ordonnances...*, *op. cit.*, p. 441. Voir également les exemples concernant la possibilité de transiger dans : MARTINAGE, Renée, « Compromis, transaction, cession de droits en matière pénale », *CHJ@édition électronique, La résolution des conflits en matière pénale*, juillet 2011, p. 12, disponible en ligne : <http://chj.univ-lille2.fr/les-publications/editions-en-ligne/2-resolution-des-conflits/compromis/> (consulté le 2 avril 2019).

<sup>671</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 418.

<sup>672</sup> Et même avant, comme le constatent les registres du parlement de Paris au XIV<sup>e</sup> siècle, voir : MABIN, Tristan, *Transaction et justice publique : le premier registre des accords du Parlement de Paris (1320-1335)*, Thèse de Doctorat en Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, 252 p. Pour le XV<sup>e</sup> siècle, voir : ECKERT, Raphaël, « La transaction devant la chambre criminelle du parlement de Paris au début du XV<sup>e</sup> siècle : l'exemple de l'affaire Broquel », *CHJ@édition électronique, La résolution des conflits en matière pénale*, juillet 2011, disponible en ligne : <http://chj.univ-lille2.fr/les-publications/editions-en-ligne/2-resolution-des-conflits/la-transaction/> (consulté le 2 avril 2019).

<sup>673</sup> Nous suivons ici principalement : MARTINAGE, R., « Compromis, transactions... », *op. cit.*, *passim*, et WENZEL, Éric, « Une autre justice ? Les voies "alternatives" dans l'ancienne procédure criminelle », *CHJ@édition électronique, La résolution des conflits en matière pénale*, juillet 2011, disponible en ligne : <http://chj.univ-lille2.fr/les-publications/editions-en-ligne/2-resolution-des-conflits/une-autre-justice/> (consulté le 2 avril 2019).

<sup>674</sup> *CJ*, 2, 4, 18.

<sup>675</sup> Il s'agirait donc d'une interdiction légale sur la base du droit commun (entendons le *jus civile*).

règles concernent exclusivement « l'intérêt privé de [la] partie civile, mais jamais de la vindicte publique »<sup>676</sup>. D'autre part, les cours souveraines admettent l'usage : elles acceptent souvent les accords des parties relatifs à la renonciation de la dénonciation ou au désistement une fois le procès commencé, tant en matière pénale que criminelle. Ces accords ne sont théoriquement pas susceptibles d'arrêter eux-mêmes toute procédure en justice – soit en raison de la prérogative du ministère public, soit en raison du non-respect de l'accord ou du changement des circonstances du délit ou du crime<sup>677</sup>.

La critique doctrinale des transactions atteste l'usage. En effet, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les criminalistes avancent plusieurs arguments contre ces formes dialogiques de justice pénale et criminelle : sur le plan moral, ils condamnent l'impunité acceptée moyennant une rétribution pécuniaire (ce qui n'était pas forcément toujours le cas) et soulignent l'infamie sous-jacente<sup>678</sup> ; sur le plan pratique, ils signalent que la transaction peut entraîner le dépérissement des preuves<sup>679</sup>.

En outre, le choix des formes de la justice en matière pénale dépend largement de la qualification des faits que le juge opère après le premier interrogatoire de l'accusé. Depuis l'ordonnance de 1498<sup>680</sup>, le juge chargé de l'instruction peut « civiliser » une affaire alors qu'elle a été entamée comme criminelle :

« Civiliser, c'est recevoir en procès ordinaire, sur une procédure, qui était auparavant instruite criminellement. Les procès qui ont commencé par une plainte sont quelquefois civilisés, lorsque dans la suite de l'instruction le Juge connaît

---

<sup>676</sup> PAPON, Jean, *Instrument du premier notaire*, Volume I, Lyon, Jean de Tournes, 1585, p. 421 ; ainsi que son *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France, ordonnez par titres en vingt-quatre livres*, Paris, Fouët, 1610, p. 1301 Au XVI<sup>e</sup> siècle, voir parmi d'autres : AYRAULT, Pierre, *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 212, §25 ; DAMDHOUDERE, Joost de, *Pratique judiciaire es causes civiles...*, Anvers, Bellere, 1572, p. 269 ; DURET, Jean, *Commentaires aux coutumes du duché de Bourbonnois...*, Lyon, Rigaud, 1584, p. 492 ; IMBERT, Jean, *La pratique judiciaire tant civile que criminelle, receue, et observee partout le Royaume de France*, Paris, Chaudiere, 1604, p. 849. Au XVII<sup>e</sup> siècle : BOUCHEL, Laurent, *La bibliothèque ou tresor du droit français...*, Tome III, Paris, Girin & Rivière, 1671, p. 781 ; LANGE, François, *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou nouveau praticien françois, réformé suivant les ordonnances*, Paris, Girard, 1694, p. 122 ; L'HOMMEAU, Pierre de, *Maximes générales du droit français, divisées en trois livres...*, *op. cit.*, p. 140 ; Au XVIII<sup>e</sup> siècle : BRUNEAU, Antoine, *Observations et maximes sur les matières criminelles...*, Paris, Cavelier, 1715, p. 270.

<sup>677</sup> Quelques exemples dans : MARTINAGE, R., « Compromis, transactions... », *op. cit.*, p. 15-17.

<sup>678</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

<sup>679</sup> DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, Tome IV, éd. de 1775, p. 187, cité par : MARTINAGE, R., *ibid.*, p. 18. L'auteur fait mention également des juristes favorables à la pratique : « qui permet de mettre un terme rapide à la contestation, comme Denisart ou Serpillon. D'autres, enfin, rappellent que ces arrangements amiables sont conformes à la charité chrétienne, favorable au pardon des offenses, à la réconciliation et à la paix », *ibid.*, p. 18.

<sup>680</sup> Art. 118 et ss., ISAMBERT, Tome XI, p. 367-368. Les ordonnances de 1539 et 1670 confirment ces dispositions. CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 215-217.

qu'il n'y a pas lieu de procéder criminellement : auquel cas il convertit les informations en enquête, sauf reprendre à l'extraordinaire, si le cas y échet. »<sup>681</sup>

Si le terme « civiliser » est inexact du point de vue légal – tel que le souligne le conseiller Pussort au moment de la rédaction de l'ordonnance criminelle<sup>682</sup> –, il montre tout de même que le changement de la qualification des faits par le juge modifie la rationalité de la procédure à suivre<sup>683</sup>. La doctrine le constate aussi : « civiliser » le procès entraîne l'augmentation des moyens de défense de l'accusé – les formes de l'information criminelle sont remplacées par celles de l'enquête civile<sup>684</sup> –, de telle sorte que la justice pénale relève encore une fois des formes dialogiques du procès civil. Or le juge peut aussi modifier la qualification des faits dans le sens inverse, activant les formes de la justice criminelle pour les procès commencés par la voie civile. Dans ces cas, toute la rigueur des formalités de la justice doit s'imposer.

### C. La rigueur des formes de la justice criminelle

À la fin du Moyen Âge, la justice criminelle – réunie dans la notion de *cas royaux* – est perçue comme la plus importante pour conserver la souveraineté royale. En effet, elle juge, selon les mots de Jean-Marie Carbasse, « ces délits qui concernent de trop près le roi et l'intérêt général »<sup>685</sup>. Partant, les formalités du procès criminel

---

<sup>681</sup> FERRIERE, Claude-Joseph, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des termes de pratique, de droit & de coutumes*, Tome I, Paris, Vve. Prudhomme, 1737, p. 304. Voir les remarques de WENZEL, E., « Une autre justice ?... », *op. cit.*, p. 24-26.

<sup>682</sup> « La disposition de cet Article était tirée de l'Article 150 de l'Ordonnance de 1539 qui porte, que *si la matière est légère, les Juges recevront les parties en procès ordinaire* ; parce que l'Ordonnance n'a pas voulu prononcer par voie d'absolution, & que d'ailleurs le terme de *civiliser* n'est pas de l'Ordonnance », *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi...*, *op. cit.*, p. 229 (souligné dans le texte).

<sup>683</sup> Le président Lamoignon y fait référence dans les conférences précitées : « lorsqu'avant [*sic*] la confrontation des témoins il paraît aux Juges que l'affaire ne doit pas être poursuivie criminellement, ils ne reçoivent pas les parties en procès ordinaires ; mais qu'à proprement parler, ils changent la forme d'instruire, & font un procès civil au lieu d'un procès criminel [...] », *ibid.* (nous soulignons).

<sup>684</sup> Voir les commentaires d'Antoine Bruneau : « enfin, par cette réception en Procès ordinaire les parties sont reçues à s'expliquer & s'entendre, écrire & articuler leurs faits plus amplement qu'ils n'auraient fait ni pu faire à l'extraordinaire ; de sorte que l'accusé a gagné son Procès plus qu'à demi par cette conversion, il peut même chanter victoire si l'accusateur n'apporte de nouvelles pièces », BRUNEAU, Antoine, *Observations et maximes sur les matières criminelles...*, *op. cit.*, p. 210 (nous soulignons). Voir également, parmi d'autres : BORNIER, Philippe, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV pour la réformation de la justice avec celles des rois précédents...*, Partie I, Paris, Les Associés, 1678, p. 175-176 ; JOUSSE, Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome II, Paris, Debure, 1771, p. 500-510 ; LANGE, François, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale...*, *op. cit.*, p. 2-3 ; MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot-Crapart-Morin, 1780, p. 642-643 ; ROUSSEAUD DE LA COMBE, Guy du, *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, Le Gras, 1768, p. 313-318 ; SARTORIS, Jean-Pierre, *Éléments de la procédure criminelle suivant les ordonnances de France, les constitutions de Savoye, et les édits de Geneve*, Tome I, Amsterdam, [s.n.], 1773, p. 318-319 et p. 325-328 ; SOULATGES, Jean-Antoine, *Traité des crimes divisé en deux parties*, Tome III, Toulouse, Brosses, 1762, p. 200-205.

<sup>685</sup> CARBASSE, J-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 153.

doivent être suivies strictement. Il convient donc de définir et délimiter ce qui relève du criminel pour les juristes de l'époque.

L'avènement de l'*inquisitio* du droit romano-canonique dans le territoire du royaume de France au XIII<sup>e</sup> siècle est accompagné d'une distinction issue du droit romain : il s'agit du binôme de la procédure *ordinaire* et *extraordinaire*<sup>686</sup>. Elle est bientôt identifiée à la division de la justice (civile et criminelle), malgré le fait que celle-ci manque de précision. En effet, les cas relevant de la justice criminelle sont ceux qui reçoivent également l'appellation de « grand criminel »<sup>687</sup>. Or le critère principal pour distinguer les cas demeure le choix de la procédure *extraordinaire* par le juge, de telle sorte que celle-ci « détermine la nature du litige, et non l'inverse »<sup>688</sup>.

Néanmoins, la marge de manœuvre du juge dans le choix de la procédure est plus étendue dans la pratique judiciaire que ce que disposent les ordonnances. Gilles Bourdin (†1570)<sup>689</sup>, commentant l'ordonnance de 1539, l'affirme ainsi :

« Il y a plusieurs délits et matières criminelles qui ne doivent être traitées & poursuivies par voie extraordinaire, quoi que soit pour la modicité de la chose & modicité du crime elles ne désirent un si grand circuit & détour qu'il y a ès causes extraordinaires [...]. Toutefois cette règle de ne diriger & recevoir le cours de la voie ordinaire ès grands & atroces délits, mais seulement ès crimes légers n'est généralement observée. Car même, lorsqu'il y a parité & concurrence de preuves tant de la part de l'accusateur que pour la défense du criminel, on a accoutumé de mettre & recevoir les parties en procès ordinaire. »<sup>690</sup>

Les choix des juges affectent les formes suivies dans le déroulement d'un litige de nature criminelle. Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, Lazare Du Crot († après 1660)<sup>691</sup> réitère

<sup>686</sup> On suit ici les remarques faites par CARBASSE, J-M., « Ordinaire, extraordinaire... », *op. cit.*, p. 128-134.

<sup>687</sup> L'appellation se trouve principalement dans les dictionnaires et encyclopédies de l'époque. Furetière les distingue ainsi « On distingue au Palais le *grand criminel*, & le *petit criminel*. Le grand criminel se dit des procès qu'on juge à la Tournelle *Criminelle*, & sur lesquels il peut intervenir condamnation à peine afflictive : & en ce sens on les appelle *instruits à l'extraordinaire*. Le petit *criminel* se dit de ceux où il ne s'agit que des réparations ou d'amendes, qu'on peut juger aux Enquêtes : & en ce cas on dit qu'un homme est reçu en procès ordinaire, pour dire que son affaire est civilisée [...] », *verbo* « criminel », FURETIÈRE, A., *Dictionnaire universel...*, Tome I, *op. cit.*, p. 717 (souligné dans le texte).

<sup>688</sup> PIANT, Hervé, *Une justice ordinaire...*, *op. cit.*, p. 48. Autrement dit, ce n'est pas la disposition légale ou la création doctrinale qui prédétermine les cas susceptibles d'être qualifiés de « criminels ».

<sup>689</sup> *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>690</sup> BOURDIN, Gilles, *Paraphrase de M. Gilles Bourdain...*, sur l'ordonnance de 1539... traduit par Gabriel Michel, Paris, Houzé, 1606, p. 351-352.

<sup>691</sup> Les notices biographiques sur l'auteur donnent très peu d'information : né en Auxerre, il est avocat du Conseil Privé du Roi et du parlement de Paris au XVII<sup>e</sup> siècle et auteur (outre l'ouvrage cité *infra*), d'un *Traité des Aydes, Tailles & Gabelles...*, Paris, Besogne, 1633, p. 186.

ce diagnostic, l'élargissement des accusés moyennant une caution étant la conséquence des décisions du juge<sup>692</sup>.

Il convient de préciser que la justice criminelle à laquelle l'intitulé fait référence se sert de la procédure appelée « extraordinaire ». Ses caractéristiques l'opposent naturellement à la procédure « ordinaire » : la première est majoritairement écrite, secrète et ne comporte pas une égalité entre les parties ; alors que la seconde est orale, publique et place dans un pied d'égalité les parties de l'affaire civile ou du petit criminel. Enfin, la première suit un « ordre aussi linéaire qu'implacable », alors que la seconde « apparaît cyclique et évolutive »<sup>693</sup>.

Depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, « toute la procédure est ordonné à trouver la vérité des crimes, délits et excès par la bouche des accusés, si faire se peut »<sup>694</sup>. La sévérité des dispositions de la procédure extraordinaire doit donc être confortée par un discours du respect des formes, sans lequel le recours à une justice éminemment punitive ne saurait être légitimée. La doctrine s'attarde sur la rigueur des formes de la procédure extraordinaire en matière criminelle, malgré le fait qu'elle représente une minorité du contentieux judiciaire<sup>695</sup>. Pourtant, la raison qu'elle invoque pour justifier la sévérité des formalités constitue un véritable *topos* de l'époque, comme l'explique Jean Imbert dans ses *Institutes Forenses* :

« [...] Car l'erreur qui se commettait en la bataille n'était réparable, en cette matière des causes criminelles où est question de la vie, de l'honneur, & de tous les biens de l'accusé, c'est chose par trop odieuse & dommageable de demander pardon d'une faute y commise : car bien difficilement on la peut réparer, & remettre la chose en bon état. Par quoi y faut mettre toute peine, cure, & diligence, de ne faire aucune en la procédure des causes criminelles »<sup>696</sup>

Pour éviter l'erreur judiciaire, et *a fortiori* le tort sur la personne, plusieurs exigences sont évoquées comme autant de formes de la procédure de justice. La

---

<sup>692</sup> DU CROT, Lazare, *Le vray stil général du conseil privé du roy, de cour de parlement, de la cour des aydes, des requestes du palais, & du chastelet de Paris : le tout suivant les ordonnances & arreets*, Paris, Jean Richer, 1623, p. 414.

<sup>693</sup> PIANT, H., *Une justice ordinaire...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>694</sup> Article 146 de l'ordonnance sur l'interrogatoire, cité par : FOYER, Jean, « L'Ordonnance de Villers-Cotterêts », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 133<sup>e</sup> année, N. 3, 1989, p. 645.

<sup>695</sup> Les estimations des historiens de la justice sont de l'ordre d'une affaire criminelle pour vingt affaires civiles (entendons, une affaire à l'*extraordinaire* pour vingt à l'*ordinaire*), soit un pourcentage d'environ 5-10% de la totalité des affaires de justice. PIANT, Hervé, « Des procès innombrables. Éléments méthodologiques pour une histoire de la justice civile d'Ancien Régime », *Histoire & mesure* [En ligne], XXII – 2 | 2007, §9, note de bas de page n° 14, disponible sur : <http://journals.openedition.org/histoiremesure/2483> (consulté le 4 avril 2019).

<sup>696</sup> IMBERT, Jean, *Les institutions forenses, ou pratique judiciaire*, Paris, Gabriel Buon, 1582, p. 402<sup>ro</sup> (nous soulignons).

première d'entre elles est l'audience de l'accusé. Pierre Ayrault, dans la droite ligne de ses devanciers médiévaux, explique l'importance de cette formalité dans la procédure. Son absence est de fait synonyme de « force et violence, non pas Raison & Justice »<sup>697</sup>, car la marque par excellence de l'autorité fait défaut : « C'est donc comme d'une monnaie publique : tant que l'image & forme du Prince y est, c'est monnaie, dont l'autorité vaut plus que l'or. Ôtez l'image, ce n'est désormais qu'une masse & rien de plus, ainsi en est-il de la justice, qui en ôtera l'ordre »<sup>698</sup>. L'auteur s'intéresse davantage à la légitimité de la justice *objective* qui émane du souverain (et l'on voit par ailleurs la critique des justices qui n'auraient pas la « forme du Prince », tout comme les monnaies). Néanmoins, il reconnaît quelques lignes après le même principe en termes de « droit naturel », c'est-à-dire plutôt *subjectifs* : « Et à la vérité il semble qu'elle est naturelle, & conséquemment commune à tous les hommes, qu'un accusé soit oui & que les témoins qui le chargent soient amenés devant lui pour soutenir face à face le fait & crime dont on l'accuse »<sup>699</sup>.

La tension entre ces deux approches de la formalité de l'audience se manifeste dans la réflexion de Pierre Ayrault. Or, il insiste davantage sur l'importance de suivre les formes juridiques pour dévoiler la vérité et conséquemment rendre la justice. Il faut certes protéger du tort la vie, les biens et l'honneur de l'accusé, mais il faut surtout trouver les meilleurs moyens pour que la vérité soit mise en évidence. L'auteur s'est vivement opposé à certains aspects de la procédure contenus dans l'ordonnance de 1539, comme l'a relevé Adhémar Esmein dans son ouvrage sur la procédure criminelle<sup>700</sup>. Pourtant, sa conviction quant au « fondement ontologique d'une vérité extrajudiciaire dont le magistrat serait l'interprète et le garant »<sup>701</sup> l'emporte sur l'affirmation des garanties judiciaires. Ainsi, l'ordre judiciaire objectif se manifeste

---

<sup>697</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 3, §2. La distinction entre les actes de force/violence et les actes de justice est récurrente chez l'auteur.

<sup>698</sup> *Ibid.*

<sup>699</sup> *Ibid.*, p. 5, §9. Plus loin dans son argumentation, Pierre Ayrault développe encore cette formalité en ces termes : « Nous disons que cette formalité d'ouïr les parties, & principalement un accusé, premier que leur faire droit, sort d'une Loi qui n'est point la Loi des Aegyptiens [*sic*], des Perses, des Macédoniens, des Grecs, des Romains, de nous autres Français, ni de quelque nation qui soit au monde, qui ait été ou qui sera jamais à l'advenir [...]. Bref, tout ainsi que le feu est chaud à Rome, & entre les Perses ; aussi la Loi d'ouïr un accusé, & de lui faire & parfaire son procès auparavant que le juger ou exécuter, est Loy partout : d'autant que son origine procède d'une droite & perpétuelle raison, d'une lumière née & diffuse avec que nous & par tous nous, qui ne changea & ne changera oncques, dont le commencement n'est point du temps qu'elle fût écrite & mise en tables, mais dès ce qu'au cerveau de Jupiter fut éclose Minerve, c'est-à-dire la Raison & la Justice, ou, pour en parler, selon notre Religion, dès le commencement du monde », p. 8, §1.

<sup>700</sup> ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 162-168.

<sup>701</sup> CORDINER, Valerio, « Du Poyet chez Du Fail. Échos de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts dans les *Contes et discours d'Eutrapel* », *Revue italienne d'études françaises*, [En ligne], 2 | 2012, §22, disponible sur : <http://journals.openedition.org/rief/773> (consulté le 25 janvier 2019).

dans le pouvoir de *jurisdictio*, c'est-à-dire, par « le Magistrat qui a le serment à la République, qui représente le Prince, & qui est installé & proposé pour cet effet »<sup>702</sup>. De plus, pour expliquer l'importance de suivre un ordre, Pierre Ayrault dresse un parallèle avec l'ordre militaire : plus que la motivation à combattre, il est nécessaire de respecter « l'ordre, la disposition et l'instruction du camp » qui dépendent de la « prévoyance, valeur & expérience du Capitaine »<sup>703</sup>. Celui qui peut comprendre pourquoi les formes sont de rigueur est en mesure de rendre la justice.

Suivant cette logique, le fondement de la justice se trouve dans un ordre qui s'impose d'en haut à travers les règles de la procédure. La Justice – cette « vertu cardinale » dont légistes et théologiens parlent indistinctement<sup>704</sup> – s'identifie à la procédure dans son sens le plus technique. Elle n'est que « formalité et cérémonie »<sup>705</sup>. Ainsi, l'ordre judiciaire ne peut être qu'« objectif », dans la mesure où il cherche et *in fine* induit une vérité qui *s'impose* et non pas qui *s'accorde*. Les formes de la justice répressive visent donc prioritairement à ce que la vérité judiciaire soit le plus possible en accord avec la vérité « réelle », car cette concordance justifie la punition et les mesures pour rétablir la « tranquillité et [le] repos public ».

La procédure criminelle recherche de prime abord l'aveu de l'accusé, preuve « reine » dans le procès inquisitoire<sup>706</sup>. Au Moyen Âge, la valeur accordée à cette preuve justifie l'utilisation de la torture – *quaestio* ou *question*. Au début de l'époque moderne, les ordonnances de justice de 1498 et 1539 ne remettent pas en cause la justice de la décision résultant d'un aveu après avoir accompli la forme de la *question*<sup>707</sup>. Si,

<sup>702</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 2, §1.

<sup>703</sup> *Ibid.*, p. 2, §1.

<sup>704</sup> Hyacinthe Le Febvre fait la synthèse des deux approches : « [...] La justice est une vertu Cardinale qui nous engage à rendre à un chacun, & à nous-mêmes, ce qui est équitable : la morale lui donne deux emplois. Le premier est de récompenser les actions illustres ; & le second consiste à châtier les criminelles conformément aux lois. Quand nous parlons ici de la justice, nous la regardons comme une autorité & puissance qui réside dans une personne en vertu de laquelle elle est en pouvoir de récompenser les mérites & de châtier les crimes : cette justice est née avec les Souverains, & n'expire qu'avec eux ; cette justice est aussi possédée par tous ceux qui sont établis Juges, & élevés dans la Magistrature, tellement que la justice prise en ce sens, est une vertu morale qui réside souverainement en la personne des Monarques & de leurs Officiers, avec dépendance, qui leur donne la qualité de justes & de bons Juges, s'ils en usent avec équité. Avoir la justice, c'est avoir des justiciables & une juridiction : faire justice, c'est faire & parfaire le procès aux coupables, & châtier les criminels conformément aux lois divines & civiles », LE FEBVRE, Hyacinthe, *Traité du jugement dernier ou Procez criminel des reprovez, accusez, jugez et condamnez de Dieu selon les formalitez de la justice...*, Paris, Thierry, 1671, p. 19 (nous soulignons).

<sup>705</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 3, §2.

<sup>706</sup> Pour une analyse philosophique de l'aveu : FOUCAULT, Michel, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice, cours de Louvain 1981*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2012, en particulier p. 199-209 et STYLIOS, Alexandre, *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire. Une brève histoire de l'aveu en droit pénal*, Thèse de Droit, Université de Montréal, 2016, 494 p. Pour une analyse historique au Moyen Âge : CHIFFOLEAU, Jacques, « Avouer l'inavouable : l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge », *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, 2001, p. 57-97. Pour Marie Houlemare, l'aveu est « en voie de disparition au XVI<sup>e</sup> siècle », voir : HOULLEMARE, Marie, *Politiques de la parole : le Parlement de Paris au XVI<sup>e</sup> siècle*, Genève, Droz, 2011, p. 218.

<sup>707</sup> Elles adoucissent cependant la pratique de la torture. Sur la théorie et la pratique de la torture : FIORELLI, Piero, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, Milan, Giuffrè, 1953-1954 ; GUYON, Laurence, *La notion juridique de torture en Europe*

au XVI<sup>e</sup> siècle, certains auteurs majeurs se méfient de la torture comme moyen pour dévoiler la vérité<sup>708</sup>, le dispositif est justifié par la force de l'aveu en tant que preuve. Dans cette logique d'une justice « objective », la torture sert à protéger la liberté de l'accusé : elle s'impose comme une forme de véridiction qui peut contrer la « libre appréciation » du juge<sup>709</sup>. En effet, au-delà de l'évidente douleur physique qui est produite par la torture sur le corps de l'accusé, l'intérêt à ce moment du procès n'est pas la punition – la torture n'est jamais une sanction dans la logique du procès criminel d'Ancien Régime<sup>710</sup> –, mais la possibilité de rendre un jugement<sup>711</sup>. Par ailleurs, la rigueur des formes concerne tout autant les conditions d'utilisation de la *question* : celle-ci peut être appliquée seulement dans certains cas et sous certaines conditions<sup>712</sup> ; elle est donc loin d'être systématique tout au long de la monarchie d'Ancien Régime<sup>713</sup>.

La justice royale, s'affermissant au cours du XVI<sup>e</sup> siècle, porte de manière sous-jacente un discours qui se justifie à travers la capacité des institutions de « dévoiler la vérité ». C'est à partir de cette idée que l'on peut penser que l'ordre judiciaire permet la reddition d'une justice « objective » – notamment en matière pénale/criminelle, car elle est plus en rapport avec la perception de la liberté des particuliers. Ainsi, il protège les libertés des sujets par les formes qui arrivent à dévoiler cette vérité. La procédure n'est pas conçue en principe comme « favorable » ou « défavorable » dans son rapport avec la liberté des particuliers. En revanche, elle peut être « favorable » ou

---

(XII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle), Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1994, 437 p. ; HARANG, Faustine, *La torture au Moyen Âge, XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, PUF, 2017 ; MELLOR, Alec, *La torture, son histoire, son abolition, sa réapparition au XX<sup>e</sup> siècle*, Tours, Mame, 1961 ; *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Bernard Durand (dir.), Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002 ; *La torture, de quels droits ? Une pratique de pouvoir XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Norberto Campagna, Luigi Delia et Benoît Garnot (dir.), Paris, Imago, 2014 ; SILVERMAN, Lise, *Tortured subject : pain, truth, and the body in early modern France*, Chicago, Chicago University Press, 2001 ; WENZEL, Éric, *La torture judiciaire dans la France de l'Ancien Régime : Lumières sur la Question*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2011.

<sup>708</sup> En particulier Montaigne : « C'est une dangereuse invention que celle des géhennes, et semble que ce soit plutôt un essai de patience que de vérité [...] ». Le fragment est repris par Pierre Charron dans *Le traité de la sagesse*, Bernard de La Roche-Flavin dans ses *Treize livres des parlements*, et par Antoine d'Espeisses dans son *Traité des crimes et de l'ordre judiciaire*. Voir : MELLOR, A., *La torture, son histoire, son abolition...*, *op. cit.*, p. 159-164.

<sup>709</sup> C'est pourquoi Foucault voit une réminiscence des formes de la procédure accusatoire antérieure à l'enquête romano-canonique. Il s'agit d'une épreuve plus que d'une preuve : « sorte d'épreuve judiciaire, presque de duel [...], évidemment inégal entre l'accusé et celui qui le torture, c'est-à-dire, celui qui représente le pouvoir qui le poursuit », FOUCAULT, M., *Mal faire, dire vrai...*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>710</sup> À l'exception de l'ordonnance criminelle, à l'article 13 du Titre XXV, qui qualifie la « question avec réserve de preuves dans leur entier » et la « question sans réserve de preuves » comme des peines. Or ces insertions visent « l'article 12 [du Titre XXV] relatif aux règles du délibéré, fixant le nombre de voix requis au moment du jugement pour condamner à la plus sévère des peines ou à une peine plus douce. Les juges pouvant opter pour un arrêt interlocutoire de torture ou un arrêt définitif, il a fallu insérer la torture dans une échelle des peines pour déterminer le parti le plus doux en cas de partage des voix », GUYON, L., *La notion juridique de torture en Europe...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>711</sup> L'aveu obtenu sous la torture ne supposait pas un jugement automatique : d'une part, l'accusé qui avait avoué au moment de la torture devait confirmer ses propos ultérieurement de manière libre ; d'autre part, l'aveu devait être accompagné d'autres preuves, car il ne pouvait pas constituer la seule « preuve » de la décision judiciaire. En cela, il se différencie des « épreuves » judiciaires qui entraînent automatiquement le jugement.

<sup>712</sup> CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 207-211 et p. 221-224.

<sup>713</sup> Pour un panorama statistique de l'utilisation de la *question* judiciaire sous l'Ancien Régime : WENZEL, E., *La torture judiciaire dans la France de l'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 55-75.

« défavorable » par rapport aux finalités de la justice, la conservation de l'ordre monarchique constituant la première. Néanmoins, dans le discours des juristes, cette approche commence à être modifiée sous le règne de Louis XIV, notamment dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle.

## **§2. La sûreté des citoyens par la complexité des procédures**

L'évolution de la pensée juridico-politique au XVII<sup>e</sup> siècle a fait l'objet de plusieurs études<sup>714</sup>. De manière générale, elle se caractérise par la sécularisation de la réflexion juridique et la rupture avec le cadre de pensée dominante de la scolastique. Concernant la rationalité des normes procédurales, l'inversion de celle-ci en faveur d'une réflexion focalisée sur les particuliers s'illustre avec la pensée de trois juristes : d'abord, elle se manifeste dans les interventions du premier président du parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon, lors des conférences tenues pour la rédaction de l'ordonnance criminelle (A) ; ensuite dans la pensée de d'Aguesseau (B) ; et enfin, dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, dans l'œuvre de Montesquieu (C).

### **A. Penser les droits du justiciable : Lamoignon et l'ordonnance criminelle de Louis XIV**

L'œuvre réformatrice de Colbert, élaborée à partir des années 1660 sous l'égide du Roi-Soleil, est souvent présentée comme l'aboutissement normatif du projet politique de la monarchie absolue : elle suppose une première « codification » des règles juridiques par domaines<sup>715</sup> et revendique l'unification des règles juridiques dans

---

<sup>714</sup> CHURCH, William F., « The Decline of the French Jurists as Political Theorists », *FHS*, Duke University Press, Vol. 5, No. 1, 1967, p. 1-40 ; FLANDROIS, Isabelle, *L'institution du prince au début du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1992 ; *L'État Classique 1652-1715: regards sur la pensée politique de la France dans le second XVII<sup>e</sup> siècle*, Henri Méchoulan et Joël Cornette (dir.), Paris, J. Vrin, 1996 ; REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, *op. cit.*, *passim* ; THUAU, Etienne, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris, Albin Michael, 2000 ; THIREAU, Jean-Louis, « Le droit public dans la doctrine française du XVI<sup>e</sup> et du début du XVII<sup>e</sup> siècle », *RHFD*, N° 25-26, 2005-2006 ; VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique...*, *op. cit.*, p. 489-619.

<sup>715</sup> Les ordonnances civile et criminelle de Louis XIV sont appelées « Code Louis » par plusieurs juristes de l'époque. Voir : BOULET-SAUTEL, Marguerite, « Colbert et la législation », *Un nouveau Colbert. Actes du colloque pour le tricentenaire de la mort de Colbert*, Paris, Éditions CEDES-CDU, 1985, p. 119-132 ; KLIMASZEWSKA, Anna, « The Ordinance of 1667 : Ideology of Modern Codification as a Political Tool of Louis XIV », *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 5, n° 1, 2016, p. 128-140 ; THIREAU, Jean-Louis, « Les arrêtés de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits*, vol. 39, n° 1, 2004, p. 53-68.

tout le royaume, du moins pour les domaines concernés<sup>716</sup>. Pourtant, les deux grandes ordonnances sur la procédure restent attachées aux dispositifs de celles du XVI<sup>e</sup> siècle. En ce sens, l'ordonnance criminelle de 1670 entretient une vision « objective » de la justice, puisque que les formalités sont essentiellement perçues comme des moyens pour « dévoiler la vérité » sans les rapprocher de la protection des libertés individuelles des accusés.

Néanmoins, les conférences d'élaboration des ordonnances civile et criminelle tenues avec les « représentants » de la royauté, les magistrats du parlement et les *gens du roi*<sup>717</sup> esquissent une réflexion centrée sur le justiciable. Les interventions des parlementaires, et notamment du premier président du parlement de Paris Guillaume de Lamoignon, ainsi que certaines interventions de l'avocat du roi Denis Talon, soulignent la place des justiciables dans la procédure.

Le projet d'ordonnance, à l'article 18 du Titre I relatif à la compétence des juges, prévoit qu'ils peuvent informer l'accusé assis sur la sellette que son jugement sera rendu en dernier ressort<sup>718</sup>. Lamoignon signale qu'il existe un risque de porter atteinte aux libertés de l'accusé. En effet, de son point de vue le dispositif constitue une « surprise » pour l'accusé :

« La défense d'un accusé est différente auprès des Juges, qu'il sait le devoir juger en dernier ressort, d'avec celle qu'il emploie, lorsque la faculté de l'appel lui est réservée [...]. Et comme il n'y a rien de plus précieux que la vie des hommes, la Justice y apporte de grandes circonspections, & les Juges de grands égards, pour garantir les accusés de toutes surprises »<sup>719</sup>.

L'avocat Denis Talon conforte l'opinion de Lamoignon, affirmant que « rien ne paraît plus dangereux que d'instruire un procès à un accusé, qui croît avoir le bénéfice

---

<sup>716</sup> Ce que montre le préambule l'ordonnance civile : il s'agit de « rendre l'expédition des affaires plus prompte, plus facile et plus sûre par le retranchement de plusieurs délais inutiles, et par l'établissement d'un style uniforme dans toutes nos cours et sièges ». ISAMBERT, Tome XVIII, p. 105 (nous soulignons).

<sup>717</sup> Au total, la commission est composée par le Chancelier Séguier, neuf conseillers d'État (dont Henri Pussort), vingt-six magistrats du parlement de Paris (dont le Premier Président Lamoignon est les autres sept présidents), le premier avocat général du roi Denis Talon, le procureur général du roi Achille III d'Harlay, et le second avocat général du roi Jérôme II Bignon. Pour une analyse de la composition de cette commission, voir : BOULANGER, Marc, « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance d'août 1670 », *RHMC*, tome 47, N° 1, 2000, p. 23-30.

<sup>718</sup> « Si néanmoins, après avoir commencé l'instruction du procès à l'ordinaire, les Juges reconnaissent dans la suite, par les preuves survenues au procès, ou par la confession des accusés, qu'ils eussent été repris de Justice, ou qu'ils fussent vagabonds & gens sans aveu, ils pourront leur faire la même déclaration, lors du dernier interrogatoire sur la sellette ; & en conséquence, les juger en dernier ressort », *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi...*, *op. cit.*, p. 41 (de la partie concernant l'ordonnance de 1670).

<sup>719</sup> *Ibid.*, p. 41.

de l'appel ; & à l'instant de sa condamnation [...], lui prononcer qu'il va être jugé en dernier ressort »<sup>720</sup>. Il conclut ainsi que : « l'humanité que nos Rois ont toujours eu pour leurs Sujets, & la précaution qu'ils ont apportée pour empêcher qu'ils ne soient injustement opprimés [...], semble ne pouvoir pas compatir avec cette proposition »<sup>721</sup>. Cette disposition est finalement modifiée en faveur des accusés, avec cependant une exception : le Châtelet de Paris voit sa compétence maintenue en la matière<sup>722</sup>.

À propos de l'article 8 du Titre XIV du projet d'ordonnance, relatif à l'interdiction de conseil d'un avocat aux accusés avant et après la confrontation des témoins – à l'exception de certains crimes –<sup>723</sup>, Lamoignon considère que ce conseil n'est nullement un droit positif, mais qu'il s'agit d'un droit naturel :

« Que la nature enseignait à l'homme d'avoir recours aux lumières des autres, quand il n'en avait pas assez pour se conduire, & d'emprunter du secours, quand il ne se sentait pas assez fort pour se défendre. Que nos Ordonnances ont retranché aux accusés tant d'autre avantages, qu'il est bien juste de leur conserver ce qui leur reste, & particulièrement le conseil qui en faisait la principale partie »<sup>724</sup>

Les normes procédurales doivent tenir compte de certains droits naturels de l'individu, même si cela entraîne une complexification du procès judiciaire. Sur cet aspect, la vision du premier président contraste avec l'objectif général des ordonnances – qu'il soutient par ailleurs – de réduction de la longueur des procès. Face à son opinion, le conseiller Pussort rétorque que le conseil, c'est-à-dire l'avocat, est « fécond en ouvertures, pour former conflits de Juridictions [...], trouver des nullités dans les procédures, & pour faire naître une infinité d'incidents »<sup>725</sup>. Pourtant, Lamoignon y voit une garantie pour les justiciables, notamment face aux juges inférieurs et aux présidiaux. Ceux-ci « présumèrent toujours [que] leur procédure [est] bonne & valable » et par conséquent que « l'accusé qui n'aura point d'autre secours, se trouvera

---

<sup>720</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>721</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>722</sup> Article 19 du Titre I de l'ordonnance de 1670. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 375.

<sup>723</sup> « Les accusés, de quelque qualité qu'ils soient, seront tenus de répondre par leur bouche, sans le ministère de conseil, qui ne pourra leur être donné, même après la confrontation ; nonobstant tous usages contraires qui nous abrogeons : si ce n'est pour crime de péculat, concussion, banqueroute frauduleuse, vol de Commis ou Associés en affaires de finance ou de banque, & fausseté de pièces ; à l'égard desquels crimes, les Juges pourront ordonner, si la matière le requiert, que les accusés, après l'interrogatoire, communiqueront avec leurs commis. Laissons au devoir & à la religion des Juges d'examiner avant le Jugement, s'il n'y a point de nullité dans la procédure », *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>724</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>725</sup> *Ibid.*, p. 165.

trop exposé »<sup>726</sup>. La présence d'un avocat garantit la sûreté des justiciables, malgré les longueurs qu'elle peut entraîner.

Lamoignon s'oppose encore à d'autres dispositions du projet d'ordonnance qui retranchent certaines formalités favorables aux accusés : premièrement, les trois interpellations faites aux accusés avant d'être déclarés « muets volontaires »<sup>727</sup> doivent intervenir au cours des vingt-quatre heures après que le juge a pris connaissance des faits, et non « sur le champ » comme le texte l'envisageait. L'accusé peut ainsi « délibérer sur la compétence du Juge : qu'il lui faut [donc] donner quelque temps pour se reconnaître »<sup>728</sup>. Deuxièmement, l'article 4 du Titre XXIV, défend « d'autres procédures criminelles [...] produites en cause d'appel [...], que celles sur lesquelles le procès aura été jugé sur les lieux »<sup>729</sup>. Lamoignon s'y oppose car « on ne peut pas refuser à un accusé de recevoir toutes les pièces qu'il présente [...] ; & que s'il y a différentes procédures criminelles contre un accusé, on les doit voir toutes en cause d'appel »<sup>730</sup>. Troisièmement, sur l'article 4 du Titre XXVI interdisant aux accusés contumaces de présenter requête « soit en première instance ou en cause d'appel »<sup>731</sup>. Lamoignon répond que « l'appel est une voie de Droit, [et] en quelque état que soit un accusé l'on ne peut pas lui refuser de le recevoir apellant [*sic*] »<sup>732</sup>. Enfin, à ces réflexions s'ajoutent celles bien connues contre le serment de l'accusé lors de l'interrogatoire et la torture judiciaire<sup>733</sup>.

Les arguments de Lamoignon résonnent au siècle suivant dans la pensée des réformateurs. Pierre-Louis de Lacroix (†1824)<sup>734</sup> considère que le premier président avait « un cœur humain [et] un esprit généreux » et qu'il réclamait souvent « le droit naturel pour les hommes livrés à la justice, & des libertés honorables, mais peut-être dangereuses, pour ceux qui l'exercent »<sup>735</sup>. Joseph-Dominique-Elzéar de Bernardi (†1824)<sup>736</sup> pointe un contraste entre la figure de Lamoignon – favorable à la justice –

---

<sup>726</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>727</sup> Article 8 du Titre XVIII du projet d'ordonnance : « Le juge lui fera sur le champ trois interpellations de répondre, à chacune desquelles il lui déclarera qu'autrement son procès lui sera fait, comme un muet volontaire, & qu'après il ne sera plus reçu à répondre sur ce qui aura été fait en sa présence, pendant son refus de répondre ». *Ibid.*, p. 216.

<sup>728</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>730</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>731</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>733</sup> *Ibid.*, p. 153-159 relatives au serment de l'accusé, p. 224 relative à la torture judiciaire.

<sup>734</sup> *Dictionnaire historique des juristes français... op. cit.*, p. 584.

<sup>735</sup> LACROIX, Pierre-Louis de, *Discours sur le préjugé des peines infamantes, couronnés à l'Académie de Metz. Lettre sur la réparation qui serait due aux accusés jugés innocents. Dissertation sur le ministère public. Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, Paris, Cuchet, 1784, p. 328.

<sup>736</sup> *Dictionnaire historique des juristes français... op. cit.*, p. 97.

et celle de Pussort, le « féroce et insatiable » commissaire responsable de ce « Code criminel [dans lequel] tous les droits de l'humanité furent sacrifiés »<sup>737</sup>.

Si la pensée de Guillaume de Lamoignon suit les *forma mentis* de la magistrature de son temps, elle révèle en même temps le changement dans la rationalité des normes procédurales en matière criminelle. Ces oscillations trouvent une continuité, au tournant du XVII<sup>e</sup> siècle, dans la pensée de d'Aguesseau.

### ***B. Les particuliers face à la justice dans la pensée de d'Aguesseau***

Henri-François d'Aguesseau – ce « libéral monarchiste »<sup>738</sup> influençant aussi bien la pensée juridique du XVIII<sup>e</sup> siècle que celle postérieure – constitue l'une des figures centrales de l'inflexion de la réflexion relative à la procédure. L'importance de l'ordre judiciaire dans sa pensée a été évoquée précédemment : pour lui, l'ordre judiciaire révèle la vérité humaine, ce qui est une garantie de l'existence d'une vérité divine et transcendante<sup>739</sup>. Cependant, son argumentation sur le respect de la procédure judiciaire est parfois centrée sur la protection du justiciable, plus que sur la capacité objective de l'ordre judiciaire de produire la vérité. Ainsi, la rigueur de certaines formalités doit bénéficier au justiciable. D'Aguesseau considère, par exemple, que l'appréciation des preuves en matière de faux n'est pas la même selon le procès suivi : en matière criminelle, le juge est obligé de suivre la procédure régulière ; en matière civile, il n'est pas indispensable de réaliser l'instruction pour décider sur le faux<sup>740</sup>.

Contrairement à la logique d'une punition expéditive, d'Aguesseau focalise souvent sa réflexion sur le caractère nécessaire de certaines procédures. Il qualifie l'appel de droit naturel, car son objectif principal est la modification d'une décision dont les conséquences sont réparables. Ainsi, il considère que les normes contenant le caractère suspensif de l'appel doivent tenir compte de cet objectif :

---

<sup>737</sup> BERNARDI, Joseph-Dominique-Elzéar de, *Principes des loix criminelles, suivis d'observations impartielles sur le droit romain*, Paris, Serviere, 1788, p. 69-70.

<sup>738</sup> Nous suivons ici l'intitulé de l'ouvrage de BRANCOURT-STOREZ, Isabelle, *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau, 1668-1751 : monarchiste et libéral*, Paris, Publisud, 1996.

<sup>739</sup> Voir *supra*, p. 130-142.

<sup>740</sup> « S'il s'agissait ici de prononcer sur le faux, de statuer sur le crime, et d'imposer une peine à celui qui en serait coupable, il serait d'une nécessité indispensable d'instruire cette accusation suivant les règles ordinaires, parce qu'en matière criminelle, on n'admet point de preuves que celles qui sont fondées sur une procédure régulière : mais il ne s'agit à présent que de tirer des conséquences de cette fausseté pour un procès civil ; et, dans ces circonstances, la conviction du juge peut suffire, soit qu'elle soit fondée sur une instruction régulière, soit qu'elle n'ait pour principe que des preuves et des présomptions purement civiles [...] ». D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome II, p. 55. Ce même raisonnement se trouve par rapport aux preuves de rapt et aux preuves pour détruire un engagement civil en raison du rapt (Tome II, p. 554).

« C'est pour cela qu'il est de l'équité naturelle, suivant la décision uniforme de toutes les anciennes et les nouvelles ordonnances, que l'appel suspende l'exécution des jugements, lorsque le préjudice que ces jugements peuvent faire, n'est pas Réparable en définitive. On ne peut donc se dispenser de représenter à Sa Majesté, que la disposition de l'édit que les trésoriers de France ont obtenu, attaque les premiers principes de l'équité naturelle, qui fut le fondement de toutes les lois »<sup>741</sup>

En ce sens, l'appel d'une condamnation à la peine capitale est d'autant plus nécessaire, car pour d'Aguesseau, « le droit commun et l'humanité même semblent demander qu'on délibère plus d'une fois sur la mort des hommes »<sup>742</sup>. Aussi, il se place du point de vue de l'accusé, développant une argumentation « subjective » de la procédure : « que les accusés aient la consolation d'être jugés dans les tribunaux souverains de la justice, dans lesquels l'ordre public du royaume suppose plus des lumières, puisqu'il leur attribue plus d'autorité »<sup>743</sup>.

Toutefois, d'Aguesseau suit la rationalité de la norme procédurale de son temps, notamment celle prônée par l'ordonnance criminelle, à savoir que la norme procédurale favorable à l'accusé peut ralentir l'administration de justice. Il justifie donc l'existence de la justice expéditive des prévôts des maréchaux<sup>744</sup>, tout en affirmant que la justice ordinaire est plus favorable à l'accusé. En cas de concurrence entre la juridiction prévôtale et l'ordinaire – la première étant moins exigeante sur le plan procédural<sup>745</sup> – il est favorable à la seconde, ayant comme critère principal l'équité, « ou plutôt [...] l'humanité »<sup>746</sup>. Cette réflexion est confirmée en 1731, lorsque d'Aguesseau –

---

<sup>741</sup> *Ibid.*, Tome IX, p. 273.

<sup>742</sup> *Ibid.*, Tome IX, p. 310.

<sup>743</sup> *Ibid.*

<sup>744</sup> Au moment des grands jours d'Auvergne, la justice prévôtale est très critiquée (pour la bibliographie relative aux Grands jours, voir *infra*, note de bas de page n° 1684 et ss.). D'Aguesseau, pour sa part, montre une certaine méfiance à l'égard de la justice expéditive des prévôts des maréchaux, qui se concrétise en une augmentation de la complexité de la procédure. En effet, lorsqu'un conflit de compétences est favorable aux prévôts des maréchaux, ceux-ci doivent accomplir toute la procédure (y compris les informations obtenues avant la résolution du conflit de compétence) en présence d'un assesseur gradué ; selon la teneur de l'article 22 du titre 2 de l'ordonnance criminelle de 1670. *Ibid.*, Tome XI, p. 16-18. Sur cette juridiction : HAUTÉBERT, Joël, « El mantenimiento del orden en Francia y Castilla bajo la Monarquía absoluta. "Prévôt des maréchaux" y hermandades », *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 28, 2006, p. 313-337.

<sup>745</sup> Voir, par exemple, la réduction de la complexité de leur juridiction lorsqu'il s'agit de la formalité d'avoir un greffier pour écrire les informations qu'ils font. D'Aguesseau s'oppose à la raison du « bien public » invoquée par le prévôt d'Île-de-France, arguant qu'elle est une « précaution salutaire établie par les lois contre la corruption des officiers » ; qui plus est, peut risquer de faire devenir une pratique exceptionnelle en règle générale dans tous les provinces, cas « où la vie d'un innocent et la punition d'un coupable seraient livrées également à l'avidité d'un lieutenant de maréchaussée qui trafiquerait librement de la sûreté publique ». *Ibid.*, Tome IX, p. 251-255.

<sup>746</sup> *Ibid.*, Tome IX, p. 311.

chancelier et auteur de la déclaration du 5 février de la même année<sup>747</sup> – contraste l'expédition des matières criminelles des prévôts de maréchaux avec celle de la justice civile ordinaire :

« La vie des hommes est quelque chose de si précieux, qu'il ne doit y avoir qu'un petit nombre de cas où on la fasse dépendre d'un prévôt des maréchaux [...]. Il y a tant d'exemples anciens et nouveaux de leur peu de capacité dans les matières criminelles [...], qu'il y a toujours sujet de trembler, quand on pense que la vie et l'honneur des hommes sont confiés à un si petit nombre d'officiers, et souvent d'avocats ou de gradués pour en décider souverainement, pendant qu'il faut dix juges dans un parlement pour juger la plus légère contestation civile. »<sup>748</sup>

La norme relative à la procédure criminelle doit tenir compte tant des finalités de la justice objective – notamment la célérité –, que des risques qu'elle comporte pour le justiciable. L'équilibre s'avère difficile, comme l'atteste une réflexion de d'Aguesseau relative aux délais de l'instruction des matières criminelles<sup>749</sup> : ils peuvent « procurer à la vérité une expédition plus prompte, mais qui nuirait souvent à la preuve [...] ; qui obligerait les officiers, contre le véritable esprit de la loi, à agir promptement plutôt qu'à bien faire »<sup>750</sup>.

La pensée de d'Aguesseau est à mi-chemin entre la conception « objective » de la justice et l'intérêt subjectif du justiciable. L'historiographie évoque de manière récurrente les raisons de cette ambiguïté : il était un conservateur en même temps qu'un réformateur<sup>751</sup> ; qualifié tant de cartésien que de janséniste<sup>752</sup> ; enclin à l'idéologie de la magistrature et chancelier du roi<sup>753</sup>. Néanmoins, au-delà de ces contradictions apparentes qui rendent difficile l'analyse de sa pensée juridique, sa réflexion sur la

<sup>747</sup> *Déclaration du Roy, sur les cas Prévôtiaux ou Présidiaux. Donnée à Marly le 5 février 1731*, Paris, Pierre Simon, 1731, disponible sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8602595c/> (consulté le 6 mai 2020).

<sup>748</sup> D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, op. cit., Tome X, p. 88.

<sup>749</sup> En l'occurrence, deux mois pour les commissions faites par les Grands-maîtres d'eaux et forêts. *Ibid.*, Tome IX, p. 346.

<sup>750</sup> *Ibid.*, Tome IX, p. 347-348.

<sup>751</sup> STOREZ-BRANCOURT, Isabelle, « La philosophie politique du chancelier d'Aguesseau », *Revue Historique*, Tome 266, Fasc. 2 (540), octobre-décembre 1981, p. 381-391 ; *ID.*, *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau...*, op. cit., p. 584-590.

<sup>752</sup> Sur le cartésianisme de d'Aguesseau : JAUME, Lucien, « Raison publique et raison métaphysique chez d'Aguesseau : la place des *Méditations* », *Histoire de la Justice*, vol. 19, no. 1, 2009, p. 41-48 ; STOREZ-BRANCOURT, I., « La philosophie politique du chancelier d'Aguesseau... », op. cit., p. 391-400. Sur son jansénisme : CARBONNIER, Jean, « L'importance de d'Aguesseau pour son temps et pour le nôtre », *Le temps, la justice et le droit...*, op. cit., p. 25-33 ; LEBLANC, Raphaëlle, « Droit naturel et droit des gens dans la pensée janséniste », *AFRI*, Volume XII, 2011, disponible sur : [http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2015/03/3-Article\\_Leblanc.pdf](http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2015/03/3-Article_Leblanc.pdf) (consulté le 26 avril 2019) ; STOREZ-BRANCOURT, Isabelle, « *Sic itur ad astra* : Quand le janséniste d'Aguesseau aborde le Politique », *Histoire de la Justice*, no. 19, *Les penseur du code civil*, Paris, La documentation française, 2010, p. 79-90.

<sup>753</sup> STOREZ-BRANCOURT, I., *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau...*, op. cit., p. 199-289.

rationalité de la norme procédurale est un premier exemple du jusnaturalisme déjà visible chez Domat (en ce qui concerne la norme « substantielle ») et chez Lamoignon. Or, au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'influence de sa pensée juridico-politique reste moins importante que celle de ses devanciers, ainsi que de son contemporain Charles Louis de Secondat, baron de Montesquieu<sup>754</sup>.

### C. *L'esquisse d'un droit des citoyens par Montesquieu*

L'œuvre de Montesquieu suppose une inflexion dans la pensée juridico-politique du XVIII<sup>e</sup> siècle, et ce à plusieurs titres. *Primo*, sur le plan épistémologique, il s'agit d'une « science nouvelle », opposée d'un point de vue méthodologique tant au rationalisme mécaniste d'Hobbes qu'aux derniers sursauts de la scolastique<sup>755</sup>. *Secundo*, en ce qui concerne la théorie politique, elle opère une classification inédite des formes de gouvernement (république, monarchie et despotisme) et distingue les critères sous-jacents aux dites formes (vertu, honneur et crainte, respectivement)<sup>756</sup>. *Tertio*, sur le plan juridique, elle élabore une conception de constitution qui dépasse le sens habituel pour l'époque de *lois fondamentales*, pour se référer à l'« encadrement juridique du pouvoir »<sup>757</sup>. La réflexion sur la complexité de la procédure comme garantie des citoyens s'inscrit dans ce troisième aspect.

---

<sup>754</sup> Pour une analyse comparée de ces deux auteurs : STOREZ-BRANCOURT, Isabelle, « D'Aguesseau et Montesquieu : influence réciproque ou parallélisme concurrent ? », (*Re)lire L'Esprit des lois*, Cathérine Volpilhac-Auger et Luigi Delia (dir.), Paris, Éditions de la Sorbonne, 2014, p. 177-194.

<sup>755</sup> Déjà à son époque, Montesquieu est considéré comme le « Newton des lois politiques ». Au XIX<sup>e</sup> siècle, Durkheim inscrit également Montesquieu comme prédécesseur de cette science nouvelle du social. Pourtant, si Montesquieu se qualifie comme un « cartésien rigide », son œuvre est difficilement assimilable à celle des « modernes » qui, en matière de théorie politique, soutiennent des thèses contractualistes. De plus, cette « science nouvelle » s'éloigne de l'histoire rationnelle que Vico prône sous la même appellation à la même époque, tout en laissant une partie très importante à l'analyse historique de la loi. En outre, le rejet par Montesquieu de la scolastique et de certains aspects de la pensée grecque est patent. Sur ces sujets : BINOCHÉ, Bertrand, « *L'Esprit des lois*, une science nouvelle ? », *Nouvelles sciences. Modèles techniques et pensée politique de Bacon à Condorcet*, Franck Tinland (dir.), Seyssel, Champ Vallon, 1998, p. 90-102 ; COURTOIS, Jean-Patrice, *Inflexions de la rationalité dans « L'Esprit des lois »*, Paris, PUF, 1999 ; DE CASABIANCA, Denis, « Montesquieu : un "cartésien rigide" ? », *Qu'est-ce qu'être cartésien ?*, Delphine Kolesnik-Antoine (dir.), Lyon, ENS éditions, 2013, disponible sur : <http://books.openedition.org/enseditions/8869> (consulté le 26 avril 2019) ; GOYARD-FABRE, Simone, *Montesquieu, adversaire d'Hobbes*, Paris, Lettres Modernes Minard, 1980 ; et *contra* : SCHRÖDER, Peter, « Liberté et pouvoir chez Hobbes et Montesquieu », *Le temps de Montesquieu*, Michel Porret et Catherine Volpilhac-Auger (dir.), Genève, Droz, 2002, p. 147-169 ; TROUSSON, Raymond, « Montesquieu et les grecs », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n° 2-3, juin-octobre 1968, p. 273-282.

<sup>756</sup> Notamment face à la classification classique d'Aristote (monarchie, aristocratie et démocratie) et ses légères variations ultérieures. Voir : LARRÈRE, Catherine, « Les typologies des gouvernements chez Montesquieu », *Études sur le XVIII<sup>e</sup> siècle*, Textes et Documents, Publications de la Faculté des Lettres et Science Humaines de Clermont-Ferrand, 1979, p. 88-103.

<sup>757</sup> Voir parmi d'autres : BEAUD, Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html> (consulté le 27 avril 2019) ; *ID.*, « La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme », *Staat – Souveränität – Verfassung, Festschrift für Helmut Quaritsch* zum 70.

La notion de liberté politique que Montesquieu décrit dans *L'Esprit des Loïs*<sup>758</sup> est indispensable pour expliquer l'inflexion dans sa pensée sur la rationalité de la norme procédurale. Elle peut être envisagée sous deux angles : d'une part, dans son rapport avec la constitution<sup>759</sup> ; d'autre part, dans son rapport avec le citoyen<sup>760</sup>. Dans le premier cas, la distinction entre les pouvoirs et les institutions dans la forme de gouvernement – ce que les constitutionnalistes appellent la « distribution des fonctions » – tend à favoriser ou non la liberté politique. En ce qui concerne l'ordre ou la « fonction » judiciaire, elle s'inscrit dans une vision objective de la justice<sup>761</sup>. Dans le second cas, c'est une vision subjective qui l'emporte, car pour l'auteur il s'agit de « la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté »<sup>762</sup>. Les deux rapports doivent *in fine* coïncider avec les fonctions de la loi dans la forme de gouvernement établie.

Dans la monarchie, la fonction de la loi est d'imposer une certaine lenteur à la « rapidité » d'exécution inhérente au gouvernement d'un seul<sup>763</sup>. Par voie de conséquence, la fonction des institutions chargées du *dépôt des lois* est en rapport avec cette lenteur : elles « n'obéissent jamais mieux que quand [elles] vont à pas tardifs »<sup>764</sup>. La modération du gouvernement monarchique est donc le résultat de la complexité. À l'inverse, la simplification des lois et des formes oriente vers le despotisme. Cette fonction des lois est liée autant à la « constitution du gouvernement », qu'à l'idée subjective de liberté :

---

Geburstag, Murswiek, Storost, Wolff (dir.), Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 407-448 ; GOJOSSO, Éric, « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *RFDC*, n° 71, 2007/3, p. 499-512 ; GOYARD-FABRE, Simone, « La politique constitutionnelle de Montesquieu », *L'État moderne regards sur la pensée politique de l'Europe occidentale entre 1715 et 1848*, Simon Goyard-Fabre (dir.), Paris, J. Vrin, 2000, p. 89-104 ; SAINT-BONNET, François, « Le constitutionnalisme libéral français en trompe-l'œil. Actualité de l'autre Montesquieu », *Droits*, vol. 43/1, 2006, p. 15-32 ; TILLET, Edouard, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'exemple de Montesquieu », *Pensée politique et droit, Actes du XII<sup>e</sup> colloque de l'AFHIP*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 365-399.

<sup>758</sup> Nous suivons ici l'édition électronique fait à partir du dernier état du texte revu par Montesquieu en 1758, disponible sur : [http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de\\_esprit\\_des\\_lois/de\\_esprit\\_des\\_lois\\_tdm.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html) (consulté le 25 avril 2019). En format physique, elle a été établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995. Par la suite, nous allons référencer l'ouvrage par le sigle *EL*, suivie du livre et du chapitre respectifs.

<sup>759</sup> MONTESQUIEU, *EL*, Livre XI, notamment chapitres I-VII.

<sup>760</sup> *Ibid.*, Livre XII, chapitres I-II.

<sup>761</sup> Autrement dit, la justice en tant que pouvoir ou fonction de juger. Si Montesquieu ne transpose pas ses opinions sur la constitution anglaise en principe général, à travers cet exemple il y expose néanmoins, à travers cet exemple, son idée de la liberté politique : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. ». *Ibid.*, Livre XI, chapitre VI.

<sup>762</sup> *Ibid.*, Livre XII, chapitre II.

<sup>763</sup> *Ibid.*, Livre V, chapitre X. Sur la notion de loi chez Montesquieu voir parmi d'autres : ASSOUN, Paul-Laurent, « Les sources philosophiques du concept de loi dans *L'Esprit des lois* : Montesquieu et le malebranchisme », *Analyses & réflexions sur Montesquieu : de l'Esprit des lois, la nature et la loi*, Joël Askénazi (ed.), Paris, Ellipse-Marketing, 1987, p. 169-179.

<sup>764</sup> *Ibid.*, Livre V, chapitre X.

« Le gouvernement monarchique ne comporte pas des lois aussi simples que le despotique. Il y faut des tribunaux. Ces tribunaux donnent des décisions. Elles doivent être conservées ; elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution même de l'État. »<sup>765</sup>

La nature même du régime monarchique, ayant son fondement dans l'honneur et la distinction des personnes, implique une complexité sociale qui se reflète dans les normes, tant substantielles que procédurales. Montesquieu se réfère à de nombreux exemples pour l'illustrer : le régime des biens, des fiefs, la diversité des coutumes et de la jurisprudence, la diversité des privilèges – et principalement les privilèges de juridiction. Il constate donc que la diversité sociale « diminue encore la simplicité, et fait mille exceptions »<sup>766</sup>. Néanmoins, loin de juger cette complexité comme préjudiciable au régime monarchique, il en fait le gage de la sûreté publique des sujets, notamment en matière criminelle :

« Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu ; *et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté.* »<sup>767</sup>

Montesquieu affirme, par ailleurs, que les normes relatives à la liberté politique dans son rapport avec le citoyen ne sont pas d'abord légales : ce sont « des mœurs, des manières, des exemples reçus [qui] peuvent la faire naître [la liberté politique] ; et de certaines lois civiles [qui peuvent] la favoriser »<sup>768</sup>. Cette vision est clairement opposée au discours et aux actions de la royauté depuis le XVI<sup>e</sup> siècle – et principalement sous

---

<sup>765</sup> *Ibid.*, Livre VI, chapitre I.

<sup>766</sup> *Ibid.*, Livre VI, chapitre I. Voir : COURTNEY, Cecil P., « Montesquieu and the Problem of *la diversité* », *Enlightenment Studies in Memory of Robert Shackleton*, Barber et Courtney (dir.), Oxford, The Voltaire Foundation, 1988, p. 61-81 ; *ID.*, « Scepticisme et diversité chez Montesquieu », *Montesquieu. Les années de formation (1689-1720)*, Volpillac-Augier (dir.), Oxford, Voltaire Foundation/Naples, Liguori, 1999, 143-151.

<sup>767</sup> *Ibid.*, Livre VI, chapitre II (nous soulignons).

<sup>768</sup> *Ibid.*, Livre XII, chapitre I. Sur ce sujet : LARRERE, Catherine, « Droit et mœurs chez Montesquieu », *Droits*, n° 19, 1994, p. 11-22 ; SPECTOR, Céline, « Coutumes, mœurs, manières », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpillac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376474087/fr> (consulté le 23 juillet 2019).

le règne de Louis XIV –, centrés sur la quête d'une justice expéditive visant à réduire les formes et à unifier la procédure. Elle témoigne, ne serait-ce que comme ébauche, de la méfiance à l'égard de la bureaucratie étatique qui a comme conséquence la subjectivation de la procédure dans les régimes constitutionnels libéraux<sup>769</sup>. Toutefois, l'auteur ne fait pas une critique systématique du système de l'ordonnance criminelle, malgré sa préférence des systèmes constitutionnel et juridictionnel de l'Angleterre<sup>770</sup>.

Dans son argumentation, Montesquieu se réfère principalement à l'administration de la justice en matière criminelle, car c'est « de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen »<sup>771</sup>. L'auteur évoque certains principes relatifs aux procédures et aux peines en la matière : il déconseille la justice rendue par le monarque en personne, car il peut porter atteinte à la constitution, aux formalités de la justice et *in fine* à la sûreté des particuliers<sup>772</sup>, ainsi que celle des ministres<sup>773</sup> et des commissaires de justice<sup>774</sup>. Il rappelle plusieurs fois la règle des deux témoins<sup>775</sup>, évoque la proportion des peines par rapport à la « nature du délit » pour contrer l'arbitraire<sup>776</sup>. Enfin, il condamne l'Inquisition comme « insupportable dans tous les gouvernements », car la justice humaine « n'a qu'un pacte avec les hommes, qui est celui de l'innocence »<sup>777</sup>.

---

<sup>769</sup> Selon la réflexion de Niklas Luhmann développée *supra*, p. 33. L'un de ses commentateurs de l'époque de Montesquieu développe ce point : « Dans les Monarchies on perd une partie de la liberté, quand le Prince nomme des Commissaires pour juger les particuliers ; quand il emploie des espions pour examiner la conduite de ses sujets ; quand il permet aux Citoyens de s'accuser mutuellement dans des écrits anonymes, & qu'il a égard à ces accusations », LA PORTE, Joseph, *Observations sur l'esprit des lois, ou l'art de lire ce livre, de l'entendre et d'en juger*, Amsterdam, Mortier, 1751, p. 146. Voir : CARRITHERS, David W., « Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence », *Montesquieu's science of politics : essays on the spirit of laws*, Carrithers, Mosher, Rahe (dir.), Lanham, Rowman & Littlefield, 2001, p. 291-334 ; JAUME, Lucien, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, 2010, p. 95-125 ; LARRÈRE, Catherine, « Montesquieu and Liberalism. The Question of Pluralism », *Montesquieu and his Legacy*, Rebeca Kingston (dir.), Albany, University of New York Press, 2008, p. 279-299 ; PANGLE, Thomas, *Montesquieu's Philosophy of Liberalism : A Commentary on the Spirit of Laws*, University of Chicago Press, 1973. Une interprétation non libérale de la pensée de Montesquieu se trouve dans ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, la politique et l'Histoire*, Paris, PUF, 1959.

<sup>770</sup> Préférence qui se manifeste notamment dans les chapitres 3, 16 et 17 du livre VI ; 6 et 18 du livre XI ; 9 du livre XII ; et 27 du livre XIX de l'*Esprit des lois*. Sur l'anglophilie de Montesquieu et ses échos : RAHE, Paul, « The Book That Never Was : Montesquieu's *Considérations on the Romans* in Historical Context », *History of Political Thought*, Vol. XXVI, No. 1, 2005, p. 80-89 ; RAYNAUD, Philippe, « Angleterre », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpillac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1377670054/fr> (consulté le 23 juillet 2019) ; TILLET, E., *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel...*, op.cit., p. 251-291.

<sup>771</sup> MONTESQUIEU, *EL*, op. cit., Livre XII, chapitre II.

<sup>772</sup> *Ibid.*, Livre VI, chapitre V.

<sup>773</sup> *Ibid.*, Livre VI, chapitre VI.

<sup>774</sup> *Ibid.*, Livre XII, chapitre XXII.

<sup>775</sup> *Ibid.*, Livre VI, chapitre XVII ; Livre XII, chapitres III et XIX.

<sup>776</sup> *Ibid.*, Livre XII, chapitre IV et ss. Sur ce sujet : CARRITHERS, David W., « Montesquieu's Philosophy of Punishment », *History of Political Thought*, Vol. 19, No. 2, 1998, notamment p. 213-240 ; LARRÈRE, Catherine, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Michel Porret (éd.), Genève, Droz, 1997, p. 89-108.

<sup>777</sup> *Ibid.*, Livre XXVI, chapitres XI et XII.

Pour autant, Montesquieu ne fait pas de la complexité des procédures le but ultime pour le législateur. Au contraire, il voit un risque dans l'excès des formalités :

« [elles] choqueraient le but des lois mêmes qui les auraient établies : les affaires n'auraient point de fin ; la propriété des biens resterait incertaine ; on donnerait à l'une des parties le bien de l'autre sans examen, ou on les ruinerait toutes les deux à force d'examiner. Les citoyens perdraient leur liberté et leur sûreté, les accusateurs n'auraient plus les moyens de convaincre, ni les accusés le moyen de se justifier. »<sup>778</sup>

Les auteurs influencés par la pensée de Montesquieu, y compris dans le milieu parlementaire, ne se focalisent pas sur la complexité des formes dans l'administration de justice. Les quelques commentaires sur le sujet sont plutôt critiques, comme ceux de Joseph Bernardi<sup>779</sup> ou de Augustin Rouillé d'Orfeuil (†18... ?)<sup>780</sup>. Or, dans l'histoire des idées juridico-politiques de l'Ancien Régime, sa pensée constitue un infléchissement dans la rationalité de la norme procédurale : celle-ci doit procurer davantage une impression de sûreté individuelle aux citoyens<sup>781</sup>. Le fondement de la liberté individuelle se trouve dans l'application de la norme procédurale, car c'est elle – et non la norme de droit « substantiel » – qui produit un rapport entre le régime politique constitué et le citoyen.

\*

\*      \*

Sous l'Ancien Régime, le principe du respect de la procédure a comme fondement la liberté des sujets. En ce sens, la pensée politique a été toujours soucieuse

---

<sup>778</sup> *Ibid.*, Livre XXIX, chapitre I. C'est *in fine* la modération tant évoquée par Montesquieu qui doit l'emporter : BENREKASSA, Georges, « Modération », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013. URL : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376478527/fr> (consulté le 23 juillet 2019) ; SPECTOR, Céline, « Montesquieu et l'histoire : théorie et pratique de la modération », *Le sens du devenir historique*, Binoche et Tinalnd (dir.), Seyssel, Champ Vallon, 2000, p. 53-75. Pour une vision d'ensemble : HALEVI, Ran, « La modération à l'épreuve de l'absolutisme. De l'Ancien Régime à la Révolution française », *Le débat*, n° 109, 2000/2, p. 73-99.

<sup>779</sup> BERNARDI, Joseph-Dominique-Elzéar de, *Essai sur les révolutions du droit françois...*, suivi des vues sur la Justice Civile, ou projet de réformation dans l'administration de la Justice Civile, Paris, Serviere, 1785, p. 376.

<sup>780</sup> ROUILLE D'ORFEIL, A., *L'alambic des loix, ou observations de l'ami des françois...*, *op. cit.*, p. 131-132. Les références biographiques sur l'auteur ne donnent pas davantage d'informations : il s'agit d'un militaire (lieutenant-colonel, colonel, puis brigadier de dragons). Certains références biographiques et bibliographiques confondent l'auteur de ce texte avec l'intendant Gaspard-Louis Rouillé d'Orfeuil (1732-1791).

<sup>781</sup> Voir : SPECTOR, Céline, « Montesquieu et la crise du droit naturel moderne. L'exégèse straussienne », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 77, no. 1, 2013, p. 65-78.

de rendre le pouvoir public légitime, même si certains changements s'opèrent dans la conception de la norme procédurale au tournant du XVII<sup>e</sup> siècle. L'idée centrale de toute l'argumentation demeure la suivante : le pouvoir politique (en l'occurrence monarchique) n'est pas despotique parce qu'il s'exprime à travers les formalités, procédures et formes. Ce discours est bien évidemment forgé et martelé par les juristes et les institutions de l'administration judiciaire sous la monarchie française. La triade précédemment évoquée – Lamoignon, d'Aguesseau et Montesquieu – confirme l'intérêt majeur des juristes proches de la pratique judiciaire à façonner un argumentaire efficace autour le respect de ses formes. Les magistrats des cours souveraines arborent ce « discours du Palais », lesquels, en raison de leur importance majeure dans la structure de la monarchie, jouent un rôle central dans la réflexion qui aboutit à la conceptualisation d'un droit au procès.



## TITRE II : LE ZELE DE LA MAGISTRATURE COMME RELAIS POUR GARANTIR LE DROIT AU PROCES

« Nous ne dirons pas, Sire, que le zèle des magistrats et leur amour pour la Justice puissent répondre, dans tous les cas, de l'exécution rigide des ordonnances, prévenir ou punir toutes les fraudes. Mais ces précautions sont les seules à prendre pour empêcher le désordre ».

- Remontrances du Parlement de Paris du 9 mai 1784.

Dès le Moyen Âge, du temps de la *curia in parlamento*, la magistrature est maîtresse de la procédure. Son emprise n'est pas seulement fonctionnelle en raison de la connaissance de cette matière – raison pour laquelle elle s'est détachée de la *curia regis* –, elle est surtout liée au fait que la magistrature peut produire son objet même. Depuis le règne de Louis IX, la royauté légifère davantage sur ce domaine. Le contrôle de la magistrature sur la procédure diminue sans disparaître toutefois. En effet, elle intervient à maintes reprises sur son contenu, souvent à la demande même de la royauté. Cette marge d'intervention de la magistrature sur les normes procédurales demeure assez étendue jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Or le sens de l'intervention des cours change de visage aux yeux de la royauté, notamment lorsque le triomphe théorique de la monarchie absolue met en question les rapports de force entre les institutions « traditionnelles »<sup>782</sup>. Ainsi, les juges réorientent leur argumentaire à la fois théorique et historique pour modérer les conséquences que la mise en œuvre de l'« absolutisme » opère sur la procédure judiciaire.

La magistrature affirme que la logique du gouvernement et le règne de la justice sont strictement indissociables grâce à des arguments *procéduraux* ou *formels*. Elle s'appuie sur deux revendications : d'abord, la défense de prérogatives institutionnelles, conçues également comme des prérogatives de corps et *in fine* comme des privilèges.

---

<sup>782</sup> « Ce "corps" [du parlement] est de plus en plus juge et de moins en moins conseiller du gouvernant, tandis que le roi est de plus en plus "chef d'Etat" et de moins en moins "justicier". L'un et l'autre prennent conscience de leur altérité sans renier leur mutuelle dépendance. Les parlements façonnent, par des procédures et des outils singuliers, une "vérité judiciaire" en marge de la vérité royale. D'où la volonté des monarques à partir du XVI<sup>e</sup> siècle que le parlement ne leur remontre pas sur leurs "actes de gouvernement" relevant d'une logique politique [...] ». SAINT-BONNET, F. et SASSIER, Y., *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 347.

Il s'agit donc de la compétence au sens large du terme<sup>783</sup>. Ensuite, la conscience que les magistrats ont de leur rôle de *sacerdotes justitiæ*, et partant de la nature quasi-divine de la *jurisdictio*<sup>784</sup>. Ces deux éléments sont essentiels pour saisir la notion de zèle de la magistrature.

Pour cette dernière, penser le droit au procès implique en principe penser le(s) droit(s) de ceux qui peuvent le *produire*. Autrement dit, le raisonnement passe d'abord par le fait de respecter les prérogatives des corps de la monarchie et des formes de la justice historiquement établies (Chapitre 3). C'est à partir de ce préalable que le droit au procès peut être pensé pour les sujets du roi, lesquels sont les *récepteurs* de l'objet produit par les institutions « compétentes ». Ainsi, pour les sujets du roi, le droit au procès suppose le respect que lesdites institutions devaient garder des formalités des procédures de justice (Chapitre 4).

---

<sup>783</sup> Selon la définition de Philippe Théry, il s'agit autant de la compétence *subjective* (X organe est compétent), que de la compétence *objective* (l'abstraction des critères pour décider de la compétence de X organe). D'un point de vue encore plus subjectif et familier, la compétence réfère aussi la certitude de la qualification de la personne en raison de ses connaissances et son expertise sur une matière. THÉRY, Philippe, *Verbo* « compétence », *Dictionnaire de la culture juridique...*, *op. cit.*, p. 247-251.

<sup>784</sup> Voir les travaux de Marie-France Renoux-Zagamé et Jacques Krynen précités.

### Chapitre 3. Le respect des formes et des prérogatives des corps de la monarchie

Le discours de la magistrature d'Ancien Régime autour le respect de la procédure est essentiellement institutionnel. Cependant, dès le XVII<sup>e</sup> et principalement au XVIII<sup>e</sup> siècle, les parlements commencent à forger les liens entre les formes de justice et les droits des sujets. Ils esquissent ainsi dans leur discours les aspects subjectifs que revêt la procédure. Or ceux-ci sont indissociables de leur conception organiciste de la société et du pouvoir judiciaire conçu en tant que « prérogative ».

Le « discours du Palais » cristallise l'image du corps organique du royaume existant depuis le Moyen Âge. Dans un texte célèbre des remontrances de l'avocat général Séguier au roi séant en son lit de justice en mars 1776, il affirme que les corps sont les « anneaux d'une grande chaîne dont le premier est dans les mains de Votre Majesté »<sup>785</sup> et qu'ils font partie de la *constitution* de la monarchie française. Au-delà des évolutions du discours traditionnel de la magistrature – d'aucuns parlent de détournements<sup>786</sup> – pendant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, cette conception organique du royaume a des racines lointaines<sup>787</sup>. Des trois ordres de la société féodale aux corps institutionnels – en passant par une multitude de « communautés » en raison des métiers, fonctions, territoires –, l'État royal n'est pas l'œuvre d'un quelconque pouvoir « constituant » du souverain, mais des « mœurs » de sa population. Partant, les revendications politiques ont un caractère organique, car elles supposent l'affirmation de l'appartenance à un *corps* de la monarchie et par conséquent à un certain nombre de libertés qui y sont rattachées. De même, elles prétendent rétablir une situation antérieure modifiée par la royauté ou par l'effet corrupteur du temps.

En ce sens, les grands juges – et en principe les parlements, corps judiciaire par excellence dans la monarchie – se prévalent de sa consubstantialité avec le corps du roi (*pars corporis regis*). Cette idée n'est pas sans laisser penser au changement du régime

---

<sup>785</sup> L'avocat continue : « La seule idée de détruire cette chaîne précieuse devrait être effrayante. Les communautés de marchands et artisans font une portion de ce tout inséparable qui contribue à la police générale du royaume : elles sont devenues nécessaires ; et pour nous renfermer dans ce seul objectif, la loi, sire, a érigé des corps de communautés, a créé des jurandes, a établi des règlements, parce que l'indépendance est un vice dans la constitution politique, parce que l'homme est toujours tenté d'abuser de la liberté ». ISAMBERT, Tome XXIII, p. 423.

<sup>786</sup> A commencer, bien évidemment, par Louis XV lui-même dans son discours de la flagellation : TEYSSEIRE, Daniel, « Un modèle autoritaire : le discours de "la flagellation" », *Mots*, n°43, juin 1995, Acte d'autorité, discours autoritaires, p. 118-127.

<sup>787</sup> KANTOROWICZ, E., *Les deux corps du roi...*, *op. cit.*, p. 145-171 ; RAMEIX, Suzanne, « Corps humains et corps politique en France. Statut du corps humain et métaphore organiciste de l'État », *Laval théologique et philosophique*, 54(1), p. 41-61, disponible sur : <https://www.erudit.org/fr/revues/ltp/1998-v54-n1-ltp2160/401133ar.pdf> (consulté le 6 mai 2020).

monarchique en aristocratie des rois, comme semble l'affirmer la royauté dans les moments de conflit. Or les parlements prétendent surtout rétablir la *jurisdictio*<sup>788</sup>, fonction de justice au sens large, comme prérogative de certaines institutions et de certains corps de la monarchie depuis les origines. Il est donc question pour la magistrature de retracer les origines des prérogatives de reddition de la justice, tâche délicate dans l'*imbroglio* judiciaire de l'Ancien Régime.

Cependant, en bonne logique coutumière, les parlements sont loin de vouloir dresser une liste exhaustive des institutions bénéficiant la *jurisdictio*. Au contraire, leur stratégie pour défendre les prérogatives institutionnelles relatives à la procédure consiste plutôt à accuser d'« usurpateurs de la justice » ceux qui se revendiquent d'avoir la *jurisdictio* (Section 1) et de s'attaquer principalement à ceux que les parlements considèrent comme leurs rivaux (Section 2).

---

<sup>788</sup> Sur la signification de ce mot depuis le Moyen Âge : BEAUD, O., *La puissance de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 44-46 ; COLSON, R., *La fonction de juger...*, *op. cit.*, p. 12-14 ; GAUDEMONT, Jean, « Pouvoir d'ordre et pouvoir de juridiction. Quelques repères historiques », *L'Année canonique*, Tome XXIV, 1985-1986, p. 84 ; LEGENDRE, Pierre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, Paris, Jouve, 1964, p. 120-121 ; TIERNEY, Brian, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, p. 46-50.

## Section 1. Les parlements contre l'« usurpation de la justice »

Le premier objet des revendications des parlements consiste à dénoncer les nouveautés dans l'exercice de la *jurisdictio*. En effet, le mot d'« usurpation » apparaît à maintes reprises au long des remontrances des parlements sous l'Ancien Régime. Il implique toujours dérèglement et désordre. En 1767, le parlement de Paris le décrit ainsi : « ce qui est usurpation n'a jamais de règles ni de bornes fixes. On ne saurait le définir, on craindrait de l'avouer, on ne veut pas le circonscire, on l'étend ou on le restreint, selon la facilité qu'on trouve ou selon ce qu'on rencontre de résistance »<sup>789</sup>. L'écho de l'*ordo* médiéval résonne, ordre politique temporel – dans le sens d'ordonnancement – à l'image de l'ordre divin immuable. Concernant la *jurisdictio*, l'idée d'usurpation part d'un présupposé : la « victime » en est le roi, les usurpateurs lui « arrachent » une partie de sa majesté. Bien entendu, cette circonlocution prétend toujours défendre les formes et prérogatives des corps qui exercent traditionnellement la *jurisdictio* dans la monarchie.

L'« usurpation de la justice » que dénoncent les parlementaires poursuit deux objectifs principaux : valoriser, sur le plan théorique, l'existence d'une « juridiction ordinaire » réglée depuis les origines de la monarchie et exercée par les officiers de justice (§1) et contester, sur le plan pratique, le recours de plus en plus fréquent aux commissions de justice (§2).

### §1. La valorisation de la juridiction « ordinaire »

La notion de *judex ordinarius*, attestée depuis l'empire romain tardif<sup>790</sup>, a fait l'objet d'une réutilisation au Moyen Âge par le pape qui revendique, à côté de la *plenitudo potestatis*, la condition de *judex ordinarius omnium*<sup>791</sup>. L'empereur, les rois et les grands seigneurs en font de même pour le domaine temporel dans leurs ressorts<sup>792</sup>.

---

<sup>789</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 717.

<sup>790</sup> L'opposition entre *judex ordinarius* et *judex delegatus* se trouve dans : C.J. 1. 37. 2., C.J. 3. 1. 5, et C.J. 3. 1. 16.

<sup>791</sup> Tant dans le domaine spirituel que temporel. Voir sur ce sujet : WATT, John A., « The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century : the Contribution of the Canonists », *Traditio*, vol. 20, Cambridge University Press, 1964, p. 268-281 ; MÜBIG, U., *El juez legal...*, *op. cit.*, p. 51-85 ; TIERNEY, Brian, « "Tria Quippe Distinguit Iudicia..." A Note on Innocent III's Decretal *Per Venerabilem* », *Speculum*, Vol. 37, No. 1 (1962), p. 48-59.

<sup>792</sup> Selon Thomas d'Aquin, celui qui a la *potestas ordinare*, ou bien celui à qui est donné l'investiture – *commissio* –, peut exercer la fonction de juger (*Somme Théologique*, IIa-IIae, Q. 67, 1). L'empereur revendique la *potestas ordinare*, de même

Or, si la magistrature reconnaît la suprématie royale et l'accepte de façon implicite dans la notion de *judex ordinarius*, elle avance néanmoins l'idée d'une juridiction ordinaire et « naturelle » qui revient à certaines institutions de la monarchie. En valorisant l'existence d'une *jurisdictio naturalis* la magistrature ancienne prétend conserver la majesté royale (A), ainsi que défendre le statut des officiers de justice (B).

### A. Conserver la majesté royale

Les fondements théoriques de l'argumentation de la magistrature ancienne pendant les deux derniers siècles de la monarchie française plongent leurs racines à la fin du Moyen Âge<sup>793</sup>. Au XIV<sup>e</sup> siècle, la royauté conçoit l'administration de la justice exercée par la *curia in parlamento* comme une représentation. Le parlement est perçu comme étant à l'image de la majesté royale : il représente « sans moyen » la *dignitas regia*, le corps « mystique » et pérenne du roi<sup>794</sup>. À partir de cette dénomination d'origine royale, il se perçoit sur un plan organiciste, et non seulement fonctionnel. En effet, lorsque le roi confie aux parlements sa fonction de justice, il ne s'agit nullement d'une « délégation » de la *jurisdictio*<sup>795</sup>. Au contraire, il est question d'une fonction essentielle au corps mystique du roi, même si son corps physique ne peut l'assurer de manière permanente. Ainsi, de la fin du Moyen Âge au XVI<sup>e</sup> siècle, les grands juges revendiquent, par leurs discours et leurs actions, la *jurisdictio* comme moyen de conservation de la couronne : par le développement de la souveraineté judiciaire royale face aux justices concurrentes ; par la protection du domaine de la couronne ; par l'affirmation des règles intangibles de transmission de la couronne ; et, finalement, par le rôle central qu'elle joue en temps de minorité royale<sup>796</sup>.

---

que les rois des différents royaumes. Néanmoins, en ce qui concerne la *jurisdictio* elle est également reconnue au XII<sup>e</sup> siècle à certaines autorités *sine titulo* : les seigneurs féodaux, les consuls, les *podestà*, les chefs des corporations entre autres. Voir : PICARDI, Nicola, « Le Juge naturel. Principe fondamental à niveau européen... », *op. cit.*, p. 27-73. Au XVI<sup>e</sup> siècle, la définition de Pierre Rebuffe accepte le caractère ordinaire des juridictions seigneuriales : « *Ordinarius vero iudex est qui iure suo vel principi beneficio universaliter iurisdictionem exercere potest. [...]* & *in Gallia quidam sunt Regii, quidam dominorum locorum [...]* », REBUFFE, Pierre, *In titulo Digestorum de verborum et rerum significatione commentaria amplissima*, Lyon, 1576, p. 1053-1054, cité par : FABRY, P., *L'État royal : normes, justice et gouvernement...*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>793</sup> Nous suivons ici principalement : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 62-78. Voir *supra* la note de bas de page n° 433.

<sup>794</sup> L'occurrence du mot représentation est attestée depuis 1318. Pourtant, pour Jacques Krynen il s'agit de « proclamations royales incidentes », *ibid.*, p. 65-67.

<sup>795</sup> Comme l'a démontré Jacques Krynen, la délégation fait partie du langage du droit privé – *procuratio* –, ce qui n'est guère le sens donné à la fonction de justice par la magistrature et même par la royauté au Moyen Âge, *ibid.*, p. 67-72. Voir également pour le XV<sup>e</sup> siècle : MARTIN, Frédéric F., *Justice et législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique à la veille des Temps modernes*, Clermont-Ferrand, Paris, Fondation Varenne – LGDJ, 2009, p. 183-188.

<sup>796</sup> Sur ce sujet, voir : DOOLIN, Paul, *The Fronde*, Cambridge, Harvard University Press, 1935, p. 148-152.

Forte de ces précédents historiques, la magistrature affirme au début du XVII<sup>e</sup> siècle l'existence et le respect dû à une juridiction ordinaire et « naturelle » – *jurisdictio naturalis*<sup>797</sup> – nécessaire pour la conservation de la majesté royale. En 1610, au moment de la régence de Marie de Médicis, Nicolas Pasquier – fils d'Etienne Pasquier, dont le rôle central dans le développement des arguments utilisés par la magistrature est attesté<sup>798</sup> – donne un exemple de cette idée :

« Ne faites rien contre la justice, ôtez les abus qui se font par faveur & surprise aux Évocations & Abolitions, faites garder les ordonnances Royaux de point en point, sans y contrevenir, & laissez aux procès les formes ordinaires, sans les faire juger par Commissaires, ne rompez & enfreignez l'autorité des saintes lois [...], pensez que ce sont les principales armes, par lesquelles en la minorité de notre Roy, sa Majesté & la vôtre seront singulièrement conservées [...] »<sup>799</sup>

En ce sens, les *Treze livres des parlemens de France* de Bernard de La Roche-Flavin représentent une première systématisation des arguments de la magistrature ancienne<sup>800</sup>. L'ordre de la justice est naturel, tout comme la nature est ordonnée par Dieu : « si cet ordre se trouve *sans variation dans la nature*, à plus forte raison le doit-il être en la Justice, qui est la mère tutrice & conservatrice de l'ordre »<sup>801</sup>. La métaphore organique est également évoquée, pour affirmer que les Magistrats sont les « yeux & oreilles du Prince » et que, dans tous les cas, ils sont une partie essentielle du corps politique<sup>802</sup>. Ainsi, la *jurisdictio* doit être gardée comme anciennement, car les tribunaux sont appelés « sièges de justice », et les juges appelés « justes & *ius ipsum* », autrement dit, ils ont le « droit à la *jurisdictio* »<sup>803</sup>. La justice instituée par le roi n'est qu'un « éclat & influence de la puissance absolue du Prince » tout comme la puissance

<sup>797</sup> L'expression apparaît pour la première fois dans la *Somme rural* de Jean Bouteiller (seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle). Sa réutilisation dans le cadre du conflit entre les parlements et la royauté est attribuée à Etienne Pasquier et Pierre Ayraut dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle. DUPUIS-BERRUÉ, M., *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France...*, *op. cit.*, p. 239 et 319-326.

<sup>798</sup> DAUBRESSE, S., *Le parlement de Paris ou la voix de la raison...*, *op. cit.*, p. 57-60.

<sup>799</sup> PASQUIER, Nicolas, *Remonstrances tres humbles a la Royne Mere regente en France, pour la conservation de l'Estat, pendant la minorité du Roy son fils*, Paris, Jean Petit-Pas, 1610, p. 19-20 (nous soulignons).

<sup>800</sup> L'importance de cet ouvrage pour l'ensemble d'arguments et prétentions parlementaires est à juste titre soulignée par : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 228-238 ; *ID.*, « À propos des *Treze livres des parlemens de France* », *Les parlemens de province*, Jacques Poumarède et Jack Thomas (dir.), Toulouse, FRAMESPA, 1996, p. 691-705.

<sup>801</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treze livres des parlemens de France...*, *op. cit.*, p. 305 (nous soulignons). L'argument est avancé principalement pour les rangs et séances à l'intérieur des parlements.

<sup>802</sup> *Ibid.*, p. 689.

<sup>803</sup> *Ibid.*, p. 304. En ce sens, La Roche-Flavin s'oppose à l'interprétation qu'André Alciat fait de la *jurisdictio*. Ce dernier considère, dans son interprétation du droit romain, que les magistrats n'ont pas la *jurisdictio* comme un droit en soi (*ius ipsum*) mais l'usage de la *jurisdictio* (*ipse usus*). Partant, les magistrats sont seulement les « usufruitiers » de la *jurisdictio*. Voir : LEE, D., *Popular sovereignty...*, *op. cit.*, p. 104-106.

souveraine du Prince « est un rayon & éclat de la toute-puissance de Dieu »<sup>804</sup>. Néanmoins, l'auteur affirme que le roi peut s'écarter de la justice divine, sous peine bien entendu de tacher sa majesté, illustrant ses propos avec les exemples de Charles V ou de Jean de France<sup>805</sup>.

Les remontrances générales du parlement de Paris au début du règne de Louis XIII (1615) ne formulent pas l'idée de la conservation de la majesté dans les doléances relatives à la justice et à la défense des juridictions ordinaires<sup>806</sup>. Cependant, elle devient centrale lorsque pendant le ministériat de Richelieu, la royauté utilise de plus en plus des formes extraordinaires pour rendre la justice. La remontrance du président du parlement de Paris Nicolas de Bellièvre au roi en 1631 évoque l'importance de la juridiction ordinaire :

« Les grands Rois établis de Dieu, chéris et révéérés de leurs peuples, possèdent en toutes leurs assurances leur sceptres par une longue entresuit de successions, ressemblent au soleil en son solstice d'été dont les mouvements sont lors plus lents et tardifs. Aussi ces princes ayant les passions plus modérées, ils laissent bien plus volontiers jouir leurs sujets de la liberté et sûreté qui se retrouve plus communément dedans les Justices ordinaires »<sup>807</sup>

On peut apercevoir dans le discours de Bellièvre un certain parallélisme avec la maxime morale de délibération de la législation évoquée plus haut<sup>808</sup>, cette fois-ci appliquée à la *jurisdictio*. Le magistrat de Bellièvre ne met pas en cause la *jurisdictio* ordinaire du roi et ces implications institutionnelles, mais il considère que troubler l'ordre ancien porte atteinte à la légitimité du pouvoir royal. Or l'ordre ancien se confond également avec un ordre légal, concrétisé dans l'ordonnance de Blois de 1579<sup>809</sup>. L'idée semble paradoxale, car elle est à mi-chemin entre la conservation d'un ordre immuable et d'un ordre légal – qui serait par sa nature même variable. Pourtant, elle devient plus claire dans le milieu des robins au moment de la fronde parlementaire.

---

<sup>804</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlemens de France...*, *op. cit.*, p. 690.

<sup>805</sup> L'ombre de la tyrannie est présente : « Étant la vraie & solide gloire d'un Roi – ce sont les mots de Charles V – de soumettre sa hauteur & Majesté à justice ; & étant sans comparaison l'acte de faire justice trop plus Royal, que faire la guerre : pour autant que faire la guerre est un acte commun tant au bon Prince qu'au Tyran, & non faire justice ». *Ibid.*, p. 690-691.

<sup>806</sup> *Remonstrances présentées au Roy par Nosseigneurs du Parlement, le vingt-uniesme may, 1615...*, *op. cit.*, p. 19-22.

<sup>807</sup> BNF, Ms. fr. 18415, *Mémoires discours, correspondance et papiers divers de Nicolas de Bellièvre, sieur de Grignon, procureur général et président à mortier au parlement de Paris (1601-1648)*, fol. 1, cité par : KADLEC, Lauriane, *Quand le parlement de Paris s'oppose à l'autorité royale. L'affaire de la chambre de justice de l'Arsenal (14 juin 1631-mars 1632)*, Paris, Honoré Champion, 2007, p. 122.

<sup>808</sup> Chapitre 1, Section 1, §1.1.2., p. 59-64.

<sup>809</sup> KADLEC, L., *Quand le parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 123.

Leur opposition aux mesures de la régente Anne d'Autriche se concrétise en effet dans la déclaration explicite de conservation des ordonnances d'Orléans de 1561, de Moulins de 1566 et de Blois de 1579<sup>810</sup>. À cela s'ajoute le discours du premier président Mathieu Molé en juillet 1648, qui avance l'idée de la Majesté conservatrice d'un ordre « naturel » de la justice :

« Nous dirons seulement à Votre Majesté que comme le droit de rendre à chacun ce qui lui appartient [...] est la véritable marque de la souveraine puissance. En ce précieux ornement des couronnes reluit la majesté royale qui doit être chérie et conservée par-dessus tout : il consiste principalement en l'ordre qui doit être gardé par les monarques et par ceux qui sont employés en l'exercice d'icelle [...]. Si le changement de ces ordres publics n'importait point au repos de l'État, ce sénat ne témoignerait point si souvent tant de fermeté pour les faire observer. Ces lois ne sont point les ouvrages des hommes, cet ordre des polices humaines est une ombre de celui de l'Éternel, de cette sagesse divine qui se déroule en terre par l'esprit des princes souverains, comme par des canaux choisis par le Tout-Puissant pour se communiquer aux hommes »<sup>811</sup>

Les arguments doctrinaux et précédents normatifs de la Fronde, malgré leur maigre efficacité pendant le long règne de Louis XIV, sont repris par les parlementaires au XVIII<sup>e</sup> siècle. Ils sont davantage développés pour défendre leurs prérogatives institutionnelles. Au début du règne de Louis XV, on trouve deux exemples dans les remontrances du parlement de Paris : celles du 1<sup>er</sup> mars 1721 concernant le jugement du duc de la Force, pair du royaume, Henry-Jacques-Nompar de Caumont<sup>812</sup> ; et celles du 9 janvier 1731 sur les évocations. Dans les premières, le parlement considère que « par la constitution de l'État la connaissance [des affaires de la pairie] appartient de

---

<sup>810</sup> Par le biais de l'article 17 de la déclaration des cous souveraines assemblées dans la Chambre Saint-Louis de 1648 et le discours de Mathieu Molé du 31 juillet 1648. *Journal contenant tout ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 13-14. La régence accepte dans sa déclaration du 31 juillet 1648 « que le règlement sur le fait de la justice porté par ses ordonnances d'Orléans, Moulins et Blois, fût exécuté [...] », MOLÉ, Mathieu, *Mémoires*, Tome III, Paris, Jules Renouard et Cie., 1856, p. 239.

<sup>811</sup> L'argument ici ne concerne pas exclusivement les atteintes à la juridiction ordinaire, mais aussi à l'administration des finances, aux impôts et aux formes d'élaboration de la norme. MOLE, M., *Mémoires...*, *op. cit.*, Tome III, p. 237.

<sup>812</sup> Sur cette affaire : SERGENT, Louis, « Le procès des épiciers contre le duc de La Force », *Bulletin de la Société d'histoire de la pharmacie*, 14<sup>e</sup> année, n° 49, 1926, p. 211-214. Une requête du duc de La Force au roi décrit les prétentions du parlement de Paris en ces termes : « Il [le parlement de Paris] a commencé par faire entendre à ceux d'entre les Pairs qui avaient assisté à ses délibérations, qu'il était de leur intérêt de l'avoir toujours pour Juge, & de ne pas courir les risques des Jugements que des Commissaires nommés par Votre Majesté pourraient prononcer ; comme si l'intégrité & les lumières étaient données au Parlement seul, & que Votre Majesté fut capable d'inspirer aux Commissaires qu'elle aurait choisis des sentiments contraires à leur devoir », *Requête de M. le duc de La Force, pair de France, présentée au Roy le 26 May 1721*, [s.l], 1721, p. 216.

droit au Parlement »<sup>813</sup>. Dans les secondes, le parlement recense de multiples dispositions royales faites depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, relatives à l'administration de justice. L'argument devient ainsi de plus en plus « légal ». Autrement dit, la juridiction ordinaire est fixée par les ordonnances royales moyennant les procédures établis de tous temps :

« Nos rois ont regardé dans tous les temps leur parlement comme le dépositaire perpétuel et immédiat de leur justice souveraine ; ils ont reconnu que la manutention des ordonnances qui règlent *l'ordre public des juridictions* est le bien le plus sûr, le plus ferme appui de la fidélité et de l'obéissance des peuples envers les rois ; que si elle fait le bonheur des sujets, elle concilie et assure en même temps au souverain l'amour et les cœurs de tous ceux qu'il gouverne. »<sup>814</sup>

La notion d'ordinaire est étroitement liée à celle d'*ordre public*, et partant, à celle de stabilité des lois. Lors du conflit avec le Grand Conseil en 1753<sup>815</sup>, le parlement de Paris martèle l'argument d'après lequel le respect des juridictions ordinaires renforce la stabilité du royaume, et *in fine* l'autorité du roi lui-même<sup>816</sup>. Cependant, ce discours ne se réduit pas aux juridictions ordinaires au sommet de la hiérarchie de la justice – parlements et cours souveraines *grosso modo*. Pour le parlement de Paris, l'ordre judiciaire doit être tout entier conservé dans les formes ordinaires pour qu'il puisse accomplir ses objectifs. Ainsi, lorsqu'il défend ses prérogatives en tant que juridiction ordinaire, il envisage également la défense de celles de ses subalternes. Les remontrances du 9 avril 1753 affirment que « maintenir la juridiction des sièges royaux inférieurs est une autre partie [des] fonctions [du parlement], également importante à

---

<sup>813</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 147 (nous soulignons).

<sup>814</sup> *Ibid.*, p. 234 (nous soulignons). Pour le parlement il n'est pas question de contester le pouvoir que le souverain a de modifier l'ordre judiciaire. En revanche, les modifications doivent être faites suivant les procédures d'élaboration de la norme que les parlements revendiquent, notamment la vérification et enregistrement des actes normatifs par les cours souveraines.

<sup>815</sup> Pour une analyse détaillée, voir : ROGISTER, John, *Louis XV and the Parlement of Paris 1737-1755*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 150-258.

<sup>816</sup> Remontrance du parlement de Paris du 3 janvier 1753 : « Arrêter le cours ordinaire de la justice, suspendre le zèle des magistrats qui n'ont d'autre désir que de la rendre avec intégrité, exposer la fortune et l'honneur de vos sujets, même la tranquillité de l'État aux suites des importunités de ceux qui présentent avec artifice à la religion du prince, sous l'apparence de l'équité, ce qui n'est que vexation et que trouble de l'ordre public », FLAMMERMONT, J., *Remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 511.

l'ordre public et à la conservation de votre souveraineté. Par eux en effet l'image de V. M.<sup>817</sup> se porte et se retrace jusqu'aux extrémités de votre royaume [...] »<sup>818</sup>.

La magistrature de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle maintient certes l'idée de la conservation de la Majesté royale, mais s'éloigne davantage des arguments organiques<sup>819</sup>. La juridiction « ordinaire » est de plus en plus conçue comme la juridiction « légale » : le roi conserve sa majesté royale parce qu'il respecte les lois relatives à la juridiction, lesquelles protègent de surcroît l'ensemble de la nation et les citoyens en tant qu'individus<sup>820</sup>.

La valorisation d'une justice « ordinaire » n'en demeure pas cantonnée à la défense abstraite d'un ensemble – soit de corps (« organique »), soit des lois (« normatif ») –, elle vise également la défense concrète des officiers ayant la *jurisdictio*. Celle-ci est conçue comme une prérogative donnée aux officiers de justice, lesquels acquièrent de ce fait un statut particulier. Elle entraîne donc la défense des prérogatives qui reviennent aux particuliers qui l'exercent de manière ordinaire.

### ***B. Protéger les prérogatives des officiers de justice***

Le statut des officiers de justice commence à se dessiner au XIII<sup>e</sup> siècle, par deux biais : d'une part, les ordonnances d'organisation de la justice de Louis IX et Philippe IV<sup>821</sup> ; d'autre part, le travail jurisprudentiel du parlement de Paris<sup>822</sup>. L'encadrement royal se développe pendant les règnes de Charles VI et Charles VII, mais le statut des officiers n'est guère déterminé, notamment en ce qui deviendra sa caractéristique principale : la stabilité de l'office. L'édit de Louis XI du 21 octobre

---

<sup>817</sup> « Votre Majesté ».

<sup>818</sup> Remontrances du parlement de Paris du 9 avril 1753 (nous soulignons). À la ligne suivante, la métaphore organique se retrouve encore une fois : « Par la liaison de ces différents canaux, qui répandent dans tout l'État la source inépuisable de votre sagesse, de votre justice et de votre bonté, tous les peuples ressentent les effets de votre protection royale. C'est V. M. qui, par leur organe, écoute les plaintes du dernier des citoyens ; c'est elle qui lui rend justice ; c'est elle qui le protège, et chacun de vos sujets voit en eux, connaît, respecte et aime son roi. C'est donc attaquer essentiellement l'État que de troubler cette heureuse correspondance. C'est s'élever contre vous-même que de méconnaître votre autorité dans le moindre de vos officiers. Leur honneur, leur juridiction font partie de ces lois de l'État confiées à votre parlement ». *Ibid.*, Tome I, p. 529-530.

<sup>819</sup> Par exemple les itératives remontrances du parlement de Paris du 13 février 1785. *Ibid.*, Tome III, p. 609-610.

<sup>820</sup> Un exemple de cette argumentation est la remontrance du parlement de Nancy du 12 janvier 1788 : « Si ces formes pouvaient être méconnues ou arbitrairement négligées, si l'autorité surprise pouvait se substituer à la Loi, & en usurper l'empire, la liberté civile serait détruite. Blessés dans ce premier des droits, les Citoyens trembleraient bientôt pour leurs propriétés, pour leur honneur & pour leur vie, qui n'ont pas de privilèges plus sacrés. La Monarchie ne serait plus qu'un nom ; & le pouvoir arbitraire, corrompant le principe de gouvernement, en préparerait la ruine & la destruction ». *Remontrances du parlement de Nancy, arrêtées le 12 janvier 1788, sur les ordres d'exil & lettres de cachets*, Bibliothèque Municipale de Lyon, 1788, p. 3.

<sup>821</sup> MOUSNIER, R., *Les institutions de la France...*, op. cit., p. 38.

<sup>822</sup> HILAIRE, J., *La construction de l'État...*, op. cit., p. 265-271.

1467 consacre l'inamovibilité des officiers de justice<sup>823</sup>, malgré les nombreuses atteintes au principe de la part du roi<sup>824</sup>. Au tournant du siècle, leur statut s'affermi grâce à la vénalité des offices, qui rapproche les caractéristiques de la propriété privée de l'exercice des offices publics<sup>825</sup>. Durant la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, la doctrine s'efforce de préciser le statut des officiers : d'une part, les rapprochements avec les magistratures romaines sont réalisés<sup>826</sup> ; d'autre part, le modèle hiérarchique de la souveraineté légale s'impose, en même temps que se précisent les différences avec les autorités non royales dotées de la *jurisdictio*<sup>827</sup>.

Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, la systématisation de Charles Loyseau apporte une clarté conceptuelle à l'office qui sera largement reprise jusqu'à la fin de l'Ancien Régime<sup>828</sup>. Sa définition est générale : l'office est une « dignité avec exercice de la puissance publique »<sup>829</sup>. Sur le plan de la fonction publique exercée, cette définition brouille la distinction entre officiers et commissaires. Cependant, Loyseau fait une différenciation dont la magistrature se sert à son tour lorsqu'elle défend ses prérogatives et celles de tous les officiers de justice : le caractère pérenne et ordinaire de l'office, opposé au caractère provisoire et extraordinaire de la commission<sup>830</sup>. Bien entendu, cette classification se heurte aux pratiques courantes telles que le cumul d'offices et commissions, ou celui d'offices de justice royale avec ceux des seigneuries<sup>831</sup>.

---

<sup>823</sup> « [...] Statuons et ordonnons par ces présentes, que désormais nous ne donnerons aucuns de nos offices, s'il n'est vacant par mort ou par résignation faite de bon gré et consentement du resignant, dont il appert dument, ou par forfaiture préalablement jugée et déclarée judiciairement et selon les termes de justice, par juge compétant et dont il apperra [sic] semblablement [...] », *ORF*, Tome XVII, p. 26.

<sup>824</sup> Voir MARTIN, F., *Justice et législation sous le règne de Louis XI...*, *op. cit.*, p. 124-132.

<sup>825</sup> « Depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, semble-t-il, vraisemblablement déjà avant de vendre eux-mêmes les principaux offices, les Rois avaient cherché à donner satisfaction aux tendances de leurs sujets sans nuire à leur propre pouvoir de choisir leurs officiers suivant la fidélité et leur compétence. Plus tard, lorsqu'ils vendirent les offices, ils songèrent d'abord à en tirer le plus possible de toutes les façons. Mais ils avaient créé à leurs officiers comme un droit de propriété sur leurs charges », MOUSNIER, Roland, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Rouen, Maugard, 1945, p. 622.

<sup>826</sup> DURET, Jean, *L'harmonie et conférence des magistrats romains avec les officiers François, tant laïcs que Ecclesiastiques*, Lyon, Benoist Rigaud, 1574.

<sup>827</sup> Principalement BODIN, J., *Six livres de la République...*, *op. cit.*, chapitre II, Livre Troisième.

<sup>828</sup> LOYSEAU, Charles, *Cinq livres du droit des offices...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>829</sup> *Ibid.*, p. 13. L'auteur opère un renversement de la définition de la définition du jurisconsulte Callistrate – *Honor est administratio Reipublicae cum Dignitatis gradu*.

<sup>830</sup> « Le vrai Office est celui qui est ordinaire, la commission est la charge extraordinaire, & le Bénéfice est la fonction Ecclésiastique. C'est pourquoi la différence de ces deux autres espèces, le vrai Office peut être défini, *Dignité avec fonction ordinaire en l'État* : le mot *ordinaire*, le distinguant d'avec la commission, & le mot *en l'État* (c'est à dire en la police civile) d'avec le Bénéfice. Sera aussi noté une fois pour toutes, que c'est en cette dernière signification, que désormais en tout cet œuvre j'usurperai le terme d'Office : comme aussi c'est de ce vrai Office, que j'entends traiter principalement, comme étant mon vrai sujet ; & non pas des Bénéfices, qui se gouvernent par les Constitutions Ecclésiastiques, qui sont souvent différents des règles des Offices civils : ni de la commission, qui n'a presque loi ni règle, ains dépend quasi du tout de la volonté de celui qui la décerne [...] », *ibid.*, p. 14-15 (souligné dans le texte).

<sup>831</sup> DESCIMON, R., « Les paradoxes d'un juge seigneurial. Charles Loyseau... », *op. cit.*, §20-28.

Le « procès de trois cents ans »<sup>832</sup> entre royauté et officiers ne saurait être exposé de manière détaillée dans le cadre de cette étude. En revanche, le discours de la magistrature ancienne concernant la protection du statut des officiers est au cœur des arguments dogmatiques sur le respect des formes et des procédures. Les parlementaires, tant dans les remontrances que dans les textes clés véhiculant leur idéologie, voient dans le statut des officiers de justice une triple protection : celle de la personne des officiers, celle de l'office en tant que charge ou institution ayant une vocation pérenne, celle des fonctions découlant de leur *jurisdictio*<sup>833</sup>.

Bernard de La Roche-Flavin – s'appuyant globalement sur l'œuvre de son contemporain Loyseau – énumère les « privilèges, immunités & exemptions des Présidents, Conseillers, & autres Officiers du Parlement » dans le livre X des *Treze livres des parlemens de France*<sup>834</sup>. La liste commence par la sacralité et l'inviolabilité de la personne des magistrats ; ce qui concrètement signifie que les atteintes à leurs corps ou à leur honneur sont *de iure* considérées comme crimes de lèse-majesté<sup>835</sup>. L'usurpation et la contrefaçon de l'office viennent ensuite ; ainsi que la présomption d'authenticité des actes émanant des officiers de justice<sup>836</sup>. L'interdiction de l'excommunication pour actes de justice de même que l'anoblissement des parlementaires et de leur descendance sont évoqués<sup>837</sup>. En outre, parmi les exemptions faites aux parlementaires on compte : les tailles, les tutelles et charges professionnelles, le ban et arrière-ban, le guet et la garde des portes, le logement des gens de guerre, ambassadeurs ou autres de la cour du roi et la gabelle du sel<sup>838</sup>. La perpétuité et la stabilité de l'office sont également énumérées, ainsi que les privilèges de *committimus* en matière civile et d'être jugés par leur corps toutes les chambres assemblées en matière

---

<sup>832</sup> D'après les mots du chancelier Maupeou en 1774, cités par : MOUSNIER, R., *Les institutions de la France...*, op. cit., Tome II, p. 560.

<sup>833</sup> Ce troisième élément mérite une remarque : les conflits de juridiction opposent souvent les juridictions ordinaires, comme c'est le cas de l'opposition des parlements à l'implantation des présidiaux au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, ou les très nombreux conflits concernant le ressort (compétence territoriale) des juridictions.

<sup>834</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treze livres des parlemens de France...*, op. cit., p. 586-640.

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 589. L'auteur réfère l'exemple d'un prêtre « qui avait proféré certaines paroles injurieuses contre un Conseiller de la Cour comme il sortait de l'Église, ne jouirait de son Privilège de cléricature [...] ».

<sup>836</sup> *Ibid.*, p. 589-590 : « Les écrits des Officiers chacun au fait de sa charge, sont publics, aussi bien que leurs personnes ; c'est-à-dire qu'étant en bonne forme, ils sont munis & assistés de la foi publique [...] ; comme les procès-verbaux des Juges, les actes des Greffiers, Notaires & Sergents, & même les acquis des Officiers des Finances, & autres semblables ».

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 590-591. Le premier est un privilège royal étendu aux parlements et aux autres officiers royaux « pour ce qui touche l'exercice de leurs juridictions & charges ». L'anoblissement est envisagé pour « les Offices de Présidents, Conseillers, Avocats, & Procureurs du Roi ès Cours des Parlements, & autres officier qui sont du corps d'icelles, & non destinés pour le service ». Sur ce sujet : CREMER, Albert, « La genèse de la notion de noblesse de robe », *RHMC*, tome 46, n°1, 1999, p. 22-38.

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 591-597 et 603.

pénale<sup>839</sup>. L'auteur mentionne aussi le privilège exclusif des conseillers des parlements de porter les habits de « la couleur royale, qui est la pourpre, ou écarlate », et le celui des présidents des parlements de porter le mortier et le manteau royal<sup>840</sup>. Enfin, on doit ajouter les rangs et préséances que les parlementaires revendiquent pour eux-mêmes et pour les officiers<sup>841</sup>.

Les ordonnances du XVI<sup>e</sup> siècle consacrent l'assurance des officiers dans leurs charges, telles que celles de Moulins ou de Blois. Pourtant, un demi-siècle plus tard, sous le règne de Louis XIII, le statut des officiers de justice commence à être systématiquement menacé par la royauté. En effet, à partir des années 1630, les torts faits à la sûreté personnelle des magistrats des cours souveraines sont plus fréquents<sup>842</sup>. À la suite du lit de justice de décembre 1635, cinq magistrats du parlement de Paris sont touchés par des lettres de cachet pour avoir continué à délibérer un édit de création d'offices de justice, contrairement aux intérêts de la royauté<sup>843</sup>. En 1648, la déclaration des cours souveraines assemblées en la chambre Saint-Louis rappelle l'inviolabilité de la personne des officiers de justice ainsi que l'inamovibilité de leur office. Et pour cause : quelques jours après l'arrêt d'union des cours souveraines parisiennes du 13 mai, plusieurs magistrats sont arrêtés<sup>844</sup>. En août de la même année, l'enlèvement de deux parlementaires – Pierre Broussel et René Potier de Blancmesnil – fait éclater une émeute à Paris<sup>845</sup>. Le parlement de Paris en profite pour exercer une pression politique très efficace sur la régence : les magistrats sont libérés le lendemain. Néanmoins, force

---

<sup>839</sup> *Ibid.*, p. 601-602, 611 et 616. Pour l'auteur, la sédentarisation du parlement par Philippe IV fait devenir le parlement une cour ordinaire, et l'ordonnance de Louis XI introduit la perpétuité des offices. Celui-ci fait également jurer Charles VIII d'observer ladite ordonnance « et non content de lui avoir fait jurer, il envoya à l'instant au Parlement l'acte de ce serment, pour y être publié & enregistré ». En ce qui concerne le privilège en matière pénale, il consiste à être jugés par la cour même, les chambres assemblées. Il s'éteint également aux gens du roi et greffiers, et encore aux serviteurs et domestiques des parlementaires, lesquels peuvent être jugés par une chambre du parlement (principalement la chambre de requêtes).

<sup>840</sup> *Ibid.*, p. 604.

<sup>841</sup> FOURNIER, Raphaël, *De la hiérarchie à la souveraineté. Rangs, préséances et constitution du royaume de Louis XIII à la régence*, Paris, LGDJ, 2017, p. 67-76.

<sup>842</sup> En 1631, le roi fait exiler les magistrats du parlement de Paris Gayant, Barillon et Lenet. Le récit de cet événement est dans : VOLTAIRE, *Histoire du Parlement*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 16, *op. cit.*, p. 26-28.

<sup>843</sup> Les conseillers Laisné et Foucault sont emprisonnés à Angers, les conseillers Sevin, Eaubonne et Le Febvre sont envoyés en Auvergne, et le Président Barillon est exilé à Saumur. RANUM, Orest, *The Fronde. A French Revolution 1648-1652*, New York-London, W.W. Norton & Company 1993, p. 73.

<sup>844</sup> Les mesures répressives prises par la régence touchent d'abord les magistrats du Grand Conseil Turcan et d'Argogues. Quelques jours après sont arrêtés les conseillers de la Cour des aides de Chezelles et Guerin, et sont faites les perquisitions des maisons du président Dorieu et du conseiller Pussort. AN, Série U-2509 fol. 375 (daté le 29 mai) et 378 (daté le 3 juin). Voir : MOOTE, Alanson Lloyd, « The Parliamentary Fronde and the Seventeenth-Century Robe solidarity », *FHS*, Vol. 2, No. 3, 1962, p. 330-355.

<sup>845</sup> Le récit et l'analyse de cette affaire est dans MOUSNIER, Roland, « Quelques raisons de la Fronde. Les causes des journées révolutionnaires parisiennes de 1648 », *La plume, le faucille et le marteau. Institutions et Société en France du Moyen Âge à la Révolution*, Paris, PUF, 1970, p. 265-300.

est de constater l'embarras que cette manœuvre suscite chez les parlementaires, car ils reprochent tant la sédition que le désordre dans la ville<sup>846</sup>.

Les débats à l'intérieur du parlement et les interventions des présidents au moment de la régence d'Anne d'Autriche montrent leur opposition politique face aux entreprises de la royauté, dont ils accusent Mazarin d'être à l'origine (et avant lui Richelieu)<sup>847</sup>. La limitation du rôle des cours souveraines à la décision des affaires judiciaires est l'intérêt premier de la royauté ; la stratégie consistant à contourner les formes « ordinaires » de la justice. Les mots du premier président Mathieu Molé le résumant ainsi : « On réduit à tel point [les charges], par des lits de justice, des cassations, des interdictions, que *la liberté des suffrages leur étant ôtée et la connaissance de ce qui leur appartient*, ils demeurent quasi sans fonction »<sup>848</sup>.

En outre, la vénalité des offices pèse sur le statut des officiers de justice. En effet, cette protection vise également le maintien de la valeur des charges acquises et des gages reçues, ainsi que la possibilité de les transmettre – assuré par le droit annuel ou *paulette*<sup>849</sup>. Lors des États généraux de 1614, les cours souveraines demandent le renouvellement du droit annuel tout en condamnant théoriquement – à l'instar du tiers-état – la vénalité des offices<sup>850</sup>. Par ailleurs, tout au long du règne de Louis XIII, les parlements s'insurgent de façon systématique lorsque la royauté crée des offices à l'intérieur de leurs compagnies<sup>851</sup>. En 1648, le conflit entre parlement et régence débute par l'enregistrement en lit de justice des édits portant sur la création d'offices de justice et de finance<sup>852</sup>. Le discours du procureur du roi Omer Talon lors de cette séance met l'accent sur cette injonction de la régence, préjudiciable autant aux officiers concernés par la mesure, qu'au peuple : « Ce qui reste de sûreté dans les compagnies souveraines reçoit atteinte dans cette journée par la création de nouveaux offices, qui sont une

---

<sup>846</sup> L'opinion du conseiller Martineau, qui « a dit fort mal à propos que le peuple demandait son soulagement de si bonne grâce, qu'on ne pouvait lui refuser » est fortement censurée par ses confrères et par le duc d'Orléans. Le conseiller présente par la suite ses excuses « sur un terme équivoque de Cicéron, qu'il avait mal expliqué, sans aucun dessein d'approuver la présente sédition », AN, Série U-336, fol. 409. Omer Talon affirme cependant que, avant de se présenter devant la régente, les parlementaires ont bien conscience qu'ils peuvent profiter politiquement des émeutes : « me fut dit par messieurs les présidents que messieurs étaient résolus de ne point donner ordre à la sédition publique, croyant que cela servirait à leur faire rendre leurs confrères », TALON, O., *Mémoires...*, Tome II, *op. cit.*, p. 249.

<sup>847</sup> Voir les débats du début de la Fronde recueillis par : LE BOINDRE, Jean, *Débats du Parlement de Paris pendant la minorité de Louis XIV...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>848</sup> MOLE, M., *Mémoires...*, Tome III, *op. cit.*, p. 226 (nous soulignons).

<sup>849</sup> PINSARD, Nicolas et TADJEDDINE, Jamina, « L'édit de la paulette 1604 : une marchandisation des finances royales », *Bureau d'économie théorique et appliquée*, n° 18, Université de Strasbourg, 2018. Disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01762519> (consulté le 23 mai 2019). MOUSNIER, R., *Les institutions de la France...*, *op. cit.*, p. 46-60.

<sup>850</sup> MOUSNIER, R., *La vénalité des offices...*, *op. cit.*, p. 576-577.

<sup>851</sup> *Ibid.*, p. 176-185.

<sup>852</sup> MOOTE, Alanson Lloyd, *The Revolt of the Judges. The Parlement of Paris and the Fronde 1643-1652*, New Jersey, Princeton University Press, 1971, p. 107-118.

charge perpétuelle à l'État ; car lorsqu'ils sont établis il faut que le peuple les nourrisse et les défraie »<sup>853</sup>.

Le règne personnel de Louis XIV semble l'aboutissement d'une politique d'abaissement des parlements – et globalement des officiers de justice – : premièrement, la royauté a réussi à imposer au-dessus des officiers de justice des institutions ayant la *jurisdictio*<sup>854</sup> ; deuxièmement, la valeur des offices de justice, fixée par Colbert, diminue tout au long du règne<sup>855</sup> ; troisièmement, le caractère « souverain » des parlements, chambres de comptes et des cours des aides est remis en cause par Louis XIV lui-même<sup>856</sup>. Cependant, et en dépit du silence du parlement de Paris, les autres cours « souveraines » continuent à revendiquer le statut des officiers de justice, comme le relève Michel Antoine pour le parlement de Toulouse en 1680 ; de Dijon en 1699, 1700 et 1707 ; de Bordeaux en 1712 et 1715 ; d'Aix en 1707, entre autres<sup>857</sup>.

Malgré la dévalorisation des offices dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle – en ce qui concerne tant l'exercice de la charge que sa valeur sur le marché –<sup>858</sup>, les parlements reviennent dans leurs remontrances sur les thèmes traités un siècle auparavant. Au gré des événements, ils évoquent les différents aspects du statut des officiers mentionnés. La sûreté personnelle des officiers de justice est rappelée systématiquement lorsque la royauté y porte atteinte<sup>859</sup>. Le parlement de Paris affirme la *jurisdictio* de certains officiers sur les finances au moment des réformes de John

---

<sup>853</sup> TALON, O., *Mémoires*, Tome II, *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>854</sup> Notamment à travers les intendants dans les généralités.

<sup>855</sup> DOYLE, William, « Colbert et les offices », *HES*, 2000, 19<sup>e</sup> année, n°4, Louis XIV et la construction de l'État royal (1661-1672) sous la direction d'Olivier Chaline et François-Joseph Ruggiu, p. 469-480.

<sup>856</sup> Voir : HAMSCHER, Albert N., *The Conseil Privé and the Parlements in the Age of Louis XIV*, Philadelphia, The American philosophical society, 1987 ; HURT, John J., « The Parliament of Brittany and the Crown : 1665-1675 », *FHS*, Vol. 4, No. 4, 1966, p. 411-433 ; *ID.*, *Louis XIV and the Parlements : the assertion of royal authority*, Manchester-New York, Manchester University Press, 2002.

<sup>857</sup> La liste d'exemples se trouve dans : ANTOINE, Michel, « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1993, tome 151, livraison 1, p. 101-102.

<sup>858</sup> MOUSNIER, R., *Les institutions de la France...*, *op. cit.*, p. 335-338 concernant les parlements ; p. 350-353 concernant les juridictions inférieures. Voir également : BLANQUIE, Christophe, « Fiscalité et vénalité des offices présidiaux », *HES*, 2004, 23<sup>e</sup> année, n°4. État et administrateurs de rang moyen à l'époque moderne, sous la direction de Michel Cassan, p. 473-487 ; HURT, John, J., « Les Offices au parlement de Bretagne sous le règne de Louis XIV : aspects financiers », *RHMC*, tome 23, n° 1, janvier-mars 1976, p. 3-31.

<sup>859</sup> Par exemple, les remontrances du parlement de Paris du 27 novembre 1755 : « Votre parlement, Sire, secourut ainsi ceux qui, sous ses yeux, défendaient la police générale du Royaume ; il garantit pas des défenses formelles, ou déchargea de ces contraintes, les officiers inférieures ; il les prit sous sa sauvegarde spéciale ; il publia des *défenses expresses et particulières aux prévôts des maréchaux, tant du ressort que des autres provinces du Royaume, leurs lieutenants, capitaines, exempts et archers, et à tous huissiers et autres personnes, de quelque qualité et condition qu'elles fussent, d'attenter aux personnes de ces officiers, et à tous geôliers des prisons de les recevoir à peine de la vie contre chacun des contrevenants [...]* », FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p.53 (souligné dans le texte). Voir aussi les remontrances du 29 août 1718, concernant l'emprisonnement de trois magistrats du parlement de Paris, *ibid.*, Tome I, p. 116-118.

Law<sup>860</sup>. La multiplication des offices est contestée à travers trois arguments : plusieurs sont inutiles<sup>861</sup> ; ils abaissent la dignité des offices – et aussi leur valeur monétaire<sup>862</sup> – ; ils produisent du désordre dans l’agencement des offices ordinaires<sup>863</sup>. La survivance des offices est également évoquée<sup>864</sup>, ainsi que l’interdiction d’excommunication des officiers de justice<sup>865</sup>. Ces griefs s’accompagnent du rappel au roi de ses engagements pris en vertu du serment du sacre et de l’exigence de préservation des lois anciennes<sup>866</sup>.

La valorisation d’une juridiction qualifiée d’ordinaire suppose son revers, qui peut alors être qualifié d’« extraordinaire ». Cependant, dans l’historiographie, cette dénomination inclut tant les officiers ayant une juridiction d’attribution que les commissaires. C’est sur ces dernières que la critique des parlementaires se concentrera.

---

<sup>860</sup> Remontrance du parlement de Paris du 26 janvier 1718 : « Celles de ces lois dont l’observation est plus nécessaire pour le bien de votre service et pour l’arrangement de vos finances sont les ordonnances pour l’établissement de vos chambres des comptes, d’officiers titulaires ayant serment à justice, pour manier vos deniers, pour en faire la recette et la dépense et en rendre leurs comptes. Les charges dont ils sont pourvus sont votre sûreté pour leur maniement, attirent la confiance du public accoutumé depuis longtemps à leur en voir faire l’exercice et font la sûreté de ceux qui leur remettent les deniers dont ils se trouvent débiteurs [...] », *ibid.*, Tome I, p. 63-64. Voir également les remontrances du 28 août 1730, *ibid.*, Tome I, p. 227.

<sup>861</sup> Remontrance du parlement de Paris du 31 août 1722 : « De là, ce nombre presque infini d’officiers dont la plupart n’ont fait qu’embarrasser des fonctions nécessaires dans l’État et les ressorts intérieurs du gouvernement. Autant il est nécessaire qu’un nombre de personnes choisies les fasse mouvoir et rende votre autorité présente en tous lieux par les divers degrés de subordination, autant est dangereux ou d’ébranler cet ordre une fois établi ou d’avilir par la multiplication des offices ou par la bassesse des fonctions qu’on honore de ce titre le caractère de ceux qui en sont déjà revêtus », *ibid.*, Tome I, p. 155.

<sup>862</sup> *Ibid.*, p. 156 : « Ils n’ont effectivement servi qu’à déranger les fonctions des baillis, sénéchaux et autres officiers de V. M. ou de vos vassaux propriétaires des fiefs que V. M. a cru devoir rétablir dans leurs droits. Et quoique V. M. ne marque pas par son nouvel édit intention de leur accorder que les droits, privilèges et immunités dont jouissent ceux qui font actuellement les fonctions de ces offices, leur rétablissement seul, les honneurs, rangs, séances et prérogatives dont ils jouiront au lieu des officiers ordinaires, la nomination ôtée aux communautés, la diminution d’autorité des autres officiers royaux ou des propriétaires des terres, la vénalité même de leurs charges dans un temps où les meilleurs sujets sont les plus pauvres, feront revivre les désordres que V. M. a voulu détruire ». Aussi : remontrances du 28 août 1730, *ibid.*, Tome I, p. 228.

<sup>863</sup> *Ibid.*, p. 156 et 159-160.

<sup>864</sup> *Ibid.*, p. 157 : « Elle veut révoquer par cette déclaration la survivance des offices de son royaume parce que le produit du droit de survivance n’égale pas celui du prêt et du droit annuel et pour cet effet Elle déclare tous ces offices casuels, en sorte que la négligence et l’impuissance de payer un droit privera vos meilleurs sujets, et ceux qui sont plus particulièrement chargés de vous servir, d’une finance qui est devenue la principale portion de leur patrimoine, *La survivance leur avait été accordée pour établir une uniformité dans tous ces offices, donner une stabilité et une sûreté pour toujours aux veuves, enfants et héritiers et créanciers des officiers décédés.* Le feu Roi aurait désiré pouvoir faire la grâce entière ; mais l’opiniâtreté de ses ennemis l’a obligé de demander le rachat de l’annuel et du prêt, et ce qu’on regarde à présent comme une aliénation onéreuse à vos finances a été regardé alors comme une ressource pour votre état et comme une imposition très à charge à vos officiers » (nous soulignons).

<sup>865</sup> Remontrances du parlement de Paris du 9 avril 1753 : « Les arrêts, Sire, dont nous nous plaignons, avilissent les juges inférieurs, les dépouillent d’une juridiction que les lois leur donnent et qu’ils n’emploient que pour le maintien de l’autorité royale et du bon ordre public. Ces arrêts les dégradent par des menaces flétrissantes ; celui du 23 août 1752 va jusqu’à menacer les officiers du présidial de Tours des peines rigoureuses d’interdiction et de punition exemplaire, auxquelles ils ne peuvent être exposés, aux termes des ordonnances, que dans le cas de prévarications, dans le cas où ils seraient négligents à exécuter les arrêts de votre parlement ou à contenir vos sujets dans leur devoir et dans la soumission qu’ils vous doivent [...]. Ils établissent l’indépendance des ecclésiastiques ; ils mettent au rang des droits du pouvoir spirituel une autorité qui appartient nécessairement à la puissance royale ; ils enlèvent à V. M. le droit d’inspection sur les fonctions publiques et extérieures des ministres de l’Église, à votre justice le droit de punir leurs excès, à vos sujets la protection qui leur est due ; et par là ils livrent aux ecclésiastiques une portion inaliénable de la souveraineté », *ibid.*, p. 566-567.

<sup>866</sup> *Ibid.*, p. 573 : « C’est une suite d’ordonnances uniformes, qui, suivant les termes de l’arrêt rendu au Parlement, toutes les chambres assemblées, le 9 juillet 1563, *sont la loi du Royaume, le fondement et le stabiliment [sic] de la couronne*, ordonnances que vous promettez, Sire, à votre sacre, de maintenir, *que tous les officiers de votre justice tant souveraine que subalterne font à leur institution serment de garder et de faire observer* » (souligné dans le texte).

## §2. La contestation des commissions de justice

Dans la défense farouche des prérogatives des officiers de justice, les parlements s'attaquent principalement aux commissions de justice<sup>867</sup>. Assimilées aux *curatio* du droit romain, elles sont qualifiées d'« odieuses » par le droit savant<sup>868</sup>. Jean Bodin et Pierre Ayrault au XVI<sup>e</sup> siècle, Charles Loyseau au début du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>869</sup> en font de même. Pour la magistrature, les commissions ne rendent pas la vraie justice dans la mesure où elles ne suivent pas les formes. C'est pourquoi elle s'attaque d'une part aux organes créés *ex nihilo* pour certains cas : les chambres de justice *ad hoc* (A) ; d'autre part, aux évocations qui substituent la justice des officiers par celles des commissaires (B).

### A. L'hostilité face aux chambres de justice *ad hoc*

La maxime selon laquelle « toute justice émane du roi » suppose qu'il dispose de la prérogative de faire et défaire les institutions, corps, organes ou agents qui la rendent à chaque fois. Les rois exercent cette prérogative de créer *ex nihilo* des tribunaux pour juger certains cas depuis le Moyen Âge, notamment pour les procès dits « politiques » : d'Enguerrand de Marigny, de Jean de Montaigne, de Jacques Cœur, de Guichard évêque de Troyes, de Saint-Pol, entre autres<sup>870</sup>. Les siècles postérieurs

---

<sup>867</sup> Voir *supra*, dans l'introduction (note de bas de page n° 134) la bibliographie concernant la notion de *juge naturel*, et également : ANDRIEU, Christian, *Les commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1955, 113 p. ; PHYTILIS, Jacques, *Les commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil au XVIII<sup>e</sup> siècle*, III Volumes, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 1971 ; *ID.*, *Justice administrative et justice déléguée au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil*, Paris, PUF, 1977 ; RICHOU, Jacques, *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime*, Thèse de Droit, Université de Paris, 1905, 148 p.

<sup>868</sup> La distinction entre *jurisdictio ordinaria* et *jurisdictio delegata* du droit romano-canonique n'est pas équivalente à la distinction entre les officiers et les commissaires de justice. La justice « déléguée » aux officiers de justice sous la monarchie française est assimilée à la *jurisdictio ordinaria*, alors que la justice des officiers de justice est assimilée à la *jurisdictio delegata*.

<sup>869</sup> Voir l'analyse de : MÜBIG, Ulrike, « The natural judge before the French Revolution estate opposition against commissary justice of the crown », *Historia et ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 7/2015, p. 8-12. Disponible sur : [http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/mussig\\_7.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/mussig_7.pdf) (consulté le 4 juillet 2019).

<sup>870</sup> Voir *infra*, p. 335-339. À titre indicatif : *Les procès politiques : XIV<sup>e</sup> – XVII<sup>e</sup> siècle*, études réunies par Yvers-Marie Bercé, Rome, École française de Rome, 2007 ; *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Jean Imbert (dir.), Paris, PUF, 1964 ; BLANCHARD, Joël, *Procès politiques au temps de Louis XI : Armagnac et Bourgogne*, Genève, Droz, 2016 ; *ID.*, *Commynes et les procès politiques de Louis XI : du nouveau sur la lèse-majesté*, Paris, Picard, 2008 ; FERNANDEZ-LACÔTE, Hélène, *Les procès du cardinal de Richelieu. Droit, grâce et politique sous Louis le Juste*, Paris, Champ Vallon, 2010 ; MATTE, Louis, *Crimes et procès politiques sous Louis XIV : le procès de Fouquet, la conspiration du chevalier de Rohan, le Masque de fer*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1910, 131 p. ; MATTÉONI, Olivier, « Les procès politiques du règne de Louis XI », *Histoire de la justice*, vol. 27, no. 1, 2017, p. 11-23.

gardent un souvenir amer de ces jugements qui ne seraient qu'une parodie de justice parce qu'ils ont été instruits par des tribunaux composés des commissaires<sup>871</sup>.

Les ordonnances royales relatives à l'organisation de la *jurisdictio* limitent le pouvoir discrétionnaire du roi. D'une part, le roi s'engage, ne serait-ce que moralement, de les respecter ; d'autre part, elles deviennent le droit positif auquel se réfèrent les institutions qui y sont concernées pour justifier leurs oppositions vis-à-vis des politiques royales. De l'ordonnance de Montils-lez-Tours de 1454 à celle de Blois de 1579<sup>872</sup>, le respect de l'organisation de la *jurisdictio* s'enracine dans les sources « légales ». Ainsi, le « discours du Palais », en l'occurrence exprimée par le procureur général Jacques de La Guesle (†1612)<sup>873</sup>, réitère que même le crime les plus extraordinaire, comme le meurtre du roi Henri III, « soit néanmoins puni suivant les voies légitimes & ordinaires » et en conséquence, que sa connaissance soit renvoyée au parlement de Paris<sup>874</sup>.

À la fin du XVI<sup>e</sup> et au début du XVII<sup>e</sup> siècle, les finances<sup>875</sup> sont le domaine par excellence dans lequel les rois exercent la prérogative de création de nouveaux tribunaux : du règne de François I<sup>er</sup> au règne de Louis XIV, treize chambres de justice relatives aux finances sont créées<sup>876</sup>. Elles sont confortées par les doléances des États généraux qui demandent la poursuite des agents de finances accusés de corruption<sup>877</sup>. Les cours souveraines elles-mêmes acceptent et demandent ces chambres de justice extraordinaires pourvu qu'elles soient composées d'officiers de justice, comme ce fut

<sup>871</sup> Etienne Pasquier évoque dans ses *Recherches de la France* l'anecdote du roi François I<sup>er</sup> relative au jugement de Jean de Montaigu. Elle est reprise, entre autres, par Voltaire : « On sait la réponse que fit un de ces moines à François I<sup>er</sup>. Quand il entra dans l'église, il vit ce tombeau ; et comme il disait que Montaigu avait été condamné par justice : "Non, sire, répondit le bon moine, il fut condamné par commissaires" », VOLTAIRE, *Histoire du parlement*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 15, *op. cit.*, p. 463.

<sup>872</sup> Spécialement l'article 98 de l'ordonnance de 1579 : « Pour faire cesser les plaintes à nous faites par nos sujets, à l'occasion des commissions extraordinaires par ci-devant décernées, avons révoqué et révoquons toutes lesdites commissions extraordinaires : voulant poursuite être faite de chacune matière par devant les juges auxquels la connaissance en appartient », ISAMBERT, Tome XIV, p. 405.

<sup>873</sup> *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 592.

<sup>874</sup> DE LA GUESLE, Jacques, *Les remontrances de Messire Jacques de La Guesle, Procureur General du Roy...*, Paris, Chevalier, 1611, p. 271.

<sup>875</sup> Pendant le XVI<sup>e</sup> siècle, les chambres de justice extraordinaires appelées « chambres ardentes » concernent davantage le jugement des protestants – luthériens ou calvinistes –. Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle, elles connaissent les affaires d'empoisonnements (1679-1682 et 1780).

<sup>876</sup> GOLDNER, Erik, « Corruption on Trial : Money, Power, and Punishment in France's "Chambre de Justice" of 1716 », *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, Vol. 17, No. 1 (2013), p. 6, note de bas de page n° 9.

<sup>877</sup> Par exemple, le cahier de la ville de Paris dans ses doléances n° 153 et n° 290. *Documents relatifs aux états généraux de 1614...*, *op. cit.*, p. 65 et 79. Un exemple plus claire se trouve dans le cahier des articles accordés par les trois états : « Qu'il plaise à sa Majesté d'établir présentement une chambre de justice qui fera recherche exacte des malversations commises par les financiers depuis 30 ans, laquelle sera composée de 24 personnes, savoir quatre Ecclésiastiques, douze Gentilhommes & huit du tiers-état, pris s'il plaît au Roi, de ceux qui sont de présent députés [aux]dits États, savoir les douze Gentilhommes, les quatre du Clergé, & les huit seront pris, savoir deux de la cour [de parlement], deux de la chambre des comptes, deux des Aides, & deux de la chambre dudit tiers-état, tous lesdits vingt-quatre choisis & nommés, s'il plaît à votre Majesté, par les états [...] », *Cahiers généraux des articles résolus et accordez...*, *op. cit.*, p. 34-35.

le cas à l'époque de la fronde parlementaire<sup>878</sup>. Pourtant, la création de ces chambres de justice soulève certaines hostilités, comme à propos de la chambre de l'Arsenal instaurée en 1631 par Louis XIII et Richelieu<sup>879</sup>.

En effet, cette chambre de justice est en principe créée le 14 juin 1631 pour juger les faux-monnayeurs, suivant l'article 411 de l'ordonnance de 1626. Or elle devient rapidement un instrument de « justice politique » pour la royauté, qui écarte dans sa composition les officiers de justice des cours souveraines<sup>880</sup>. Remontant ce projet au roi, le président du parlement de Paris, Nicolas de Bellièvre, fait état de l'opposition parlementaire à l'instauration de la chambre de l'Arsenal, par trois arguments principaux. D'abord, sa création ne suit pas les formes ordinaires, car les lettres patentes n'ont pas été vérifiées par le parlement, mais par la chambre de l'Arsenal elle-même<sup>881</sup>. Ensuite, les membres de la chambre n'ont pas été examinés par le parlement, car « honorer un officier d'une commission, c'est comme lui donner un nouveau titre et une approbation de sa conduite »<sup>882</sup>. Finalement, les jugements des commissaires, malgré leur efficacité du point de vue de la célérité, sont contraires à la réputation du roi : « si leur jugement [des « méchants »] est rendu par commissaires, fut-il [*sic*] le plus juste du monde, ce fruit est entièrement perdu, car l'on ne se peut persuader que la Justice ait été faite »<sup>883</sup>.

Bernard de La Roche-Flavin avance ce dernier argument « d'apparence » de la justice des commissaires quelques années auparavant. Il considère en effet qu'il s'agit d'une « puissance extraordinaire [...] pernicieuse et de mauvaise conséquence à la République » – à l'instar des réflexions de Cicéron<sup>884</sup>. De même, l'auteur affirme que les commissions sont le plus souvent « octroyées & décernées à l'appétit & poursuite de ceux, qui en veulent le plus profiter au préjudice du public »<sup>885</sup>. C'est également l'avis de Claude Joly, lorsqu'il qualifie la chambre de l'Arsenal de « chambre

---

<sup>878</sup> Article 7 : « Qu'il sera établie une Chambre de Justice, composée des Officiers des quatre Cours Souveraines par icelle nommés, pour connaître & juger des abus & malversations commises en l'administration & manient des Finances du Roi, & exactions des deniers sur les sujets du Roi [...] ». Et ce malgré le refus catégorique des « intendants de Justice & toutes autres commissions extraordinaires non vérifiées ès Cours souveraines » (article 1). *Journal contenant ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 12 et 14.

<sup>879</sup> Pour une analyse de ces conflits, voir : KADLEC, L., *Quand le parlement de Paris...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>880</sup> *Ibid.*, p. 40-45. Voir également : FERNANDEZ-LACÔTE, H., *Les procès du cardinal de Richelieu...*, *op. cit.*, p. 290-294.

<sup>881</sup> BNF, Ms. fr. 18415, *Mémoires discours, correspondance et papiers divers de Nicolas de Bellièvre, sieur de Grignon, procureur général et président à mortier au parlement de Paris (1601-1648)*, cité par : KADLEC, L., *Quand le parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>882</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>883</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>884</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlemens de France...*, *op. cit.*, p. 738.

<sup>885</sup> *Ibid.*, p. 738.

d'injustice », car elle exécutait les condamnés pendant la nuit malgré les interdictions du parlement de Paris<sup>886</sup>.

Les remontrances du XVIII<sup>e</sup> siècle reprennent les fondements légaux du discours parlementaire. Celles du parlement de Paris du 9 janvier 1731 rappellent en effet l'article 98 de l'ordonnance de Blois de 1579, lequel – parmi d'autres – montre le « zèle pour l'ordre public des juridictions »<sup>887</sup> des rois précédents. Or, il faut tout de même constater que la composition des tribunaux *ad hoc* par la royauté est davantage critiquée par les magistrats lorsqu'ils s'en trouvent écartés. C'est le cas des représentations du parlement de Paris du 8 décembre 1765, sur l'envoi d'une commission au parlement de Rennes. Celle-ci est composée de trois conseillers d'État et douze maîtres de requêtes pour « tenir le parlement séant en cette province »<sup>888</sup>. Les parlementaires parisiens perçoivent ce remplacement comme une usurpation claire : les conseillers qui ont proposés la commission « ont cru prévenir [les inconvénients dans la forme] en faisant donner aux commissaires le pouvoir de tenir le Parlement ; [...] et ils ont espéré de confondre par ce moyen le Parlement avec la commission et d'en pallier le vice »<sup>889</sup>. La composition d'un tribunal doit tenir en compte deux circonstances nécessaires : « la communication du pouvoir et l'irrévocabilité »<sup>890</sup>. Autrement dit, ce sont les officiers de justice qui peuvent remplir les charges des tribunaux, que ce soit en remplacement d'une juridiction légale (parlement, présidial, bailliage, etc.), ou bien pour créer un nouveau tribunal.

Si la magistrature envisage davantage la matière criminelle lorsqu'elle s'oppose à la création de chambres de justice, la *jurisdictio* est cependant conçue dans un sens large. Par exemple, les représentations du parlement de Paris du 4 septembre 1768 relatives à une commission extraordinaire « chargée de statuer en dernier ressort sur les droits que tous seigneurs, villes, communautés ou particuliers percevaient dans les marchés des villes et bourgs »<sup>891</sup> montrent l'ampleur de la *jurisdictio* dont l'ordre judiciaire est en charge : cette commission est une usurpation de la justice dans la mesure où elle est en charge « d'affaires qui intéressent les propriétés des sujets de V. M »<sup>892</sup>. De plus, ces droits « tiennent encore par leur nature aux droits de police et de

---

<sup>886</sup> JOLY, C., *Recueil de maximes véritables...*, *op. cit.*, p. 395-396.

<sup>887</sup> FLAMMERMONT, J., *Les remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 233-234.

<sup>888</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 527. Ce sont les mots des éditeurs scientifiques.

<sup>889</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 529.

<sup>890</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 529.

<sup>891</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 949. Ce sont les mots des éditeurs scientifiques.

<sup>892</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 950.

puissance publique, qui appartiennent aux seigneurs particuliers »<sup>893</sup>, ce qui est, aux yeux des parlementaires, contraire à l'ordre judiciaire. Partant, l'atteinte concerne même les droits seigneuriaux, ou plutôt, la *jurisdictio* qu'exercent les seigneurs dans leurs territoires. Enfin, les représentations du parlement de Paris du 8 janvier 1775, concernant l'ordonnance dite « de discipline » du 12 novembre 1774, s'opposent à l'instauration d'un tribunal pour juger les membres du parlement<sup>894</sup>. Outre la défense du parlement en tant que cour de Pairs, les parlementaires soulèvent le détournement *politique* que la permanence de ce nouveau tribunal peut entraîner :

« Cette cour, instituée aux termes de l'ordonnance de 1774 pour une circonstance unique et qui ne peut exister, deviendrait un nouveau tribunal qui pourrait néanmoins être regardé comme susceptible d'être ouvert au gré de mille circonstances d'intérêt de tous les genres, et par conséquent au gré des intrigues et du crédit qui pourraient y traduire les intérêts, la vie même des personnes les plus élevées de l'État et de tous les citoyens en butte à des grandes passions et à des haines puissantes. »<sup>895</sup>

L'hostilité de la magistrature à l'instauration de tribunaux *ad hoc* est certainement limitée à l'intérêt qu'a la royauté d'écarter les officiers de justice dans leur composition. Les parlements ne sont pas foncièrement en désaccord avec leur usage *en justice*, dont ils se revendiquent compétents pour vérifier les dispositifs normatifs que les créent. En revanche, ils sont très hostiles à l'usage *politique* que la royauté envisage dans certains cas. En ce sens, la critique parlementaire peut être rapprochée de l'interprétation restreinte qu'elle fait du dispositif des évocations.

---

<sup>893</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 950.

<sup>894</sup> En particulier, l'article 32 de l'ordonnance : « [...] pour instruire & juger lesdites forfaitures, nous tiendrons notre Cour plénière, à laquelle nous appellerons les Princes de notre Sang, le Chancelier & Garde de Sceaux de France, les Pairs de France, les Gens de notre Conseil & les autres grands & notables Personnages, qui par leurs charges ou dignités ont entrée & séance aux Lits de Justice », *Procès-verbal de ce qui s'est passé au lit de justice, tenu par le roi à Paris, le samedi 12 novembre 1774...*, Paris, Imprimerie Royale, 1774, p. 69.

<sup>895</sup> FLAMMERMONT, J., *Les remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 258.

## ***B. La demande de modération des évocations***

Dans l'agencement de la monarchie française au début de l'époque moderne, les évocations ne sont pas conçues comme une disruption directe et arbitraire de la royauté sur les prérogatives des officiers de justice<sup>896</sup>. En effet, l'ordonnance de Louis XII de 1498 y fait référence pour dénoncer et interdire l'usage que font les gouverneurs et les lieutenants du roi des évocations face aux juges ordinaires<sup>897</sup>. Un intérêt similaire se trouve dans la législation de François I<sup>er</sup> – l'édit de la Bourdaisière de 1529, l'ordonnance de 1539 et l'édit de Chanteloup de 1545<sup>898</sup> – : à l'interdiction formelle d'exécution des évocations faite aux autorités royales, s'ajoutent les précisions concernant l'application du dispositif pour éviter les abus des particuliers. Néanmoins, pendant la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, les évocations deviennent un sujet récurrent des plaintes au sein des États généraux. Les cahiers de doléances, notamment du tiers ordre, évoquent l'abus du dispositif plutôt dans les rapports verticaux (la royauté et ses agents centraux vers les sujets – roturiers – et les juridictions « ordinaires ») que dans les procès horizontaux (entre les justiciables eux-mêmes) ; ce qui se concrétise dans les assurances royales de limitation du dispositif contenues principalement dans les ordonnances de justice de 1566<sup>899</sup> et de 1579<sup>900</sup>. Henri IV revient sur ces assurances dans les lettres patentes de 1594 et l'édit de 1597<sup>901</sup>. Ainsi, le changement de la perception des évocations tout au long du siècle est patent : il ne s'agit plus – ou plus seulement – d'éviter les abus des particuliers, mais surtout de borner le pouvoir discrétionnaire du roi ou de son conseil en ce qui concerne sa justice « retenue ».

Les différentes définitions de l'évocation ne laissent pas inférer que le dispositif s'attaque au statut des officiers de justice en général, même si elle suppose toujours de

---

<sup>896</sup> Selon Guillaume Leyte, au début du XVI<sup>e</sup> siècle, les évocations sont davantage conçues comme des récusations générales qui deviennent en pratique des exceptions dilatoires. Le but de la législation est donc de donner une procédure claire – une « régulation juridique » – à l'utilisation par les sujets de ces moyens de défense. LEYTE, Guillaume, « Les évocations, entre régulation juridique et arbitrage politique », *HES*, vol. 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 37-43.

<sup>897</sup> Art. 70, ISAMBERT, Tome XI, p. 353-354. Pardoux du Prat (voir *supra*, note de bas de page n° 446) commentant l'ordonnance de 1566, considère que de cet article découle que « le Roi seul peut évoquer en signe de souveraineté ». *Ordonnances du roy Charles IX...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>898</sup> ISAMBERT, Tome XII, p. 312-315, p. 635 (n°170 et 171) et p. 908-909 respectivement.

<sup>899</sup> L'article 17 consacre l'interdiction des évocations faites par les parlements des procès jugés par les présidiaux (voir également l'édit d'Henri II de 1553). L'article 70 répète l'encadrement des ordonnances précédentes. *Ordonnances du roy Charles IX...*, *op. cit.*, p. 65-66 et 193-194 respectivement.

<sup>900</sup> L'article 91 interdit les ingérences du conseil privé : « [...] Que dorénavant notre dit conseil ne soit occupé des causes qui gisent en juridiction contentieuse ; et conserver la juridiction qui appartient à nos cours souveraines et justices ordinaires, [nous] avons renvoyé les instances pendantes, indécises et introduites en icelui notre dit conseil, tant par évocation qu'autrement par devant les juges qui en doivent naturellement connaître [...] ». L'article 97 consacre l'autolimitation royale face aux évocations : « [...] Nous n'entendons dorénavant bailler aucunes lettres d'évocation, soient générales ou particulières, de notre propre mouvement [...] ». ISAMBERT, Tome XIV, p. 404-405.

<sup>901</sup> *Ibid.*, Tome XV, p. 82-83 et p. 123-124 respectivement.

priver un juge ordinaire ou « naturel » de sa *jurisdictio*<sup>902</sup>. Or, d'un point de vue conceptuel, deux questions se posent : le juge qui reçoit le procès évoqué doit-il avoir (ou reçoit-il) aussi la *jurisdictio* ordinaire de l'officier ? ; ou bien, l'application du dispositif transforme-t-elle de fait en commission la fonction du juge qui reçoit le procès évoqué ? Dans le premier cas, il ne s'agirait nullement d'une commission et l'ordre judiciaire – tel que conçu par la magistrature – serait respecté. Dans le second cas, il s'agirait toujours d'une « usurpation » de la justice, donc d'une subversion des formes. Cette distinction est centrale pour comprendre la critique des magistrats à l'égard des évocations.

Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, l'écho des doléances des États généraux de 1614<sup>903</sup> résonne dans les remontrances du parlement de Paris de 1615. En effet, pour les parlementaires, les évocations doivent rester dans les termes des ordonnances du XVI<sup>e</sup> siècle : il s'agit exclusivement d'un moyen de défense pour les justiciables qui doit demeurer très encadré<sup>904</sup>. Pourtant, le discours de la magistrature n'assimile pas toutes les commissions de justice aux évocations. Bernard de La Roche-Flavin, traite ainsi les deux sujets différemment dans ses *Treize livres des parlemens...* : d'une part, les commissions sont un moyen fréquent de gestion de la procédure de justice utilisées par les juridictions ordinaires – tant royales que seigneuriales – qui ne donnent qu'une portion des fonctions contenues dans la *jurisdictio*<sup>905</sup> ; d'autre part, les évocations sont à l'origine une privation totale de la *jurisdictio* des parlements au profit du conseil privé du roi<sup>906</sup>. Les secondes sont « énervatives [*sic*] de la juridiction de la Cour », elles

---

<sup>902</sup> À titre d'exemple, voici la définition de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert : « EVOCATION, (*Jurisprud.*) est appelée en Droit *litis translatio* ou *evocatio* ; ce qui signifie un changement de juges, qui se fait en ôtant la connaissance d'une contestation à ceux qui devaient la juger, selon l'ordre commun, & donnant à d'autres le pouvoir d'en décider ». Voir : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v6-209-3/> (consulté le 7 mai 2020).

<sup>903</sup> Par exemple du cahier de la ville de Paris, dans : *Documents relatifs aux états généraux de 1614...*, *op. cit.*, p. 61, n° 112. Voir également les demandes de la noblesse et du tiers ordre dans : *Cahiers généraux des articles résolus et accordez...*, *op. cit.*, p. 19 pour la noblesse, p. 35 concernant l'interdiction des évocations de la chambre de Justice demandée par le tiers-état.

<sup>904</sup> *Remontrances présentées au Roy par Nosseigneurs...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>905</sup> « Les Rois, Princes, Seigneurs souverains, ou leurs Lieutenants, Officiers ou Magistrats, qui donnent commission, puissance, & autorité de commander informer, juger, exécuter, ou faire autre chose ; soit à certain temps & limité, soit tant si longtemps qu'il leur plaira ; ils demeurent néanmoins saisis de la puissance & juridiction, que les autres exercent par forme de prêt, ou de précaire ». LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlemens de France...*, *op. cit.*, p. 882.

<sup>906</sup> L'auteur évoque deux moments : d'abord, la division entre les maisons d'Orléans et de Bourgogne à l'époque de la guerre de cent ans, lesquelles ayant « la force & la puissance par devers eux, pour gouverner toutes choses à leur appétit » faisaient évoquer les affaires devant le conseil du roi « qui était composé ou de Bourguignons, ou de Orleannais, selon ce que les uns ou les autres des deux factions avaient le crédit en la Cour du Roi Charles sixième ». Ensuite, le temps de François I<sup>er</sup> et du chancelier Poyet, lequel étant « nourri dès sa jeunesse à la Juridiction contentieuse, commença à ouvrir la porte & prêter l'oreille aux parties privées, pour des matières, qui se doivent décider, non seulement ès Parlements, mais encore ès Juridictions des Baillis, Sénéchaux, & autres Juges ordinaires », *ibid.*, p. 742-743. Voir également : LEYTE, G., « Les évocations, entre régulation juridique... », *op. cit.*, p. 41.

sont entachées d'incivilité et contraires aux ordonnances royales ; elles peuvent *in fine* rester « en souffrance »<sup>907</sup>.

L'ordonnance de réformation de la justice de Michel de Marillac en 1626 reprend les dispositions des ordonnances précédentes concernant les évocations : celles qui sont demandées en raison de parenté ou alliance – donc dans une logique de récusation – sont limitées aux termes des ordonnances ; les évocations « générales »<sup>908</sup> ne sont accordées que « pour très grandes et importantes occasions » suivant la procédure établie<sup>909</sup>. Pourtant, la pratique accrue des évocations de propre mouvement<sup>910</sup> soulève encore les critiques de la magistrature à l'aube de la fronde parlementaire, comme le démontre le discours de Mathieu Molé face à la régente en août 1647 :

« Combien d'édits ont été publiés au sceau qui n'a nul pouvoir de ce faire et est une entreprise sur toutes les compagnies ; combien de commissions scellées pour juger, par les conseillers d'État, les affaires des particuliers ; combien y en a-t-il de jour en jour d'expédiées aux maîtres des requêtes, pour juger en dernier ressort ; combien d'intendants dans les provinces qui font les souverains et jugent de tout ; *combien d'évocations au Conseil et de rétentions des affaires des particuliers, contre les termes des ordonnances* »<sup>911</sup>

Ces critiques qui deviennent plus exacerbées quelques mois après donnent comme résultat une victoire partielle et éphémère de la magistrature. Après des négociations difficiles, la régente octroie l'ordonnance du 22 octobre 1648 – qui à son tour contient les propositions des assemblées de la chambre Saint-Louis<sup>912</sup> –, et assure une fois de plus la limitation des évocations : elle reprend les termes des ordonnances précédentes et ajoute quelques éléments<sup>913</sup>.

<sup>907</sup> *Ibid.*, p. 889.

<sup>908</sup> Données en raison de la dignité, charge ou office, et non par des raisons subjectives.

<sup>909</sup> Articles 62 et 65 respectivement. ISAMBERT, Tome XVI, p. 243-245. Voir sur ce sujet : KADLEC, Lauriane, « Le "Code Michau" : la réformation selon le garde des Sceaux Michel de Marillac », *Les Dossiers du GRIHL* [En ligne], La Vie de Michel de Marillac et les expériences politiques du garde des sceaux, disponible sur : <http://journals.openedition.org/dossiersgrihl/5317> (consulté le 29 mai 2019) ; MAILLET-RAO, Caroline, « La réforme de l'exercice de la justice sous le garde des sceaux Michel de Marillac (1626-1630) », *Les justices locales et les justiciables. La proximité judiciaire en France du Moyen Âge à l'époque moderne*, Marie Houlemare et Dianne Roussel (dir.), PUR, 2015, p. 229-238.

<sup>910</sup> MOOTE, A. LL., *The Revolt of the Judges...*, *op. cit.*, p. 44-46 et 120-122.

<sup>911</sup> MOLE, M., *Mémoires...*, *op. cit.*, Tome III, p. 186-187 (nous soulignons).

<sup>912</sup> Sauf la proposition d'*habeas corpus*.

<sup>913</sup> « [...] Toutes affaires qui gisent en matière contentieuse seront renvoyées au Parlement & autres Cours Souveraines [...], toutes Commissions contraires & extraordinaires, même évocations générales & particulières, accordées aux Fermiers ou

Pendant le règne de Louis XIV, les évocations sont à nouveau l'objet de la législation royale. En effet, les lettres patentes de janvier 1657 répondent favorablement aux remontrances du parlement de Paris faites en août 1656, et donnent de nouvelles assurances de respect des ordonnances relatives aux évocations<sup>914</sup>. Cependant, la royauté n'a guère l'intention de tenir à sa promesse, comme on peut le constater dans les réflexions que Colbert – à ce moment conseiller du roi – faites à ce sujet<sup>915</sup>. Cinq arguments sont avancés par le conseiller contre les remontrances parlementaires : *primo*, les jurisconsultes – et Pierre Rebuffe en particulier – ont toujours affirmé que le pouvoir d'évoquer les procès est un droit royal<sup>916</sup> ; *secundo*, les ordonnances d'Henri III de 1579 et de Louis XIV de 1648 consacrent des « obligations prétendues ayant été extorquées des rois par la violence et révolte des peuples, [et donc] sont nulles de toutes nullités »<sup>917</sup> ; *tertio*, l'article de l'ordonnance de Blois de 1579 relatif aux évocations est nul « faute d'exécution », car plusieurs évocations de propre mouvement ont été données depuis<sup>918</sup> ; *quarto*, les parlements ont reconnu explicitement que le roi peut déroger à l'ordonnance de 1579<sup>919</sup> ; *quinto*, les rois Henri IV et Louis XIII ont dérogé l'ordonnance de 1579 par les ordonnances de 1609 et 1626 respectivement<sup>920</sup>. En somme, en dépit du fond idéologique « absolutiste », l'argumentation de Colbert est très légaliste car il montre que les ordonnances imposant l'interdiction ne sont plus en vigueur ou sont illégitimes.

La défense de Colbert se concrétise quelques années plus tard dans l'ordonnance d'août 1669<sup>921</sup>. L'encadrement des évocations de propre mouvement change de teneur : au lieu de rappeler les ordonnances précédentes, l'article premier dispose que les évocations ne seront pas accordées, « sinon pour très grandes et importantes occasions jugées par nous en notre conseil »<sup>922</sup>. Pour le reste, l'ensemble des dispositions prétend

---

Traitants par leurs Baux ou Contrats dès à présent révoquées [...] ; défenses aux Parties de se pourvoir au Conseil pour raison de ce, à peine de nullité, & demeureront les Parties y assignées déchargées des assignations qui leur sont données, & que les Arrêts qui seront donnés ès dites Cours, ne pourront être cassés, révoqués ni sursis, sinon par les voies de droit permises par les Ordonnances [...] », *Journal contenant ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 18-19.

<sup>914</sup> ISAMBERT, Tome XVII, p. 341-346.

<sup>915</sup> *Mémoire de Jean-Baptiste Colbert sur l'arrêt du Parlement de Paris du 18 août 1656, concernant l'abus des évocations des procès à la personne du roi*. Dans : *Correspondance administrative sous le règne de Louis XIV*, recueillie et mise en ordre par G.B. Depping, Tome II, Administration de la justice – police – galères, Paris, Imprimerie nationale, 1851, p. 1-8, disponible sur : [https://www.persee.fr/doc/corr\\_0000-0001\\_1851\\_cor\\_2\\_1\\_889\\_t2\\_0001\\_0000\\_2](https://www.persee.fr/doc/corr_0000-0001_1851_cor_2_1_889_t2_0001_0000_2) (consulté le 5 juin 2019).

<sup>916</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>917</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>918</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>919</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>920</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>921</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 341-361.

<sup>922</sup> *Ibid.*, p. 342.

encadrer encore une fois les évocations-récusation. Les déclarations du 14 août 1687<sup>923</sup> et du 24 juillet 1701<sup>924</sup> consacrent au demeurant l'ordre à suivre en cas d'évocations entre cours souveraines (parlements et Grand Conseil). Enfin, l'ordonnance de 1737 de Louis XV sera le dernier règlement général concernant les évocations. Elle ne mentionne pas par ailleurs la prérogative du roi ou de son conseil d'accorder des évocations de propre mouvement.

Néanmoins, c'est à cette époque que les parlements critiquent systématiquement l'utilisation des évocations<sup>925</sup>. Sans prétendre à une abrogation totale du dispositif, la magistrature ancienne fait toujours – comme c'était le cas dans les siècles précédents – une interprétation restrictive de la pratique. Ainsi, elle conteste principalement les évocations de propre mouvement. L'argument principal est strictement « légal » : les ordonnances des rois précédents limitent l'utilisation des évocations de propre mouvement, il convient au roi de les respecter pour conserver sa majesté<sup>926</sup>. À l'argument général du « respect des lois » – à l'image des arguments relatifs à la constitution *Digna vox* –, s'ajoutent les listes parfois très longues que font les parlements sur ce qu'ils considèrent comme la législation « en vigueur ». Il s'agit de montrer les fondements normatifs du gouvernement à travers l'enchaînement historique de plusieurs « monuments » de la monarchie française<sup>927</sup>. Le parlement de Paris dresse, par exemple, une liste de réglementations royales débutant au XIV<sup>e</sup> siècle<sup>928</sup> ; le parlement de Rouen en fait de même, remontant jusqu'à la conquête de Philippe

---

<sup>923</sup> ISAMBERT, Tome XX, p. 51-52.

<sup>924</sup> *Ibid.*, p. 392-394.

<sup>925</sup> Voir l'analyse quantitative pour les parlements de Paris, Rouen et Rennes fait par : CHALINE, Olivier, « Cassations et évocations dans les remontrances des parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle », *HES*, vol. 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 60.

<sup>926</sup> Voir *supra*, p. 175-180.

<sup>927</sup> Voir l'exemple type de François Bertrand de Freauville : « C'est révoquer en doute les anciennes prérogatives de la Magistrature, que de les lui donner par un privilège, qui n'aurait date, que du jour qu'il lui serait accordé, & c'est rabaisser en quelque façon, les Juges Souverains, que de les vouloir égaler aux Notaires & aux Secrétaires du Roy, qui sont au-dessous d'eux, & qui ne peuvent être considérés, que comme Juges témoins, & cartulaires, à cause qu'ils signent les Jugements forcés, qui sont portés par les Arrêts, ou ceux auxquels les parties se soumettent volontairement. La différence qui est entre eux, est marquée dans tous les temps par les Ordonnances, où il paraît que les Jugés ont eu dès le moment de leur établissement, toute sorte de privilèges, comme attachés naturellement à leur fonction, au lieu que les Notaires & les Secrétaires du Roi ne les ont eus longtemps après eux, que par fiction & par une espèce de conséquence ». FRAUVILLE, François-Bertrand de, *Les prérogatives de la Robe*, Paris, Le Febvre, 1701, p. 278-279. L'argumentation juridico-historique des parlementaires est analysée par : DI DONATO, F., *L'ideologia dei robins nella Francia...*, *op. cit.*, p. 135-158 ; LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 112-124 ; SAINT-BONNET, F., « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels... », *op. cit.*, *passim*.

<sup>928</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.* : remontrances du 9 janvier 1731 (Tome I, p. 233-234) ; remontrances du 9 avril 1753 (Tome I, p. 574-575) ; remontrances du 27 novembre 1755 (Tome II, p. 29 et ss.). En matière criminelle : remontrances du 4 mars 1764 ; remontrances du 19-20 mars 1768 (Tome II, p. 867-869). Le récit historique de la législation se trouve également dans les remontrances du 1-5 juin 1767, et notamment une liste d'arrêts émis par le parlement de Paris à partir de la première moitié du XV<sup>e</sup> siècle contre les évocations (Tome II, p. 760-761). Les remontrances du 15 février 1784 pour sa part évoquent une liste de cas dans lesquels les rois désistaient de continuer l'évocation de certains procès (Tome III, p. 530-531).

Auguste au début du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>929</sup> ; le parlement de Provence remonte au testament du roi René au XV<sup>e</sup> siècle<sup>930</sup>. En outre, une variation de l'argument légaliste peut-être constatée : si les rois veulent évoquer les affaires des parlements, ils doivent suivre les formes établies – les lettres patentes qui permettent de déclencher la procédure de vérification des cours souveraines – ; non au travers d'autres moyens comme les arrêts du conseil d'État<sup>931</sup>.

Se plaçant du point de vue des justiciables, les parlements avancent trois arguments contre les évocations – tant celles qui revêtent une logique de récusation que celles faites « de propre mouvement ». En premier lieu, elles sont perçues comme le mécanisme idéal que certains plaideurs puissants utilisent afin de retarder les jugements<sup>932</sup>. En deuxième lieu, inversement, elles oppriment les petits plaideurs « si les ressources et le crédit leur manquent », les épuisent et les forcent à « [s'] abandonner à la poursuite longue, pénible et effrayante »<sup>933</sup>. En troisième lieu, elles portent atteinte aux libertés « territoriales » des justiciables, notamment en matière criminelle, car le transfert du procès en raison d'une évocation leur ôte la possibilité d'avoir un jugement conforme aux lois du lieu – entendons la coutume, la jurisprudence et les usages d'un détroit judiciaire<sup>934</sup>.

Dans certains textes, en dépit de l'assurance du respect de la volonté royale, le discours de la magistrature frise le vocabulaire de la résistance. En effet, dans des remontrances du 1784<sup>935</sup>, le parlement de Paris refuse de donner toute efficacité aux

<sup>929</sup> Il agit des remontrances du 8 mars 1740. D'après Olivier Chaline « on remonte au duché : « sous ses ducs, votre peuple de Normandie eut toujours le droit d'être jugé dans son territoire », droit confirmé par Philippe-Auguste en 1204, lors de la conquête. L'argumentation est ici historico-juridique et s'appuie sur les chroniqueurs médiévaux, sur la Charte aux Normands de 1315 et sur l'édit de 1499 [...] », CHALINE, O., « Cassations et évocations dans les remontrances... », *op. cit.*, p. 65.

<sup>930</sup> Remontrances du 26 juin 1756. Selon Hugo Stahl, « y sont reproduits, le testament de Charles d'Anjou du 10 décembre 1481 (jour de sa mort), l'acceptation solennelle par Louis XI, les Lettres Patentes de Louis XI du 19 décembre 1481, celles de Charles VIII confirmatives ». STAHL, Hugo, *Les conceptions des parlementaires provençaux sous le règne de Louis XV au prisme de l'ordre public*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Aix-Marseille, 2018, p. 396, note de bas de page n° 2017. Pour sa part, Paul-Albert Robert dresse les délibérations du 24 avril 1719 ; 23 mars 1740 ; 4 avril 1748 ; 3 avril 1756 ; 26 juin 1756 ; 17 octobre 1763 ; 17 décembre 1766 ; 27 juillet 1768 ; 2 mai 1770 ; 4 mars 1777 ; 16 décembre 1777 ; 14 mai 1778 ; 28 février 1780 ; 21 juillet 1780. ROBERT, Paul-Albert, *Les remontrances et arrêts du Parlement de Provence au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 416.

<sup>931</sup> Remontrances du parlement de Paris du 1er mars 1721. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 147.

<sup>932</sup> Remontrances du parlement de Paris du 9 janvier 1731 : « L'expérience n'a que trop appris que les évocations étaient souvent la dernière ressource des plaideurs opiniâtres et artificieux, qui n'ont plus d'autre espérance que celle de traverser ou d'éloigner par de mauvais incidents les condamnations qu'ils sentent ne pouvoir plus éviter », *Ibid.*, Tome I, p. 235. Le parlement vise principalement les ecclésiastiques.

<sup>933</sup> Remontrances du parlement de Paris du 9 avril 1753, *ibid.*, Tome I, p. 569. Une idée similaire est avancée dans ses remontrances du 5 juin 1767 : « Il est facile de concevoir le tort inestimable que ressent un laboureur enlevé à sa culture, un négociant distraité de son commerce, un citoyen éloigné de sa famille et de ses possessions, et tout ce que l'État peut avoir à craindre de l'absence des officiers préposés aux différentes branches de l'administration, et auxquels les lois sages ont accordé des privilèges pour les mettre à l'abri d'être divertis de leurs fonctions » (Tome II, p. 803-804).

<sup>934</sup> *Ibid.*, p. 569.

<sup>935</sup> Remontrances du 15 février 1784. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 527-531.

décisions de justice issues des évocations. Sans jamais parler de désobéissance à l'autorité royale, il se réfère pourtant aux conséquences que les évocations peuvent entraîner concernant l'obéissance des sujets à l'ordre juridique et judiciaire du royaume<sup>936</sup>. Un an plus tard, les remontrances du parlement de Paris laissent apercevoir l'influence de Montesquieu dans les arguments relatifs aux évocations :

« Le code sacré de la législation française, ce monument précieux de la sagesse de nos rois, ne contient point d'ordonnances qui légitiment de semblables évocations, et elles sont, au contraire, formellement proscrites dans toutes. Il ne contient point d'ordonnances qui *autorisent la confusion des deux pouvoirs et leurs bornes* y sont, au contraire, strictement marquées, parce qu'on a senti qu'elles étaient nécessaires au maintien de l'ordre public »<sup>937</sup>

L'argument parlementaire est dans l'ensemble concordant. Pourtant, les raisons – et *a fortiori* les intérêts – sont circonstanciées. Comme le relève Olivier Chaline, au gré des événements, l'intérêt de chaque parlement est de protéger sa propre juridiction même à l'encontre des autres<sup>938</sup>. Or les différentes cours souveraines, parisiennes et provinciales ont pour point commun de contester les prérogatives de leurs deux rivaux principaux : le Conseil du roi et le Grand Conseil.

---

<sup>936</sup> « [Les évocations sont] regardées comme non avenues, les jugements rendus en conséquence sont déclarés *ipso facto* nuls et de nul effet. Il est permis aux parties de passer outre, il est enjoint aux magistrats d'en prononcer la nullité, sous peine d'être imputés eux-mêmes infracteurs des ordonnances », *ibid.*, p. 529.

<sup>937</sup> Remontrances du parlement de Paris du 13 février 1785, *ibid.*, p. 605 (nous soulignons).

<sup>938</sup> CHALINE, O., « Cassations et évocations dans les remontrances... », *op. cit.*, p. 65-68.

## Section 2. Les parlements contre ses rivaux

La revendication des parlements de rendre la justice en dernier ressort implique une participation directe à la souveraineté. En effet, dès le Moyen Âge, produire une décision qui *arrête* une dispute judiciaire est un attribut lié à la souveraineté<sup>939</sup>. L'article 9 de l'ordonnance de 1344 renforce cette idée : le seul recours pour attaquer un arrêt du parlement est la proposition d'erreur, qui est décidée exclusivement au parlement de Paris, seul compétent pour modifier ses arrêts<sup>940</sup>.

La complexité du système judiciaire d'Ancien Régime réside dans le choix de la monarchie de multiplier les modifications sans ôter préalablement – au moins pas explicitement – les compétences aux institutions qui les détenaient précédemment<sup>941</sup>. Ce choix, loin d'être capricieux, répond à l'idée médiévale de « reformation ». Chaque mesure royale modifiant un aspect de l'administration de justice – ainsi que chaque nouvel usage touchant la *jurisdictio* –, génère, symétriquement, l'opposition des institutions concernées par la nouveauté. Elle relève davantage d'une logique historique et institutionnelle<sup>942</sup>, pour être progressivement rapprochée à la protection des libertés des sujets du roi.

Au sommet de la hiérarchie de la monarchie française, les différents organes de justice justifient leur préséance aux côtés du roi, et partant leur prérogative souveraine de décider en dernier ressort. En ce sens, les parlements ont deux rivaux principaux avec lesquels ils se disputent de manière permanente la prérogative de « justice souveraine » : depuis le XV<sup>e</sup> siècle, le Grand Conseil (§1) et au XVIII<sup>e</sup> siècle, le Conseil du roi (§2).

---

<sup>939</sup> Voir : BEAUD, O., *La puissance de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 39-41.

<sup>940</sup> ISAMBERT, Tome IV, p. 494-496.

<sup>941</sup> « [...] Malgré la naissance indéniable d'une bureaucratie exécutive, la monarchie ne sait pas ériger de charge publique autrement qu'en attribuant à son titulaire un pouvoir de juridiction. Les attributions juridictionnelles des intendants ne font pas l'objet d'une remise en cause par les officiers parce qu'il y aurait invasion d'un droit public administratif sur le terrain du droit privé, mais pour cette raison qu'elles sont ressenties comme une insupportable intrusion de la politique sur le terrain du droit et de la justice réglée ». BIGOT, Grégoire, « La difficile distinction droit public / droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Droits*, n° 38, 2003/2, p. 106.

<sup>942</sup> Et même d'une « politique » royale de conservation de la monarchie, à en croire Philippe de Béthune : « Et si, par l'ambition de quelques-uns, le Conseil d'État ; qui doit être composé de petit nombre, se remplit de trop de gens, (ce qui arrive ordinairement aux États malades & corrompus), il ne sera mal à propos de les amuser ailleurs, attribuant à la plus grande partie de ces Conseillers quelque juridiction qui approche aucunement des affaires d'État : comme Philippe le Bel Roy de France fit du Parlement ; Charles huitième du Grand Conseil ; & comme l'on fait à présent du privé Conseil ». BÉTHUNE, Philippe, *Le Conseiller d'Etat, ou recueil general de la politique moderne...*, Paris, Compagnie des Libraires du Palais, 1665, p. 96.

## §1. *Le Grand Conseil : un « corps surnuméraire parasite »*

Le parlement de Paris ne s'oppose pas en principe à la *jurisdictio* que Louis XII confère au Grand Conseil<sup>943</sup> ; mais à la supériorité que celui-ci revendique dans la hiérarchie de la justice. De sa création et à la Révolution, les parlementaires réfutent les prérogatives des membres du Grand Conseil, bien que leur statut soit le même que celui des parlementaires ; ils sont aussi officiers de justice. Or la réfutation parlementaire est tant hiérarchique que fonctionnelle, comme on peut le constater à travers leur discours. Trois types d'arguments sont avancés : les premiers sont tirés de l'histoire (A) ; les suivants sont fondés sur un critère *ratione loci* (B) ; les derniers reposent sur un critère *ratione materiae* (C).

### A. *Les arguments historiques*

À la fin du Moyen Âge et à l'époque moderne, toute revendication politico-juridique est étayée par une argumentation orientée vers le passé : l'ancienneté des institutions est un signe de hiérarchie. Ainsi, face aux origines *certaines* et datables du Grand Conseil, les parlementaires opposent les origines *légendaires* de leur institution.

Dès le début du XVI<sup>e</sup> siècle, quelques années après l'instauration du Grand Conseil en tant que cour souveraine en 1498 par Louis XII<sup>944</sup>, les termes historiques du conflit sont posés. L'ouvrage de Jean de Montaigne *Tractatus celebris de auctoritate et preeminencia sacri magni concilii et parlamentorum regni Francie*<sup>945</sup>, avance les points en faveur de l'« autorité et prééminence » tant du Grand Conseil que du

<sup>943</sup> La création du Grand Conseil est dû dans un premier moment à Charles VII, à l'instar de son chancelier Guy de Rochefort, par édit du 2 août de 1497 (ISAMBERT, Tome XI, p. 292). Après la mort du roi, son successeur Louis XI confirme l'institution à travers les « Lettres portant confirmation de l'institution du grand conseil » (ISAMBERT, Tome XI, p. 296-300).

<sup>944</sup> Cependant, la dénomination de « Grand Conseil » – dans le sens judiciaire qu'elle revête depuis l'instauration de la cour souveraine – existe bien avant l'institution permanente : GAILLARD, Arthur, « L'origine du Grand Conseil et du Conseil Privé », *Compte-rendu des séances de la commission royale d'histoire*, Deuxième série, Tome 6, 1896, p. 267-324 ; LAMEERE, Eugène, « L'origine du Grand Conseil ambulatorio et Conseil privé », *Revue de l'Université de Bruxelles*, Tome III, 1897-1898, p. 1-24, disponible sur :

<http://bibnum.enc.sorbonne.fr/omeka/files/original/d54c950c73eac78ee71a0a23d44ba390.pdf> (consulté le 8 mai 2020) ; PELLETIER, Monique, *Le Grand Conseil de Charles VIII à François I<sup>er</sup> (1483-1547)*, Thèse de l'École des Chartes, 1960, 90 p. ; TRANI, Marie-Camille, *Le Grand Conseil de Henri II à Henri IV (1547-1610)*, Thèse de Droit, Université de Paris, 1969, 358 p. ; VALOIS, Noël, « Le Conseil du Roi et le Grand Conseil pendant la première année du règne de Charles VIII », *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tome 44, 1883, p. 137-168.

<sup>945</sup> MONTAIGNE, Jean, *Tractatus celebris de auctoritate et preeminencia sacri magno concilii et parlamentorum regni Francie ac de precedentia ipsius...*, Paris, Parrhisii, 1512. Voir sur cet ouvrage : ARABEYRE, Patrick, « Aux origines de l'absolutisme : Grand Conseil et Parlement à la fin du Moyen Âge d'après le *Tractatus celebris de auctoritate et preeminencia sacri magni concilii et parlamentorum regni Francie* de Jean Montaigne », *CRMH*, [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/905> (consulté le 26 juillet 2019).

parlement. En faveur de ce dernier, les arguments historiques visent à montrer ses origines carolingiennes et son assimilation au sénat romain<sup>946</sup>. Au fond, comme le relève Patrick Arabeyre, l'argumentation tend à favoriser l'institution du parlement, malgré le ton prudent de l'auteur<sup>947</sup>.

Dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, l'œuvre d'Etienne Pasquier devient la référence des thèses parlementaires relatives à ses origines historiques<sup>948</sup>. L'auteur s'empresse de montrer que du parlement en tant qu'institution « metoyenne [*sic*] entre le Roi & le peuple, dépendait toute la grandeur de la France »<sup>949</sup>. Les origines carolingiennes sont à nouveau invoquées, notamment pour montrer que la légitimité de la dynastie a été forgée à travers l'institution du parlement<sup>950</sup>. La continuité de sa fonction est manifeste lors du changement de « race ». Hugues Capet, « plus fin que vaillant [...] fit au moins mal qu'il peut une paix avecques tous ses grands Ducs et Comtes »<sup>951</sup>. Le résultat est l'unité de la France, « laquelle était néanmoins divisée en plusieurs »<sup>952</sup>, par le moyen de l'institution du parlement. Enfin, celle-ci a été indispensable pour la constitution de la monarchie sur le plan juridique : « Voire qu'au moyen de cette souveraineté, le Roi s'étant petit à petit rendu le plus fort dans son Royaume, adonc commença de se renforcer la commune Police à l'avantage de sa Couronne »<sup>953</sup>. Parmi ces avantages, l'auteur évoque l'établissement du parlement à Paris, ainsi que son rôle de vérificateur de la volonté royale<sup>954</sup>.

En contraste avec l'ancienneté du parlement, les origines du Grand Conseil semblent être pour Pasquier la conséquence d'une confusion dans l'appellation : ce qui était « tenir parlement » – à savoir, la convocation du roi des « Princes & Prélats pour terminer quelques différends notables » – est devenu « tenir Grand Conseil »<sup>955</sup>. Quoiqu'il en soit, l'auteur les assimile à deux institutions romaines bien distinctes : le parlement « représente quelque chose de la grandeur [du] Sénat », le Grand Conseil est

---

<sup>946</sup> ARABEYRE, P., « Aux origines de l'absolutisme... », *op. cit.*, §34-42.

<sup>947</sup> Alors que le commentateur de l'ouvrage Nicolas Bohier, lui, tranche sans ambages en faveur du Grand Conseil. ARABEYRE, P., « Aux origines de l'absolutisme... », *op. cit.*, §48-49.

<sup>948</sup> YARDENI, M., « Pasquier, critique des états », *Les états : ordres, institutions et formes...*, *op. cit.*, p. 131. BROCH, J., *L'école des "politiques"...*, *op. cit.*, p. 379-380.

<sup>949</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 42. Pour l'analyse de l'expression « mitoyenne » dans cet ouvrage, voir : Carnet de recherche « Parlement(s) de Paris et d'ailleurs (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s.) », STOREZ-BRANCOURT, Isabelle, « Pasquier et son parlement "mitoyen" », 1 octobre 2010, ISSN 1950-5647, disponible sur : <https://parlementdeparis.hypotheses.org/471> (consulté le 29 juillet 2019).

<sup>950</sup> Voir *supra*, p. 93.

<sup>951</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>952</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>953</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>954</sup> *Ibid.*, p. 46-66. Voir l'analyse de : DAUBRESSE, S., *Le parlement de Paris, ou la voix de la raison...*, *op. cit.*, p. 57-60.

<sup>955</sup> *Ibid.*, p. 77.

le *consilium principis*, qui « symbolisait à la police qui fut instituée par Hadrien »<sup>956</sup>. Cette assimilation montre encore une fois la stabilité du parlement – une institution à part entière dans la monarchie –, en contraste avec la précarité du Grand Conseil – un organe dépendant de la volonté du souverain<sup>957</sup>.

Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, Bernard de La Roche-Flavin suit presque à la lettre l'analyse d'Etienne Pasquier<sup>958</sup>. Il illustre par ailleurs ses propos avec les remontrances du parlement de Paris du 21 mai 1615<sup>959</sup>, lesquelles reviennent sur les origines légendaires du parlement :

Philippe le Bel qui premier rendit votre Parlement sédentaire, & Louis Hutin qui l'établit dans Paris, lui laissèrent les fonctions, & prérogatives qu'il avait eues à la suite des Rois leurs prédécesseurs. Et c'est pourquoi *il ne se trouve aucune institution particulière de votre Parlement*, ainsi que des autres Cours souveraines qui ont été depuis érigées comme tenant votre Parlement la place du Conseil des Princes & Barons qui de toute ancienneté étaient près la personne des Rois, né avec l'état [...] »<sup>960</sup>

La Roche-Flavin semble affirmer que le parlement et les autres cours souveraines (chambre de comptes, cours des monnaies) ont une autorité égale à celle du parlement. Cependant, en ce qui concerne les relations entre ce dernier et le Grand Conseil, nulle égalité<sup>961</sup>. Le chapitre XXXIV du dernier des *Treze livres des parlemens...* s'intitule « *Autorité des parlements par-dessus le grand Conseil* »<sup>962</sup>. L'histoire de l'institution permet à l'auteur d'affirmer que ses jugements n'ont « autorité d'Arrêts », car « telle assemblée n'exerçait juridiction ordinaire, ni contentieuse ; jusques à ce que le Roi Philippes égala leurs jugements à ceux des

<sup>956</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>957</sup> « Toutefois, pour bien entendre ceci, ce grand Conseil du commencement n'était fondé en juridiction contentieuse : car telles matières étaient réservées pour la connaissance de la cour de Parlement, mais seulement connaissait de la police générale de France, concernant, ou le fait des guerres, ou l'institution des édits, dont la vérification appartenait au Parlement », *ibid.*, p. 77-78. Cependant, l'auteur nuance ses propos quelques lignes après, car il reconnaît le caractère stable de la cour souveraine appelée Grand Conseil. Par la suite, les développements ne visent plus les fondements historiques des deux institutions. Jean Papon, pour sa part, affirme sans équivoque la suprématie des parlements « qui sont de plus ancienne création » : PAPON, J., *Secrets du troisieme et dernier notaire...*, *op. cit.*, p. 635.

<sup>958</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treze livres des parlemens de France...* *op. cit.*, p. 2-9.

<sup>959</sup> Voir *supra* : *Remontrances présentées au Roy par Nosseigneurs du Parlement...* (note de bas de page n° 806).

<sup>960</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treze livres des parlemens de France...* *op. cit.*, p. 7 (nous soulignons).

<sup>961</sup> Bodin affirme également la supériorité du parlement en termes de « prérogative d'honneur » : « Et combien que du temps de Charles VIII le Grand Conseil maniât les affaires d'état, si est-ce que par édit express, le Roi ordonna qu'en tous édits & mandemens où il serait fait mention de la Cour de Parlement & du grand Conseil, la Cour serait toujours premise [*sic*] », BODIN, J., *Six livres de la République...*, *op. cit.*, p. 464.

<sup>962</sup> *Ibid.*, p. 744.

Parlements »<sup>963</sup>. La préséance chronologique suppose ainsi la priorité hiérarchique<sup>964</sup>. Enfin, pour La Roche-Flavin cette supériorité du parlement est manifeste dans la mesure où le Grand Conseil veut se rendre égal à lui : « étant ainsi dressés en collège & justice ordinaire, ils se sont élevés petit à petit jusques à vouloir entreprendre sur les Parlements »<sup>965</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les remontrances des parlements vont dépasser le récit historique forgé depuis le XVI<sup>e</sup> siècle pour lui donner une coloration plus juridique. À l'instar des écrits de Louis-Adrien Le Paige, « éminence grise de l'opposition parlementaire »<sup>966</sup>, les parlements transforment le récit historique en argument constitutionnel au sens juridique. Deux objectifs principaux sont visés : d'abord, affirmer la consubstantialité de l'institution parlementaire d'avec la monarchie<sup>967</sup> ; ensuite, présenter ses rivaux (le Grand Conseil en l'occurrence) comme incompatibles avec les « formes anciennes et immuables de la législation » et de « l'ordre sacré de la constitution même de l'État »<sup>968</sup>. En 1755, un conflit de juridiction éclat entre le parlement de Paris et le Grand Conseil ; le roi tranche en faveur du second par la déclaration du 10 octobre<sup>969</sup>. Le 27 novembre, le premier président du parlement se présente devant Louis XV pour lui faire des représentations sur les entreprises du Grand Conseil « d'une nature si étrange, qu'elles attaquent directement la constitution de

---

<sup>963</sup> *Ibid.*, p. 744.

<sup>964</sup> FOURNIER, R., *De la hiérarchie à la souveraineté...*, *op. cit.*, p. 346-350.

<sup>965</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlements de France... op. cit.*, p. 744. *Contra* : DU CROT, Lazare, *Le vray styl du grand Conseil du Roy auquel est sommairement parlé de son origine, grandeur, & autorité...*, Paris, Jean Bessin, 1637, p. 6-10.

<sup>966</sup> Notamment les *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et sur les lois fondamentales du Royaume*, publiés à Amsterdam en 1753 et 1754. MAIRE, Catherine, « Louis-Adrien Le Paige entre Saint-Simon et Montesquieu », *Cahiers Saint-Simon*, n° 27, 1999, p. 37. Sur l'influence du jansénisme dans l'idéologie de la magistrature, voir également : *ID.*, « L'Église et la nation. Du dépôt de la vérité au dépôt des lois : la trajectoire janséniste au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 46<sup>e</sup> année, N. 5, 1991, p. 1177-1205 ; *ID.*, « Gallicanisme et sécularisation au siècle des Lumières », *Droits*, vol. 58, no. 2, 2013, p. 133-166 ; DI DONATO, Francesco, « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52<sup>e</sup> années, N. 4, 1997, p. 821-852 ; *ID.*, *L'ideologia dei robins nella Francia...*, *op. cit.*, chapitre 2, p. 173-389 ; FOURNIER, Raphaël, « Ancienne magistrature et hiérarchie des normes : le corps caché des lois derrière le corps du roi », *Droits*, n° 67/1, 2018, p. 197-217.

<sup>967</sup> Contrairement à la doctrine favorable aux parlements aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècle, laquelle détermine la naissance du corps du parlement de Paris à l'époque carolingienne : « En faisant remonter la naissance du Parlement aux Carolingiens, Pasquier ne le rend pas consubstantiel à la monarchie. En expliquant que les cours provinciales sont des créations royales ou le prolongement d'institutions féodales antérieures, il se situe résolument aux antipodes de la théorie de classes ». GOJOSSO, Éric, « Etienne Pasquier ou l'histoire au service de la modération (1560-1565) », *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique*, Actes du colloque de l'AFHIP d'Aix-en-Provence (12-13 mai 2005), PUAM, 2006, p. 214.

<sup>968</sup> Remontrances du parlement de Paris du 22 août 1756, FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 145.

<sup>969</sup> Voir sur ce conflit entre les deux cours souveraines, principalement : SWANN, Julian, « Parlement, Politics, and the Parti Janséniste : the Grand Conseil Affaire, 1755-1756 », *French History*, Oxford University Press, Vol. 6, No. 4, 1992, p. 435-461 ; *ID.*, *Politics and the parlement of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995. Voir également : EGRET, Jean, *Louis XV et l'opposition parlementaire : 1715-1774*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 72-76 ; GLASSON, Ernest, *Le parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, Tome II, Paris, Hachette, 1901, p. 277-250.

l'État »<sup>970</sup>. La fonction explicitement affirmée par les parlementaires est toujours la même, à savoir, la vérification de l'acte royal : « supplier [au roi] avec les plus respectueuses instances, de considérer que la déclaration du 10 octobre [...], *porte évidemment tous les caractères d'une surprise faite à la religion de V. M.* »<sup>971</sup>.

Le récit historique des remontrances du 27 novembre 1755 radicalise l'opposition sur les origines des deux institutions. Une fois de plus, le parlement représente les formes ordinaires, stables et pérennes :

« Il y a treize cents ans que la Monarchie subsiste, [...] que votre parlement [...] forme toujours le même tribunal et exerce les mêmes fonctions dans l'État. Son administration, quant à la manutention des lois, n'a jamais cessé d'être la même jusqu'à ce moment ; et il a toujours conservé le glorieux avantage d'être la vraie Cour de France, *parce qu'il est né avec l'empire des Français pour être une branche de la forme essentielle du gouvernement.* »<sup>972</sup>

Face aux « formes essentielles du gouvernement », les origines du Grand Conseil sont dépréciées. En effet, cette cour souveraine serait à l'origine « préparée par les troubles qui agitèrent les règnes malheureux de Charles VI, Charles VII et de Louis XI, annoncé par la multiplication des désordres qui intervertirent le cours régulier de la justice »<sup>973</sup>. C'est donc la ruse et les intérêts des parties à l'époque de Charles VIII qui a permis au Grand Conseil de prendre une forme contraire à « l'ancienne économie du Royaume »<sup>974</sup>.

---

<sup>970</sup> Remontrances du parlement de Paris du 27 novembre 1755, FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 21.

<sup>971</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>972</sup> *Ibid.*, p. 26 (nous soulignons). L'affirmation du premier président d'après laquelle « il a treize cents ans » que la monarchie et le parlement subsistent, montre que les parlementaires reculent quelques siècles les origines carolingiennes que les juristes historiens du XVI<sup>e</sup> siècle affirmaient. Plus loin dans les remontrances, le premier président évoque explicitement la fonction de justice du parlement sous la dynastie mérovingienne, en faisant une référence à Gontran et à Childebert, rois francs (p. 29).

<sup>973</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>974</sup> Le premier président en tire ainsi des conséquences relatives aux compétences personnelles des officiers du Grand Conseil : « L'esprit de parti, les intérêts, les brigues y introduisirent *toutes sortes des personnes sans ordre, sans nombre, et sans expérience au fait de la justice.* Quel pouvait être, Sire, le respect des semblables conseillers pour les lois de l'État qu'ils ignoraient, pour l'ordre des juridictions dans lequel ils n'occupaient aucun rang, pour l'honneur des tribunaux qu'ils avaient perpétuellement à redouter, pour l'administration régulière de la justice dont les principes sont incompatibles avec les vues factieuses qui les animaient ? », *ibid.*, p. 36 (souligné dans le texte). Les remontrances du parlement de Rouen du 12 février 1756 sont encore plus virulentes : « Et à quel Tribunal encore attribue-t-on une autorité si despotique ? A un Tribunal imaginé dans les troubles, qui ne doit sa naissance qu'aux agitations qui ont divisé l'État sous les règnes de Charles VI & Charles VII ». *Mémoire sur l'affaire du Grand Conseil, ou analyse raisonnée des prétentions élevées par le Grand Conseil et des principes et monuments qui démontrent leur illégitimité*, s.n., 1755, p. 778. La date du texte est de toute évidence fautive, car ce recueil contient des actes postérieurs, jusqu'à 1761. Ahmed Slimani donne la paternité du *Mémoire* à Louis-Adrien Le Paige sans apporter la preuve. SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 261, note de bas de page n° 1946.

Les remontrances des parlements de province font écho aux remontrances parisiennes : le parlement de Toulouse le 19 décembre 1755, le parlement de Rouen le 12 février 1756, le parlement de Bordeaux le 1<sup>er</sup> mars 1756, le parlement de Metz le 18 mars 1756, le parlement de Grenoble le 10 avril 1756, le parlement d'Aix le 26 juin 1756<sup>975</sup>. De plus, les arguments perdurent au-delà de l'affaire à l'origine des conflits<sup>976</sup>. Cela atteste une certaine homogénéité du récit historico-juridique relatif à la suprématie du parlement – par ailleurs nécessaire si l'on note que la plupart de parlements utilisent à cette même époque la théorie des classes<sup>977</sup> – ; malgré les divergences à l'origine des libertés protégées par chaque parlement.

L'histoire de la monarchie est encore au service des revendications parlementaires : les origines légendaires de l'institution s'accordent sur le plan conceptuel avec la logique coutumière des libertés qu'ils défendent. En ce sens, réfuter la suprématie des institutions qu'ils considèrent comme postérieures au parlement ne relève pas seulement d'une défense des prérogatives institutionnelles ; elle est aussi liée à la conservation d'un savoir juridique et *formel* forgé dès la naissance de la monarchie, à laquelle le parlement est consubstantiel.

La contestation de la *jurisdictio* du Grand Conseil ne concerne pas exclusivement les affirmations appuyées sur les origines des deux institutions. En effet, à ce récit historique s'ajoutent les arguments fondés sur le critère de compétence territorial.

---

<sup>975</sup> *Mémoire sur l'affaire du Grand Conseil...*, *op. cit., passim*. Pour les textes des remontrances *in extenso*, voir : Parlement d'Aix (p. 738-757), Parlement de Toulouse (p. 760-767), Parlement de Rouen (p. 777-785), Parlement de Metz (p. 867-874), Parlement de Grenoble (p. 880-890), Parlement de Bordeaux (p. 929-937). Pour un récit abrégé allant jusqu'à 1765, voir également : DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, Tome IX, 1790, p. 388-402.

<sup>976</sup> Par exemple, dans les remontrances du parlement de Paris du 19 mars 1768. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 855-856.

<sup>977</sup> La théorie de l'union des classes du parlement postule que le parlement est un seul et unique corps – à l'image d'un arbre avec ses différentes branches –, malgré les différences d'origine sur les plans territorial et temporel. Elle est formulée par Louis-Adrien Le Paige en 1753 : « Avant 1302, le Parlement était *unico-universus* ; &, comme le roi Jean l'appelait encore 60 ans après la fixation à Paris, le Parlement universel, *nostrum Parlamentum universalis* ; qu'il était la seule Cour souveraine de tout le Royaume de France, le seul tribunal supérieur, où ressortissent tous les autres du Royaume sans aucune exception », LE PAIGE, L.-A., *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement...*, *op. cit.*, p. 239. Sur le plan idéologique, certains auteurs voient en cette théorie une atteinte d'importance majeure à l'unité de la souveraineté dans la monarchie absolue de droit divin. Voir parmi d'autres : BICKART, Roger, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Alcan, 1932, p. 143-193 ; OLIVIER-MARTIN, François, *L'absolutisme français et Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 1997, p. 364-366. Pourtant, la théorie de classes n'est pas reprise par tous les parlements ou cours souveraines assimilées. D'après Ahmed Slimani, le Conseil Souverain d'Artois et le parlement de Metz n'adhèrent pas explicitement la théorie. Il relève par ailleurs l'embarras du milieu parlementaire pour en faire une théorie cohérente, cf. SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 291, note de bas de page 2213 et p. 292-294. Frédéric Bidouze affirme pour sa part que le parlement de Pau ne l'adhère que de manière tardive et superficielle : BIDOUZE, Frédéric, « Le parlement de Navarre et l'union des classes : doctrine et réalités », *Les parlements de province...*, *op. cit.*, p. 763-776.

## B. *Les arguments fondés sur le critère ratione loci*

Si la fixation de la cour souveraine dénommée Grand Conseil est dû à l'édit de Charles VII du 2 août 1497<sup>978</sup>, l'affirmation de sa compétence territoriale se trouve dans l'édit de Louis XII du 13 juillet 1498 :

« Nous avons érigé et érigeons en offices ordinaires, en corps, cour et collège, qui sera institué en nôtre grand conseil, et qui aura une autorité souveraine, par tous nos royaume, pays, terres et seigneuries, et toute telle qu'ont nos autres cours souveraines, établies en divers lieux de nôtre royaume, en leurs limites et ressorts. »<sup>979</sup>

La doctrine parlementaire reprend l'affirmation d'une fonction à l'image de la *jurisdictio* des cours souveraines pour s'opposer à la compétence territoriale incertaine du Grand Conseil. Parce qu'attaché à la personne du roi, l'institution aurait été itinérante, ce qui est nuisible à sa fonction de justice. Jean de Montaigne développe cette idée dans son *Tractatus...*, pour montrer que l'absence d'un ressort déterminé du Grand Conseil implique que les magistrats qui le composent sont « peu estimés »<sup>980</sup>. Pasquier affirme également que le défaut de *jurisdictio* territoriale nuit tant à la juridiction « naturelle et du domicile », qu'aux parties en raison des frais extraordinaires causés par le déplacement<sup>981</sup>. Bernard de La Roche-Flavin paraphrase pour sa part l'analyse de Pasquier<sup>982</sup>.

Un siècle plus tard, d'Aguesseau est emphatique sur l'absence d'une compétence territoriale du Grand Conseil. En effet, contestant un mémoire « fait pour prouver que l'on doit obliger les officiers de maréchaussées à envoyer tous les six mois

---

<sup>978</sup> ORF, Tome XXI, p. 4-6.

<sup>979</sup> ISAMBERT, Tome XI, p. 298.

<sup>980</sup> ARABEYRE, P., « Aux racines de l'absolutisme... », *op. cit.*, §41.

<sup>981</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 79. François de Belleforest partage cette opinion : le « Grand Conseil [...] a été une ouverture encore plus préjudiciable que la première faute [du parlement dans l'administration de justice], que c'est autant d'accroître de frais au Roi pour les gages qu'il donne, & de peine aux parties aux parties courant ça et là à la suite du conseil [...] », BELLEFOREST, F. de, *Les grandes annales et histoire générale de France...*, *op. cit.*, p. 1338v. Le caractère ambulatoire du Grand Conseil est aussi invoqué par Papon. PAPON, J., *Secrets du troisieme et dernier notaire...*, *op. cit.*, p. 636. Un siècle plus tard, François Desmaisons souligne également le caractère ambulatoire du Grand Conseil : « Comme le Grand Conseil est obligé à la suite du Roi, lorsqu'il plaît à sa Majesté de le commander, il y a une autre sorte d'Officiers que les autres Cours n'ont pas, parce qu'elles sont sédentaires : aussi ceux-là ont des sièges arrêtés, au lieu que le Grand Conseil ne sied que sur des fauteuils pliants, couverts de cuir, pour montrer qu'il est ambulatoire [...] », DESMAISONS, F., *Le parfait praticien françois reformé suivant l'usage qui se pratique à présent par toute la France...*, *op. cit.*, p. 50 (nous soulignons).

<sup>982</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treze livres des parlemens de France...* *op. cit.*, p. 745. *Contra* : DU CROT, L., *Le vray styl du grand Conseil du Roy...*, *op. cit.*, p. 13.

au grand-conseil l'extrait de leur dépôt »<sup>983</sup>, l'auteur s'attarde longuement sur la notion du ressort, et son incompatibilité avec l'institution du Grand Conseil. À ses yeux, c'est « une absurdité » d'invoquer le terme « ressort » qui apparaît dans l'ordonnance de 1570 pour interpréter l'ordonnance criminelle de 1670 en faveur du Grand Conseil<sup>984</sup>. La compétence sur les juridictions criminelles concernées (prévôts de maréchaux et maréchaussée) appartient « aux juges du lieu du délit [...], ou ce qui est la même chose, juge du territoire »<sup>985</sup>. Cependant, il considère que :

Cette qualité ne peut pas même être prétendue par le grand-conseil, on peut dire [donc], avec vérité, que c'est sans aucun fondement qu'il vient abuser en sa faveur du terme de ressort dont l'ordonnance s'est servie, puisque ce terme ne lui convient point [...], dans sa signification plus étendue, parce que le grand-conseil n'est point le juge du territoire. »<sup>986</sup>

L'absence de territoire figé de compétence en vertu des actes royaux est l'un des arguments récurrents des remontrances parlementaires au long de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Celles du parlement de Paris du 27 novembre 1755 reviennent sur les défauts des édits de création du Grand Conseil :

« Ajoutons que, si le Grand Conseil eût été destiné à tenir un rang entre les autres tribunaux, il eût encore été nécessaire de lui attribuer un être semblable à celui des autres juridictions, en caractérisant d'une manière précise la nature de son autorité, l'objet de son institution, le rapport qu'il aurait avec les autres tribunaux, soit à titre de ressort, d'égalité ou d'infériorité ; *en lui assignant enfin un territoire et un objet propre et fixe de juridiction.* »<sup>987</sup>

Les parlementaires parisiens ne s'attaquent pas au statut particulier de officiers du Grand Conseil – dans lequel ils reconnaissent des privilèges « purement personnels » octroyés par le souverain –, mais à l'autorité, à la fonction et même à

---

<sup>983</sup> D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome IX, p. 484-510.

<sup>984</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>985</sup> *Ibid.*, p. 499.

<sup>986</sup> *Ibid.*, p. 499.

<sup>987</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 38 (nous soulignons).

l'existence de l'institution<sup>988</sup>. De l'absence de ressort territorial ils dégagent une prétention à l'universalité de l'autorité de l'institution, inadmissible à leurs yeux en raison tant des ordonnances que de l'hétérogénéité du royaume<sup>989</sup>. En 1768, le parlement de Paris « remontre » au roi justement qu'il a pu reconnaître ce danger lorsqu'il renvoie « devant les juges ordinaires toutes les contestations entre particuliers que le crédit et l'intérêt avaient fait attirer au Grand Conseil »<sup>990</sup>. En outre, du point de vue des justiciables la raison est toujours la même : les parlementaires considèrent le Grand Conseil comme « onéreux et inutile », d'autant qu'il porte atteinte aux juges naturels dans les territoires<sup>991</sup>. En ce sens, la limitation des actions du Grand Conseil est liée à la protection des libertés des justiciables, car les juges naturels – déterminés en raison d'un ressort et selon de principes fixes<sup>992</sup> – sont les plus à même de conserver les particularités coutumières ; et, par conséquent, à garantir l'accès au juge tant au sens objectif que moral.

En somme, l'absence d'un ressort territorial fait du Grand Conseil un corps juridictionnel étrange et incomplet mais surtout dangereux pour l'ordre monarchique et pour les libertés des justiciables car des compétences claires d'attribution lui manquent.

---

<sup>988</sup> « Mais, loin de lui donner aucun de ces caractères, l'édit n'exprime les droits dont jouiront les gens du Grand Conseil que par une énonciation vague et indéterminée *d'honneurs, droits et prérogatives semblables à ceux qu'ont accoutumé d'avoir les conseillers des cours souveraines* : expressions qui peuvent annoncer quelques privilèges purement personnels, quelques marques de distinction accordées à des particuliers, mais qui ne seront jamais pour un tribunal le titre constitutif de son autorité, de ses fonctions et de son existence », *ibid.*, p. 38 (souligné dans le texte).

<sup>989</sup> « Mais le vice essentiel de la constitution du Grand Conseil [c'est que] l'habitude de connaître de certaines affaires par attribution lui a paru un droit réel d'attirer à lui toutes sortes d'affaires ; et ce droit ne lui a pas paru différent d'un caractère intrinsèque d'autorité et d'un véritable ressort. C'est néanmoins, Sire, plutôt l'esprit général et le but secret, que le principe distinct et développé, de la conduite qu'ont tenue jusqu'à présent les gens du Grand Conseil. C'est aujourd'hui pour la première fois qu'ils présentent distinctement à l'État étonné le système décidé d'un ressort universel ; système qu'au bout de deux cent cinquante années ils découvrent enfin dans l'édit de 1498 [...] », *ibid.*, p. 50.

<sup>990</sup> Remontrances du parlement de Paris du 19 mars 1768. *Ibid.*, p. 859.

<sup>991</sup> *Ibid.*, p. 857. Plus loin dans les remontrances l'argument devient plus pathétique : « L'organe ordinaire de la justice est devenu sourd et muet, et, pour obtenir cette justice dont V. M. a toujours regardé la distribution comme un des devoirs les plus sacrés de la souveraineté, il faut que ce malheureux citoyen s'éloigne à grands frais de tout ce qu'il a de plus cher, domicile, famille, enfants, biens, commerce, il faut tout abandonner, pour aller chercher dans un pays éloigné ce que la sagesse et la bonté de nos monarques avaient placé auprès de lui [...] » (p. 860).

<sup>992</sup> Voir *infra*, p. 282-286.

### C. *Les arguments fondés sur le critère ratione materie*

Les actes royaux de fixation du Grand Conseil ne lui attribuent pas une compétence matérielle spécifique. Cependant, la pratique qui précède l'instauration de l'institution montre que le roi a intérêt à entretenir une juridiction hybride à mi-chemin entre son propre conseil et une cour souveraine<sup>993</sup>. Du fait que deux siècles auparavant la *curia in parlamento* existait de manière autonome en tant que justice souveraine *ordinaire*, la création de tribunaux jugeant en dernier ressort devait se faire au détriment des prérogatives parlementaires.

Les compétences d'attribution du Grand Conseil sont fluctuantes, comme le constate Etienne Pasquier avec les exemples de François I<sup>er</sup> relatif à la connaissance des offices royaux et d'Henri II concernant l'attribution de la juridiction des « décimes et solde de cinquante mil hommes »<sup>994</sup>. Cependant, malgré la vision critique que l'auteur a de ce phénomène, il affirme que l'obéissance à la volonté royale doit l'emporter<sup>995</sup>. Jean Papon, lui, qualifie de manière plus péjorative les fonctions du Grand Conseil, affirmant que les conseillers « semblent être plutôt commissaires qu'ordinaires » ; et que leur juridiction est le résultat de « ce qui a été ôté par le feu Roi François premier des parlements »<sup>996</sup>. Bernard de La Roche-Flavin, enfin, suit les idées de ces deux auteurs en ce qui concerne la juridiction d'attribution du Grand Conseil : elle est due à « l'indulgence des Chanceliers, lorsqu'ils se licencient, voire débordent quelques fois en lettres d'évocation »<sup>997</sup>. Pour ces trois auteurs, la juridiction du Grand Conseil ne semble pas « légale », car elle serait le résultat de la volonté non réfléchie tant des souverains que des chanceliers.

Au moment des conflits de 1755, les remontrances sont énergiques : le parlement de Paris affirme que le Grand Conseil « ne subsiste que par les attributions et les évocations, qui n'existeraient point si les lois étaient observées »<sup>998</sup>. Le parlement d'Aix invoque l'acte de création de Louis XII, lequel donne le titre de *Cour* au Grand Conseil, sans pour autant lui donner des fonctions précises ; il s'agit donc d'une

---

<sup>993</sup> VALOIS, Noël, « Le Conseil du roi et le Grand Conseil pendant la première année du règne de Charles VIII [deuxième article] », *Bibliothèque de l'école de chartes*, Tome 44, 1883, p. 137-168.

<sup>994</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 80. Il s'agit de la répétition d'un édit publié sous François I<sup>er</sup>. Voir : DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, Tome IX, 1790, p. 381.

<sup>995</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>996</sup> PAPON, J., *Secrets du troisième et dernier notaire...*, *op. cit.*, p. 635.

<sup>997</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlements de France...*, *op. cit.*, p. 745.

<sup>998</sup> Remontrances du parlement de Paris du 22 août 1756. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 145.

« désignation anticipée de Juges destinés à recevoir ces attributions suivant les occurrences : chose étrange, & hors d'exemple dans la formation d'aucun Tribunal »<sup>999</sup>. La conséquence de cette « puissance arbitraire » qui se substitue à la « puissance réglée » est à leurs yeux désastreuse :

« Les juges inférieurs voyant diminuer leur subordination aux Parlements, & croître ce joug variable qui les assujettit au Grand-Conseil, hésiteraient sans cesse sur le choix du Tribunal, & sur celui des maximes qu'ils doivent reconnaître ; les citoyens entreraient dans les mêmes perplexités »<sup>1000</sup>

Le parlement de Toulouse s'attarde sur le défaut de compétence du Grand Conseil de faire enregistrer les édits aux baillages. Il avance un argument légal : les édits de 1498 et 1555, mentionnés dans la déclaration royale du 10 octobre 1755, ne lui confèrent un droit de ressort clair<sup>1001</sup>. Justifier cette fonction « deviendrait ne source inépuisable de divisions entre les Ministres de la Justice » : les juges inférieurs se verraient en effet confrontés aux commandements divergents des cours dont leur ressort dépend – parlements – et de la cour ayant « toute telle autorité » – le Grand Conseil<sup>1002</sup>. Le parlement de Metz ajoute le précédent de 1645, lors duquel le roi – après contestation du parlement – revient sur sa décision de faire vérifier au Grand Conseil un édit concernant l'établissement d'un présidial à Saint-Quentin ; « de sorte qu'il ne devrait plus rester aucune équivoque, sur la nature, la consistance & l'étendue des fonctions purement attributives du Grand Conseil »<sup>1003</sup>. Au fond – ayant en arrière-plan l'affaire des minutes du Châtelet de Paris<sup>1004</sup> –, tous les arguments des parlementaires visent à montrer que la *jurisdictio* que s'arrogue le Grand Conseil n'est pas seulement contraire à leurs prérogatives ; mais aussi qu'elle est préjudiciable au système juridique et judiciaire de la monarchie tout entière.

---

<sup>999</sup> Remontrances du parlement d'Aix du 26 juin 1756. Voir : *Mémoire sur l'affaire du Grand Conseil...*, *op. cit.*, p. 742. Il évoque également l'avis de plusieurs auteurs (Pasquier, Papon, Bouchel, Loiseau, La Roche-Flavin...).

<sup>1000</sup> *Ibid.*, p. 744.

<sup>1001</sup> Remontrances du parlement de Toulouse du 19 décembre 1755. *Ibid.*, p. 765-766.

<sup>1002</sup> *Ibid.*, p. 765.

<sup>1003</sup> *Ibid.*, p. 870-871.

<sup>1004</sup> Voir sur cette querelle : HERENCIA, Bernard, « Paul Pierre Lemerrier de la Rivière et les Remontrances du parlement au roi du 27 novembre 1755 », 2013, disponible sur : <https://www.bernard-herencia.com/wp-content/uploads/2013/09/Herencia-2013-Lemerrier-de-la-Rivi%C3%83%C2%A8re-et-les-Remontrances-du-27-novembre-1755.pdf> (consulté le 8 mai 2020).

A l'occasion de l'édit de Louis XV du 4 janvier 1768 « portant règlement pour la police et discipline du Grand Conseil »<sup>1005</sup>, le parlement de Paris revient sur les risques qu'il y aurait à le maintenir. Les remontrances du 20 mars 1768 font un récapitulatif historique de la juridiction fluctuante du Grand Conseil<sup>1006</sup>. Elles dénoncent également la confusion que l'édit fait de la *jurisdictio* des officiers avec l'« apparence de justice » des commissaires ; et ce malgré le statut juridique de cour souveraine de justice du Grand Conseil<sup>1007</sup>. Enfin, elles réfutent l'idée que l'institution du Grand Conseil ait été voulue par les États généraux en 1483-1484, et soulignent que, à l'inverse, sa juridiction d'attribution a toujours été dénoncée par les cahiers de doléances des trois états<sup>1008</sup>.

L'accumulation d'arguments évoqués amène au parlement de Paris à une seule conclusion : le Grand Conseil est un « monstre dans l'ordre judiciaire »<sup>1009</sup> qui doit être révoqué – ce qui arrivera en 1771 avec sa suppression<sup>1010</sup>. Pourtant, avec son rétablissement en 1774<sup>1011</sup> à la suite de la révocation des réformes du Chancelier Maupeou, les critiques parlementaires réapparaissent. Plus nuancées que les précédentes, les représentations du 8 janvier 1775 énoncent une fois encore les dangers d'une juridiction ayant une compétence d'attribution matérielle incertaine : les risques ne concernent pas seulement le jugement des particuliers – tant « privilégiés » que de « droit commun » – mais aussi les fonctions propres aux parlements de « vérification des lois générales, de régences et de tous actes relatifs au Royaume [et] à la Couronne [...] »<sup>1012</sup>.

<sup>1005</sup> ISAMBERT, Tome XXII, p. 471-474 (sont retranscrits quelques articles de l'édit). Le texte intégral de l'édit est disponible sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1512552q> (consulté le 9 août 2019).

<sup>1006</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 870-871.

<sup>1007</sup> « En effet, si on consulte le système général de l'édit, si on considère l'article 12, qui commet ceux dont il parle pour juger le criminel incident aux affaires qui s'instruisent au Conseil, si on rapproche cet article de cette disposition générale qui les déclare habiles à connaître de toutes affaires généralement quelconques qui leur seront renvoyées par de grandes et importantes considérations, n'est-il pas évident, Sire, que le Grand Conseil ne présente plus aux yeux justement effrayés de vos sujets qu'une assemblée de juges commis, une commission perpétuelle et permanente? », *ibid.*, p. 864.

<sup>1008</sup> *Ibid.*, p. 880-884.

<sup>1009</sup> *Ibid.*, p. 885.

<sup>1010</sup> Pourtant, le nouveau parlement institué par le chancelier Maupeou est composé d'une partie importante des magistrats du Grand Conseil. Sur la réforme de Maupeou : CHARTIER, Jean-Luc, *Justice, une réforme manquée, 1771-1774*, Paris, Fayard, 2009 ; DE SEVE, Etienne, *Les tensions judiciaires et le réformisme conservateur dans l'exercice de la justice criminelle des nouveaux magistrats parisiens du Parlement Maupeou (1771-1774)*, Thèse d'Histoire, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne-Université de Québec à Montréal, 2017, 446 p. disponible sur : <https://archipel.uqam.ca/10900/1/D3315.pdf> (consulté le 8 mai 2020) ; DOYLE, William, « The Parlements of France and the Breakdown of the Old Regime 1771-1788 », *FHS*, Duke University Press, Vol. 6, No. 4 (Autumn 1970), p. 415-458 ; FLAMMERMONT, Jules, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou*, Paris, Alphonse Picard, 1880 ; VILLERS, Robert, *L'organisation du Parlement de Paris et de ses conseils supérieurs d'après la réforme de Maupeou (1771-1774)*, Paris, Sirey, 1937.

<sup>1011</sup> ISAMBERT, Tome XXIII, p. 58-62. Pour l'édit dite « de discipline du Grand Conseil », voir p. 62-67.

<sup>1012</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome III, p. 259-260.

La contestation des prérogatives du Grand Conseil vise davantage à démontrer qu'il s'agit d'un corps superposé et superfétatoire dans l'agencement de la monarchie. Le Grand Conseil étant une cour souveraine et dotée d'officiers de justice à part entière, les parlements refusent une institution qu'ils soupçonnent – à tort ou à raison – de vouloir substituer à eux en tant que justice *ordinaire*. C'est pourquoi ils s'attardent à dénoncer les dispositifs normatifs d'instauration et d'attribution des compétences de l'institution ainsi qu'à leur assimilation historique au conseil du roi. S'il s'agit de prime abord d'une défense institutionnelle, elle a ses retombées sur la manière de concevoir les libertés des justiciables : une cour de justice qui n'a qu'une compétence d'attribution, malgré sa permanence en tant qu'organe, contrarie l'ordre judiciaire stable de la monarchie et par conséquent les formes auxquelles les sujets du roi « ont un droit » (en l'occurrence, le juge naturel en raison de matière déterminé par les ordonnances vérifiées). Ce discours parlementaire de respect des formes ordinaires dans l'ordre judiciaire s'accroît lorsque se présentent les conflits avec le conseil du roi.

## §2. *Les querelles avec le Conseil du roi*

« Il y a par la nature des choses, une espèce de contradiction entre le Conseil du monarque et ses tribunaux [...] »<sup>1013</sup>. Montesquieu fait avec cette réflexion un constat historique tout en proposant une division conceptuelle issue du démembrement médiéval de la cour royale en *curia in parlamento*, *curia in comptis* et *curia in consilio*<sup>1014</sup>. Les deux premières se revendiquent comme un corps d'officiers de justice,

---

<sup>1013</sup> MONTESQUIEU, *EL, op. cit.*, Livre VI, chapitre VI. Jean-Nicolas Démeunier reprend l'affirmation dans son *Encyclopédie Méthodique. Economie politique et diplomatique*, Tome III, Paris, Panckoucke, 1788, p. 359 (*verbo* « Monarchie »). Pour une analyse philosophique de la nation de nature chez Montesquieu : BEYER, Charles J., *Nature et valeur dans la philosophie de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1982 ; EHRARD, Jean, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, 1994 ; GOYARD-FABRE, Simone, *Montesquieu. La nature, les Lois, la Liberté*, Paris, PUF, 1993 ; IPPOLITO, Dario, « Montesquieu et le droit naturel », (*Re)lire l'Esprit des Lois*, Cathérine Volpilhac-Auger et Luigi Delia (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2014, p. 83-103 ; WADDICOR, Mark H., *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law*, La Haye, Martinus, Nijhoff, 1970.

<sup>1014</sup> Respectivement : cour de parlement – ou parlement tout court –, Chambre des comptes et Conseil du roi. Les travaux qui tracent l'origine d'un conseil politique dans la *curia regis* et les variations dans sa constitution jusqu'au règne de Louis XIV sont nombreux : BARBICHE, Bernard, « Le conseil du roi dans tous ses états : questions de vocabulaire », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 20-26 ; *ID.*, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne...*, *op. cit.*, p. 279-312 ; GUENEE, Bernard, « Le Conseil du roi au Moyen Âge », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 5-9 ; MENES, Valérie, *La genèse du Conseil du roi au XIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Cergy-Pontoise, 2001 ; MICHON, Cédric, « Conseils et conseillers en France de Louis XI à François I<sup>er</sup> (1461-1547) », *Conseils et conseillers dans l'Europe de la Renaissance : v. 1450 – 1550*, Tours, Presses Universitaires François Rabelais, PUR, 2012, p. 67-108 ; MOUSNIER, Roland, « Le Conseil du roi de la mort d'Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV », *La plume, le*

et ils sont au sommet de la magistrature. Inversement, à l'époque moderne, ils s'opposent au rôle judiciaire<sup>1015</sup> prétendu par le Conseil du roi, ce qui désigne un *topos* : le juge judiciaire est le garant des libertés face à l'« administrateur » qui prétend avoir la *jurisdictio*. Cette élaboration dogmatique n'est pas forgée à travers d'un raisonnement abstrait, mais bien par l'histoire de la monarchie. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, elle légitime l'ancienneté des cours souveraines (A) ; lesquelles objectent la *jurisdictio* du Conseil du roi sur le contentieux (B) ; et interprètent restrictivement le dispositif de la cassation (C).

### ***A. Ancienneté et conflits de hiérarchie : autour la représentation du corps du roi***

La doctrine parlementaire refuse d'accepter une suprématie institutionnelle du Conseil du roi. Utilisant un récit historique, les cours souveraines parisiennes – parlement, Chambre de Comptes, Cour des aides – se conçoivent comme ses égaux hiérarchiques tout en soulignant les différences *fonctionnelles*. Cette conception de la magistrature se heurte cependant à la réalité du pouvoir que la royauté impose. Ainsi, les conflits liés aux hiérarchies entre le Conseil du roi et les cours souveraines sont nombreux ; ils montrent par ailleurs les transformations des fonctions de la monarchie.

La doctrine parlementaire voit dans les origines une seule et unique institution à côté du roi : le *parlement*. Au XVI<sup>e</sup> siècle, plusieurs auteurs entérinent cette confusion ; ce qui permet en même temps d'affirmer une concomitance de l'institution d'avec le roi sur le plan historique, et partant de refuser une suprématie hiérarchique du conseil en tant qu'organe de la monarchie<sup>1016</sup>. Même Bodin considère que le conseil

---

*faucille et le marteau...*, *op. cit.*, p. 141-178 ; *ID.*, *Le Conseil du Roi de Louis XII à la Révolution*, Paris, PUF, 1970 ; PAGES, Georges, « Le Conseil du roi sous Louis XIII », *Revue d'histoire moderne*, tome 12, N° 29-30, 1937, p. 293-324 ; THIREAU, Jean-Louis, « Le conseil du Roi au XVI<sup>e</sup> siècle », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 10-19 ; VALOIS, Noël, *Etude historique sur le Conseil du roi, Introduction à l'inventaire des arrêts du Conseil d'État*, Paris, Imprimerie Nationale, 1886 ; VIDAILLAN, Pierre Antoine de, *Histoire des Conseils du Roi depuis l'origine de la monarchie jusqu'à nos jours*, Paris, Amyot, 1856.

<sup>1015</sup> Nous opposons ici le rôle *judiciaire* d'élaboration et application de règles juridiques accompli par les cours souveraines, au rôle *politique* de conseil sur les matières outre que la production et l'application des normes accompli par le conseil du roi.

<sup>1016</sup> D'autant plus que le rôle de justicier du roi est davantage évoqué que son rôle d'administrateur. Voir par exemple l'avis de Pasquier : « [...] La principale force de toute Royauté gisait en la Justice. Tellement que ces derniers Rois estimèrent que leur fortune était liée avec ces trois grandes compagnies, premièrement avec la Cour de Parlement & Chambre des Comptes, selon la diversité de leurs charges ; et depuis avec es Généraux de la Justice, quand les Aides, Subsidés & Tailles furent inventées [...]. Nos rois prirent plaisir de recevoir leurs remontrances suivant lesquelles les édits étaient souvent modifiés et quelque fois rejetés ; Ni pour cela ils ne s'estimaient moins rois ; au contraire, jamais princes ne furent tant aimés ni honorés de leurs sujets comme ils étaient... Mais depuis que le mauvais conseil a introduit la puissance absolue, par-dessus les cours, les affaires de France se sont de telle façon déliées qu'à peine le roi peut être obéi avec deux ou trois armées ; lui qui auparavant commandait à tout son peuple par un clin d'œil... Que le roi donques [*sic*] maintienne ces trois cours souveraines en leurs

privé peut être supérieur aux cours souveraines seulement dans la mesure où il *est* le roi lui-même<sup>1017</sup>. De plus, lorsqu'il avance une argumentation historique, Bodin évoque le « Parlement du Roy Clotaire » dans un paragraphe dont il est question du Conseil Privé<sup>1018</sup>. La confusion lexicale – qu'elle soit intentionnelle ou non – et les ambiguïtés des conceptions organiques<sup>1019</sup> permettent au discours parlementaire d'avancer une série de prétentions fonctionnelles, ainsi que des prérogatives liées au rang et à la préséance face aux institutions concurrentes<sup>1020</sup>.

Au début du règne de Louis XIII, le parlement de Paris s'arroge le titre de « vrai conseiller » et de « consistoire » – du roi<sup>1021</sup>. Il est conforté, du point de vu judiciaire, par sa revendication de cour des pairs du royaume<sup>1022</sup>. En 1615, le parlement de Paris fait appel aux pairs et grands du royaume en écartant du processus délibératif le Conseil du roi, accusant ses membres d'être introduites « non pour leurs mérites & services [...], mais par la faveur de ceux qui y veulent avoir des créatures »<sup>1023</sup>. Bernard de La Roche-Flavin, par exemple, affirme de manière catégorique que « le privé Conseil n'est souverain par-dessus les Parlements, qui deviendraient subalternes, si ainsi était »<sup>1024</sup>. Le caractère souverain des décisions des parlements est incompatible avec l'acceptation d'une institution – outre que le roi – capable de les modifier. Il poursuit en mettant en pied d'égalité la valeur de la représentation du corps royal du parlement et du Conseil du roi : « Et ils [les parlements] n'ont supérieur après Dieu, que le Roi :

---

anciennes prérogatives ». PASQUIER, Etienne, *Les lettres d'Estienne Pasquier Conseiller et Advocat general du Roy a Paris*, Tome I, Paris, Laurent Sonnius, 1619, p. 816-817.

<sup>1017</sup> « Aussi voit-on que tous les arrêts du Conseil privé portent ces mots, PAR LE ROI EN SON CONSEIL : lequel ne peut rien faire si le Roi est présent, ou qu'il n'ait pour agréable les actes de son conseil ». BODIN, J., *Six livres de la République...*, *op. cit.*, p. 365.

<sup>1018</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>1019</sup> Si le conseil est le roi lui-même, et le parlement de Paris se considère *pars corporis regis*, quel est donc le « vrai » conseil du roi ? Ou, pour le dire autrement, laquelle de ces deux institutions serait plus nécessaire aux corps physique et mystique du roi ?

<sup>1020</sup> Notamment la revendication à double tranchant du parlement de Paris d'être « le lieu où le roi a son lit de justice », laquelle lui permet de prétendre à une suprématie à l'égard des autres cours souveraines de Paris et de province et du conseil du roi.

<sup>1021</sup> C'est la doctrine d'une théocratie judiciaire, suivant la formule de l'Ancien Testament « *Rex qui sedet in solio iudicii, solo intuitu dissipat omni malum* » (*Proverbes*, 20, 8). Voir les développements de : RENOUX-ZAGAME, Marie-France, *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 130-131.

<sup>1022</sup> Le parlement de Paris se dédouble ainsi dans sa fonction de cour des pairs. C'est l'avis du président Jean de Popincourt rapporté par le *Troisième Mémoire de Messieurs les Pairs pour servir de réponse au Premier Mémoire de de Messieurs les Présidens* : « [...] On a fait voir que par le seul titre de Parlement de Paris, il n'est institué que pour le jugement des causes ordinaires des sujets du Roi, & autres semblables, & n'a nul avantage par-dessus les autres Parlements, sinon qu'il est le premier, le plus ancien, & dont le ressort est le plus étendue. Mais comme Cour des Pairs, il est joint à eux pour être le siège ordinaire de la Cour du Roi, pour juger les plus grandes causes, & avoir en ces occasions importantes en qualité d'assesseurs des Pairs, une juridiction qui s'étende par tout le Royaume [...] », dans : *Recueil des écrits qui ont esté faits sur le differend d'entre Messieurs les Pairs de Franc, & Messieurs les Présidens au Mortier du Parlement de Paris, pour la manière d'opiner aux Lits de Justice*, Paris, [s.n.], 1664, p. 44. Voir l'analyse des contradictions de cette conception de la magistrature dans : FOURNIER, R., *De la hiérarchie à la souveraineté...*, *op. cit.*, p. 327-330.

<sup>1023</sup> *Remonstrances présentées au Roy par Nosseigneurs du Parlement, le vingt-uniesme may, 1615...*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>1024</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treze livres des parlemens de France...*, *op. cit.*, p. 743.

qui parle absent ès Arrêts desdits Parlements, comme en ceux dudit Conseil »<sup>1025</sup>. Autrement dit, point de différence hiérarchique entre les arrêts faits par les parlements et le Conseil du roi, car il n'existe aucune hiérarchie entre les institutions. L'ancienneté des membres « originaires » du Conseil du roi, dont le parlement y fait partie, s'oppose à la théorie d'après laquelle le roi maîtrise la composition de son conseil, que se reflète par ailleurs dans la pratique institutionnelle de la royauté<sup>1026</sup>. De ce fait, à l'époque des ministériats de Richelieu et Mazarin les querelles sont à l'ordre du jour : les parlementaires dénoncent sans cesse que le Conseil du roi prétend une suprématie que les formes de la monarchie ne lui octroient pas<sup>1027</sup>.

Les remontrances du XVIII<sup>e</sup> siècle exacerbent l'argumentaire historique des parlementaires<sup>1028</sup>. Les disputes sur la hiérarchie et la représentation du roi<sup>1029</sup> – liés étroitement à la quête des origines des institutions – ont des conséquences du point de vue fonctionnel<sup>1030</sup>. Une première conséquence de cette réfutation hiérarchique est en rapport avec la production normative. La fonction de « vérification » des cours souveraines est mise en cause par la production normative du Conseil du roi. Ce dernier produit, en effet, une réglementation importante qui n'est pas enregistrée par les parlements et autres cours souveraines<sup>1031</sup>. Or, si celles-ci revendiquent cette fonction

---

<sup>1025</sup> *Ibid.*, p. 743.

<sup>1026</sup> La maîtrise du Conseil du roi ne concerne seulement le droit du souverain de choisir à discrétion les conseillers, mais aussi d'établir des règlements concernant la composition et les fonctions du Conseil du roi. Pour les légistes, et notamment pour Marillac dans son *Mémoire dressé contre l'autorité des Parlements* cité ci-dessus (note de bas de page n° 462), il s'agit de court-circuiter les fonctions constitutionnelles que le parlement de Paris s'est arrogé depuis l'arrêt Lemaistre en 1593. Selon Caroline Regad : « L'idée dominante est que "le Parlement n'est pas le Conseil". Bien qu'il y ait des liens entre ces deux institutions, ne serait-ce que parce qu'elles émanent toutes les deux du roi, la différence réside dans la composition (aspect matériel) et dans la finalité (aspect organique) », REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, *op. cit.*, p. 235 et ss.

<sup>1027</sup> Voir : BONNEY, Richard, *Political change in France under Richelieu and Mazarin: 1624-1661*, Oxford-New York-Toronto, Oxford University Press, 1978.

<sup>1028</sup> Voir sur ce sujet : SAINT-BONNET, F., « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels... », *op. cit.*, *passim*. Voir l'influence de Louis-Adrien Le Paige et de son entourage dans la teneur des remontrances à partir de années 1750 dans : DI DONATO, F., *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi...*, *op. cit.*, p. 391-407.

<sup>1029</sup> Remontrance du Parlement de Paris, 5 juin 1767 : « Les souscriptions des grands officiers, qui, suivant leur ancienne institution, étaient du corps du Parlement, opposées aux chartes, où l'on marquait qu'elles avaient été faites de leur avis et en leur présence ; les serments prêtés autrefois au Parlement par les Gens du Conseil ; la formule encore subsistante du serment des pairs de France membres du Parlement, sont autant de monuments illustres et indélébiles qui établissent que les personnes qui composent le Parlement composent aussi le conseil légal du roi ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 715-716 (nous soulignons).

<sup>1030</sup> Voir par exemple la remontrance du Parlement de Toulouse du 22 décembre 1763, laquelle réfère les origines de l'institution du parlement pour défendre son autonomie fonctionnelle : « Nous avons lu dans l'un de ces Actes [du Conseil] que votre parlement n'était point autorisé à proroger ses séances ; & que du jour doivent cesser, suivant les Ordonnances, les fonctions des Officiers qui le composent, les séances desdits Officiers ne peuvent, sans une permission expresse du Roi, être regardées autrement que comme des Assemblées illicites [...] ». À quoi le parlement répond : « Dans les premiers âges de la Monarchie quand le Parlement était la Nation assemblée, il y avait des temps marqués pour commencer les *Placités* ; mais la fin des séances n'était autre que la fin des affaires [...]. Dans le second état du Parlement, lorsqu'il était la Cour plénière du Roi, & qu'il marchait à sa suite, on voit pareillement que la fin des affaires réglait celle du Parlement [...] ». Bref, l'argumentation historique sert à montrer qu'il n'existe aucun règlement pour empêcher la prorogation des séances du parlement. *Très humbles et très respectueuses remontrances du Parlement séant à Toulouse. Au sujet des transcriptions illégales des Edits & Déclarations du mois d'avril dernier...*, [s.n.], Toulouse, 22 décembre 1763, p. 24-26.

<sup>1031</sup> ANTOINE, Michel, *Le conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Genève, Droz, 2010, p. 435-542.

à l'égard des actes normatifs « proprement royaux » (c'est-à-dire, revêtus de la forme des lettres patentes), elles exigent d'autant plus la même formalité à l'égard des actes normatifs faits par le biais du Conseil du roi<sup>1032</sup>. Voilà pourquoi le parlement de Paris s'attaque directement à la juridiction du Grand Conseil, laquelle permettrait aux actes normatifs du Conseil du roi de se soustraire à la procédure d'enregistrement tout en ayant une efficacité normative. La conséquence pour les parlementaires est lourde, car le Conseil du roi se substitue au roi législateur : « Les arrêts du Conseil formeront un nouveau corps de lois dont le maintien et l'exécution seront confiés aux gens du Grand Conseil [...], et ils seront assurés par-là de faire couronner les prétentions les plus contraires aux véritables lois du Royaume »<sup>1033</sup>.

À la fin de l'Ancien Régime, le parlement de Paris résume sa hiérarchie face au Conseil du roi en termes légaux. La « dépossession » du roi<sup>1034</sup> au profit d'un corpus légal qui le dépasse montre clairement les différences fonctionnelles que la magistrature revendique face aux emprises du Conseil du roi. La volonté du roi ne peut rien face aux lois que les parlementaires conçoivent comme constitutionnelles ; la représentation du Conseil est moins légitime que celle du parlement car elle n'est pas « légale ». Encore, elle est moins légitime car elle n'est pas, par définition, publique :

Il est vrai, Sire, que votre parlement est le conseil de V. M. ; mais il en est le conseil public, le conseil légal, non celui du cabinet. Au conseil du cabinet, le Roi admet, le Roi éloigne qui bon lui semble. Au conseil légal, le Roi ne peut appeler ni exclure personne. Au conseil du cabinet, le choix du prince n'est suivi ni d'examen, ni de serment, ni de réception délibérée ; au conseil légal, le caractère indélébile d'officiers du souverain n'est, imprimé que par une réception libre, précédée de l'examen et du serment. Le conseil du cabinet a la confiance du Roi ; le conseil public a la confiance du Roi et de la loi [...] »<sup>1035</sup>

---

<sup>1032</sup> Voir pour les remontrances du XVIII<sup>e</sup> siècle : Remontrance du parlement de Paris du 1<sup>er</sup> mars 1721, du 3 septembre 1769 et du 11 février 1770. LEBRETON, Gilles, *Les remontrances des Parlements à propos des arrêts du Conseil au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Mémoire DEA d'Histoire des Institutions, des idées et des faits sociaux, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, 1983, p. 67-68.

<sup>1033</sup> Remontrance du parlement de Paris, 19-20 mars 1768. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 874. Deux ans plus tard, les remontrances du parlement de Paris du 11 février 1770 reviennent sur la question : « Toujours inviolablement attaché aux principes constitutifs de la législation, votre parlement ne peut regarder que comme une infraction dangereuse de ses maximes la publication des arrêts de votre conseil, provisoirement faite avant l'envoi et la vérification des lettres patentes nécessaires pour leur donner une validité légale ; mais on a senti que l'examen du fond rendrait inutile l'observation de la forme ; votre parlement ne s'occupera donc, que du mal réel qui résulterait des opérations projetées, si elles pouvaient avoir leur exécution », *ibid.*, Tome III, p. 78-79.

<sup>1034</sup> KRYNEN, J., « De la représentation à la dépossession du roi... », op. cit., *passim*.

<sup>1035</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome III, p. 732. Voir les remarques de : DI DONATO, F., *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi...*, op. cit., p. 531-546 ; LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, op. cit., p. 178-188.

La dissociation du roi et de la loi montre à quel point les parlementaires ont poussé leur « doctrine constitutionnelle »<sup>1036</sup>. Au fond, ce qui se dessine c'est un principe de légalité d'un point de vue fonctionnel – corollaire de la séparation des pouvoirs ? – face au paradigme de la monarchie absolue : la puissance législative du roi est conditionnée par la Constitution de la monarchie, son conseil « de cabinet » ne peut donc prétendre substituer le conseil « légal » sous prétexte de représenter le corps du roi<sup>1037</sup>.

Les conflits théoriques sur la hiérarchie des cours souveraines et du Conseil du roi débutent par ce qu'aux yeux de la magistrature sont des tentatives d'usurpation de ses prérogatives (dans le sens de « compétences » ou « fonctions »). En toute logique, la doctrine parlementaire réfute farouchement les prétentions judiciaires du Conseil du roi.

### ***B. La réfutation de la *jurisdictio* sur le contentieux***

Le rôle judiciaire du Conseil du roi est l'un des moins importants du point de vue de la quantité de la documentation. En effet, sous l'Ancien Régime, comme l'a démontré Bernard Barbiche, les actes relevant de la *jurisdictio* au sens propre – principalement des dispositifs de la cassation et l'évocation – ne représentent jamais plus d'un quart de l'activité du Conseil du roi<sup>1038</sup>. En conséquence, les remontrances

---

<sup>1036</sup> À la fin de l'Ancien Régime, les itératives remontrances du Parlement de Paris du 30 avril 1788 justifient même l'appel à la nation : « La marche des ministres ambitieux est toujours la même. Etendre leur pouvoir sous le nom du Roi, voilà leur but ; calomnier la magistrature, voilà leur moyen. Fidèles à cette ancienne et funeste méthode, ils nous imputent le projet insensé d'établir dans le Royaume une aristocratie de magistrats. Mais quel moment ont-ils choisi pour cette imputation ? Celui où votre parlement, éclairé par les faits et revenant sur ses pas, prouve qu'il est plus attaché aux droits de la Nation qu'à ses propres exemples [...]. Averti tout à coup de l'état des finances, forcé de s'expliquer sur deux édits désastreux, il s'inquiète, il cesse de se faire illusion, il juge de l'avenir par le passé, il ne voit pour la Nation qu'une ressource : la Nation elle-même. Bientôt, après de mûres et sages réflexions, il se décide, il donne à l'univers l'exemple inouï d'un corps antique, d'un corps accrédité, tenant aux racines de l'État [les États généraux...]. Non, Sire, point d'aristocratie en France, mais point de despotisme ; telle est la Constitution ; tel est aussi le vœu de votre parlement et l'intérêt de V. M. ». *Ibid.*, Tome III, p. 737-738.

<sup>1037</sup> L'idée est avancée par Charles-François-Henri de Revol, magistrat du parlement de Paris qui fait partie de l'entourage de Louis-Adrien Le Paige au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle : « Le roi est le vassal immédiat de la loi ; le parlement est le vassal médiat. Quand les deux pouvoirs sont d'accord ils n'en forment qu'un sous les ordres de la loi [...]. Mais quand les ministres font que le Prince paraît s'arroger un pouvoir destructif de celui du parlement, alors ce vassal médiat réclame la loi suprême de l'état ». Bibliothèque de la Société de Port-Royal, LP 42, f. 699. Cité par : DI DONATO, F., *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi...*, *op. cit.*, p. 620.

<sup>1038</sup> BARBICHE, Bernard, « Les attributions judiciaires du Conseil du roi », *HES*, 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 9-17. En temps de concorde le pourcentage d'arrêtés judiciaires n'atteint pas 10%. En revanche, l'activité judiciaire du Conseil du roi augmente durant les temps des crises avec la magistrature : à l'époque du ministériat de Mazarine (1643-1661) la proportion d'arrêtés judiciaires du Conseil s'élève à 18% ; pendant les années 1724-1736 le pourcentage atteint 24%. Sur l'évolution du Conseil privé, voir : BERCE, Yves-Marie, « Le Conseil privé au temps de Richelieu et Mazarin », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année,

des cours souveraines sur l'administration de justice octroyée par le Conseil *Privé* ou *des Parties* représentent également un pourcentage faible de la totalité<sup>1039</sup>. Or, bien que quantitativement peu nombreuses, les remontrances que réfutent la juridiction du Conseil du roi sont prolixes et combatives. Et pour cause : l'intervention du Conseil du roi sur la juridiction ordinaire touche davantage les compétences des cours souveraines du royaume, notamment celles que les ordonnances depuis le XIV<sup>e</sup> siècle leur ont octroyées et que les rois répètent sans cesse<sup>1040</sup>.

La réfutation du rôle judiciaire du Conseil du roi contient des arguments de différentes natures. Le premier, d'ordre ontologique, tient à souligner que le Conseil du roi n'est pas ni un *corps*, ni un *organe* constitué de la monarchie. Le caractère flou de sa composition est certes avantageux pour son rôle politique, mais il exclut toute possibilité de considérer le Conseil du roi comme une juridiction – au sens institutionnel du terme :

« L'institution du Conseil, sa forme, sa manière d'exister, les témoignages multipliés des ordonnances, tout concourt à démontrer que le Conseil n'est point établi pour se livrer à l'exercice de la juridiction contentieuse, et qu'elle ne pourrait y être exercée sans nuire aux intérêts inséparables du Souverain et de ses peuples. »<sup>1041</sup>

Le second argument est en rapport avec les formes des procédures de justice ordinaire. L'absence d'un procureur général au Conseil du roi est un signe de l'inadéquation de l'institution. Cependant, la seule présence du ministère public au Conseil du roi est une aporie aux yeux de la magistrature : « personnage contradictoire ! Qui poursuivrait pour le Roi, auprès du Roi seul, et qui ferait réunir dans la majesté royale les qualités de partie et de seule juge »<sup>1042</sup>. Dans les mêmes

---

No. 3, 1999, p. 77-82 ; VILLERS, Robert, *Histoire des institutions politiques et administratives du Moyen Âge et des temps modernes : l'exercice de la justice par le Roi et par son conseil*, Paris, Les Cours de droit, 1969-1970, 370 p.

<sup>1039</sup> « À Paris, sur 82 remontrances et 52 représentations de 1715 à 1788, seulement 12 touchent notre sujet. À Rouen, sur 53 remontrances de 1715 à 1775 (une soixantaine jusqu'en 1788), une petite dizaine concernent peu ou prou les cassations et les évocations. Enfin, à Rennes, sur 114 remontrances, seulement 4 sont dans ce cas, plus un projet qui n'a pas été adopté ». CHALINE, O., « Cassations et évocations dans les remontrances des parlements... », *op. cit.*, p. 60.

<sup>1040</sup> Les parlementaires réfèrent notamment les ordonnances de 1320, 1344 et surtout l'ordonnance de Blois de 1579. Rappelons de même que Louis XIII a pu s'exprimer ainsi devant le parlement de Paris : « Vous n'êtes établis que pour juger entre maître Pierre et maître Jean et je vous réduirai aux termes de votre devoir si vous continuez vos entreprises », cité par : GLASSON, Ernst, *Le parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, Tome I, Genève, Slatkine Megariotis Reprints, 1974, p. 144.

<sup>1041</sup> Remontrance du parlement de Paris du 1<sup>er</sup> juin 1767. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 805.

<sup>1042</sup> Remontrance du parlement de Paris du 8 décembre 1766. *Ibid.*, Tome II, p. 666.

remontrances, le jugement du Duc de la Valette illustre les propos des parlementaires parisiens. Ce procès politique montre l'inadéquation du Conseil du roi : Louis XIII, pour « donner autant qu'il était possible à cette assemblée une forme extérieure de juridiction [...], y appela avec ses conseillers d'État, des présidents des pairs et le doyen du Parlement [...] »<sup>1043</sup>. Les magistrats appelés acceptent d'y faire partie sous la contrainte<sup>1044</sup> et le duc est condamné « à avoir la tête tranchée, & ses biens confisqués »<sup>1045</sup>. Mais c'est qui important dans l'argumentaire, c'est que le parlement de Paris a pu révoquer le procès après la mort de Louis XIII, et que la vraie justice des juges ordinaires – qui est celle des ordonnances – s'est imposée face aux formes de l'« administration »<sup>1046</sup>. De plus, aux défauts dans la composition du Conseil du roi se rajoute l'absence des formes que la magistrature conçoit comme proprement judiciaires :

« Quelle sera donc, Sire, l'instruction d'un procès criminel dans votre conseil, où il ne peut y avoir ni partie publique pour accuser et poursuivre, ni témoins pour charger ou excuser, ni interrogatoires, récolements et confrontations pour convaincre ou défendre, ni vestige de cette instruction rigoureuse sagement prescrite et combinée par les ordonnances et qu'on ne peut négliger sans confondre l'innocent avec le coupable. »<sup>1047</sup>

---

<sup>1043</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 668.

<sup>1044</sup> Jean Le clerc évoque l'hostilité des conseillers du parlement de Paris à l'égard de la procédure engagée : « le Premier Président pria le Roi de le dispenser d'opiner en ce lieu-là [Saint-Germain] ; étant obligé de le faire en Parlement [...] conformément aux ordonnances [...]. *Pinon* commença à dire, que depuis cinquante ans qu'il était Conseiller au Parlement, on n'avait mis sur le tapis aucune chose de si grande importance : Qu'il considérait le Duc de la Valette, comme un homme qui avait l'honneur d'épouser la Sœur naturelle du Roi, & comme Duc & Pair ; & qu'ainsi il jugeait que cette cause devait être renvoyée au Parlement [...]. Le Président de *Novion*, après un long discours, dans lequel il remarqua qu'on n'avait dit ni le nom, ni l'âge des Témoins, que l'on avait contre le Duc de la Valette, & que le procès était contre les formes, comme le Roi l'avouait, fut d'avis qu'on ajournât personnellement le Duc [...]. Le Président de Bellière s'étant levé, dit, qu'il ne pouvait opiner qu'un renvoi au Parlement, & le Roi l'ayant voulu contraindre d'opiner sur le fonds de l'affaire, il fit un petit discours, en très beaux termes, dont la substance était, qu'il trouvait extrêmement étrange, que le Roi opinât dans le procès d'un de ses Sujets : Que le Roi avaient accoutumé de se réserver les grâces, & de remettre les condamnations aux Tribunaux de Justice : Qu'il ne croyait pas que Sa Majesté eut le courage de voir un homme sur la sellette, pour être trainé une heure après au gibet. Que la vue du Roi apportait avec elle la grâce [...] ». LE CLERC, Jean, *La vie du Cardinal Duc de Richelieu*, Tome II, Cologne, [s.n.], 1694, p. 358-360 (souligné dans le texte).

<sup>1045</sup> Le Président de Bellière s'oppose à la condamnation donnant des arguments autant sur la forme que sur le fond de l'affaire. Il propose à la place un bannissement pour neuf ans, la privation des Charges et l'imposition d'une amende de cent mille livres. *Ibid.*, p. 362-364.

<sup>1046</sup> Rappelons par ailleurs que les remontrances ont pour but d'émouvoir le roi. L'utilisation d'un exemple « victorieux » de la magistrature est récurrente, l'exemple représentatif est celui du président La Vacquerie, qui a fait changer d'avis Louis XI sur un édit concernant la distribution du blé à la suite des catastrophes naturelles de 1481-1482. Voir le récit dans : SORBIER, Pierre-Adolphe, *Biographie de Jean de la Vacquerie, premier président du parlement de Paris*, Caen, Hardel, 1846, p. 13-15.

<sup>1047</sup> Remontrance du parlement de Paris, 9 avril 1753. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 573.

Les arguments précédents sont étayés avec une troisième idée, à savoir, le soupçon que la magistrature soulève à l'égard des conseillers du roi, et notamment envers les maîtres de requêtes<sup>1048</sup>. Historiquement, l'assemblée des conseillers du roi s'est montrée favorable aux « parties qui, par leurs efforts contre le trône, avaient su s'emparer de l'autorité »<sup>1049</sup>.

Or, au-delà du soupçon relatif aux intérêts politiques de certains conseillers, c'est leur fonction même qui est incompatible avec la *jurisdictio*. *Primo*, ils sont des « administrateurs », ils n'ont pas un ressort propre ni des sujets auxquels ils peuvent faire valoir leur caractère de juges naturels ; ils sont « ministres de la puissance et non de la justice » ; ils rendent service au Prince par la « confiance momentanée » qu'il leur octroie, non aux lois qui représentent la « volonté fixe du législateur »<sup>1050</sup>. *Secundo*, leur participation aux affaires se fait « dès leur principe » – contrairement à l'intervention des juges ordinaires –. De la sorte, ils peuvent les regarder comme « propres et personnelles », ce qui est contraire à « l'indifférence qui fait le caractère de la loi »<sup>1051</sup>. *Tertio*, concernant les affaires criminelles, le rôle des conseillers ne doit pas s'inscrire dans une logique punitive : d'une part, les sanctions du Conseil du roi seraient incompatibles avec les grâces ou remissions que lui-même peut octroyer, au point qu'il « paraît qu'ils font et défont leurs jugements »<sup>1052</sup> ; d'autre part, tout comme le roi doit éviter de juger personnellement les affaires criminelles<sup>1053</sup>, les conseillers doivent « instruire les sentiments les plus secrets [des rois] ; la bonté et la générosité ». Ainsi, ils doivent éviter de faire parler le souverain en « vengeur de crimes »<sup>1054</sup>.

Ces trois arguments sont également rapprochés à une perspective subjective, c'est-à-dire des justiciables. Pour les parlementaires, en définitive, les particuliers ne sauraient jamais considérer les décisions *judiciaires* du Conseil du roi comme de décisions *de justice* :

---

<sup>1048</sup> La méfiance de la magistrature à l'égard des conseillers du roi est aussi un *topos* depuis le XVI<sup>e</sup> siècle. Pourtant, comme le relèvent les études sur la composition sociale des cours souveraines et du Conseil, les maîtres de requêtes (qui accomplissaient majoritairement le rôle proprement judiciaire dans le Conseil du roi) étaient pour la plupart issus du milieu parlementaire. Voir : ANTOINE, Michel, *Le gouvernement et l'administration sous Louis XV. Dictionnaire biographique*, Paris, Editions du CNRS, 1978 ; NICOLAS, Sylvie, *Les derniers maîtres des requêtes de l'Ancien Régime. Dictionnaire prosopographique*, Paris, Ecole des Chartes, 1998. Dans un autre registre, la noblesse d'épée accuse les mauvais conseillers du roi de la politique royale.

<sup>1049</sup> Remontrance du parlement de Paris, 5 juin 1767. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 767.

<sup>1050</sup> Remontrance du parlement de Paris, 8 décembre 1766. *Ibid.*, p. 665-666.

<sup>1051</sup> *Ibid.*, p. 667.

<sup>1052</sup> *Ibid.*, p. 667.

<sup>1053</sup> Il s'agit d'un sujet récurrent dans le discours de la magistrature, ainsi que des légistes. Voir : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 31-38.

<sup>1054</sup> Remontrance du parlement de Paris, 8 décembre 1766. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 667.

« Les sujets ne se persuaderont jamais que des personnes destinées à être le conseil de l'administration, et par conséquent accoutumées à se plier au temps et aux circonstances, portent, dans l'exercice de la justice, un caractère différent, et conservent sans altération la fermeté et l'attachement aux lois. Ils seront toujours regardés comme dépendants de la protection et de la faveur par l'espoir des grâces et des emplois, et par la révocabilité de leurs fonctions au Conseil ; et l'état de juge ne peut s'allier avec cette dépendance et cette instabilité »<sup>1055</sup>

La précarité du statut des conseillers suppose leur incapacité à agir en tant que protecteurs des libertés (de surcroît déterminées par les lois) face à la volonté royale. Au fond, ce qui dessinent les parlementaires c'est l'idée de l'indépendance du juge face au pouvoir « exécutif » et partant, garant de l'application de la loi aux individus.

Que les arguments soient d'ordre ontologique, technique ou même personnelles, l'avis de la magistrature est clair : le Conseil du roi n'est pas une juridiction. De ce constat, il découle la contestation du dispositif de la cassation.

### *C. L'interprétation restrictive de la cassation*

Les cours *souveraines* sont qualifiées ainsi principalement pour une raison : parce qu'elles jugent le contentieux en dernière ressort<sup>1056</sup>. De même, leurs décisions sont appelées *arrêts* parce qu'elles mettent un point final à un procès judiciaire. C'est en toute logique que la magistrature d'Ancien Régime voit d'un mauvais œil la possibilité que ses arrêts soient cassés. Or c'est ce qui arrive avec le dispositif de la cassation. Celui-ci suppose en effet que le roi peut anéantir les décisions de justice des cours souveraines sur la demande des justiciables. Sur ce point, la dialectique entre la souveraineté du roi et les libertés protégées par les lois est patente : la cassation peut être perçue comme une intervention directe du souverain sur la justice ordinaire (et

---

<sup>1055</sup> Remontrance du parlement de Paris, 5 juin 1767. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 766-767.

<sup>1056</sup> Il y a là, par ailleurs, l'un des enjeux lexicaux relatif à l'appellation de cours « supérieures » que voulait imposer Louis XIV dans la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle. Cependant, la littérature procédurale et pratique (par exemple, les dictionnaires) maintient de manière générale l'appellation de cours souveraines. Voir : BARBICHE, Bernard, « Conseils souverains ou Conseils supérieurs, un enjeu politique », *Les Conseils Souverains de la France d'Ancien Régime, XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Jean-Luc Eichenlaub (dir.), Colmar, Archives Départementales du Haut-Rhin, 2000, p. 27-36.

partant, comme une garantie des libertés des justiciables à titre individuel<sup>1057</sup>) ; en même temps, la justice ordinaire déterminée par la loi est conçue de manière objective comme garante des libertés. Ainsi, la souveraineté « judiciaire » du roi semble s’opposer à la souveraineté de la loi. Voilà pourquoi pour les cours souveraines, il est nécessaire de préciser et réduire le dispositif de la cassation. Or, pour mieux cerner les enjeux de l’opposition parlementaire à la cassation, un bref panorama historique de la notion et des normes relatives à la cassation s’impose<sup>1058</sup>.

Au XIII<sup>e</sup> siècle, quand l’administration de justice royale commence à être dessinée, les jugements de la *curia regis* – bientôt démembrée en *curia in parlamento* – le sont en dernier ressort. Les ordonnances du XIV<sup>e</sup> siècle montrent pourtant que le démembrement fonctionnel apparaît, car les plaideurs essaient de saisir le roi ou son conseil face aux décisions de justice de la cour de parlement<sup>1059</sup>. L’ambiguïté des dispositions royales et la pratique judiciaire entérinent la possibilité d’une modification des décisions de justice en dernier ressort à travers la figure de la rétractation, qui se différencie conceptuellement de la cassation<sup>1060</sup>. Naît ainsi la *proposition d’erreur*, que permet aux justiciables de demander au roi d’enjoindre la cour souveraine de réviser sa décision de justice<sup>1061</sup>. Au XV<sup>e</sup> siècle, les troubles politiques et la division du royaume font obstacle à l’efficacité de la procédure de *proposition d’erreur*. Les justiciables demandent alors une *requête civile*, laquelle consiste à supplier le roi d’intervenir une procédure judiciaire en cours ou d’enjoindre une cour souveraine à réviser une décision pour des raisons procédurales<sup>1062</sup>. À la fin du siècle, ces deux

---

<sup>1057</sup> Elle serait donc dans la même logique des placets, et suit par ailleurs un processus de bureaucratisation similaire à la pratique des suppliques au roi. Voir : FELLAH, Samy, *Les placets (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*. *Supplier le roi à l’époque moderne*, Mémoire de M2 en Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 169 p.

<sup>1058</sup> A titre indicatif, voir : BOULET-SAUTEL, Marguerite, « La cassation sous l’Ancien Régime », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, p. 453-476 ; CHENON, Emile, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, Larose et Forcel, 1882 ; CREPON, Théophile, *Cour de Cassation, origines, organisation, attributions, du pourvoi en cassation en matière civile*, 2 Tomes, Paris, Larose et Forcel, 1892 ; DAUCHY, Serge, *Les voies de recours extraordinaires : proposition d’erreur et requête civile : de l’ordonnance de Saint-Louis jusqu’à l’ordonnance de 1667*, Paris, PUF, 1988 ; GODIN, Xavier, « La procédure de cassation au XVIII<sup>e</sup> siècle », *HES*, 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 19-36 ; HILAIRE, J., *La construction de l’État...*, *op. cit.*, p. 224-230 ; MARTINAGE, Renée, « Les idées sur la cassation au XVIII<sup>e</sup> siècle », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 47 (1969), p. 244-290 ; PLASSARD, Jean, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Toulouse-Paris, Privat-Sirey, 1924.

<sup>1059</sup> La confusion lexicale est patente : l’ordonnance de 1302 article 12 (*ORF*, Tome I, p. 359) parle de la possibilité de modification des décisions en raison d’ambiguïtés ou d’erreurs – *Et si aliquid ambiguitatis vel erroris continere viderentur* –, le Conseil « ordinaire » – *Commune Consilium* – à la charge de décider. S’agit-il, dans l’agencement faite par les ordonnances, d’un organe différent de la *curia in parlamento* ? L’ordonnance de 1320, article 3 (*ORF*, Tome I, p. 733) affirme que ces demandes sont dirigées au roi et reçus par les maîtres de requêtes, bien que ceux-ci doivent les renvoyer aux cours souveraines. Quoi qu’il en soit, les plaintes des justiciables ne sont pas dirigées à la *curia in parlamento*, mais bien au roi et à son Conseil.

<sup>1060</sup> La seconde suppose deux institutions différentes, la rétractation ne nécessite qu’une institution. GODIN, X., « La procédure de cassation au XVIII<sup>e</sup> siècle... », *op. cit.*, p. 20.

<sup>1061</sup> La pratique « devient fréquente dans les *Olim* à partir de 1315 ». HILAIRE, Jean, « Supplier le roi. Les voies de recours extraordinaires aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *RHDFE*, Vol. 74, No. 1 (janvier-mars 1996), p. 73-81.

<sup>1062</sup> BOULET-SAUTEL, M., « La cassation sous l’Ancien Régime... », *op. cit.*, p. 455-456.

procédures se confondent dans la pratique : « on vient par proposition d'erreur, en alléguant non seulement sa propre erreur mais "le dol des parties" »<sup>1063</sup>. De plus, ces *voies de droit* sont utilisées pour demander l'évocation des procès devant le Conseil du roi, ce qui augmente la confusion entre l'éventuelle modification d'une décision de justice – par le Conseil du roi ou bien par la juridiction souveraine elle-même – et l'intervention de la *jurisdictio* des cours souveraines<sup>1064</sup>. Au XVI<sup>e</sup> siècle, la distinction est faite dans l'ordonnance de Blois de 1579, article 92, limitant la possibilité de cassation des arrêts des cours souveraines aux *voies de droit* suivant les « formes portées par nos Ordonnances »<sup>1065</sup>. Presque un siècle après, l'ordonnance civile de 1667 réfère la *requête civile* comme unique *voie de droit* visant la modification royale d'un arrêt d'une cour souveraine<sup>1066</sup>. Pourtant, le dispositif de la cassation en tant que procédure spécifique pour saisir le roi est passé sous silence<sup>1067</sup>. C'est enfin en 1738, après le constat d'une pratique accrue allant dans ce sens, que le chancelier d'Aguesseau réglemente la procédure de la cassation, bien distinguée « des procédures voisines du règlement de juges et de la révision criminelle »<sup>1068</sup>.

La critique parlementaire de la possibilité de casser les arrêts des cours souveraines est étroitement liée à celle des évocations : ce n'est pas tant le dispositif auquel on accède les justiciables qui est remis en cause, mais la pratique « de propre mouvement » que le roi, et surtout son conseil, exerce à l'égard des arrêts des cours souveraines<sup>1069</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les remontrances parlementaires prétendent donc encadrer la pratique des cassations à ce qu'à leurs yeux est une limitation légale. Les grandes remontrances du 9 avril 1753 du parlement de Paris se plaignent de l'usage que certains font de la cassation pour « se mettre à couvert de la vindicte publique »<sup>1070</sup>. Elles affirment également que, pour les cas liés à la bulle *Unigenitus*, les arrêts du

---

<sup>1063</sup> *Ibid.*, p. 457.

<sup>1064</sup> Alors que les évocations sont l'objet des doléances des états généraux dans la seconde moitié du XV<sup>e</sup> siècle, la révocation des arrêts des cours souveraines n'apparaît pas.

<sup>1065</sup> L'ordonnance évoque deux cas de figure que les parlementaires dénoncent, à savoir, la cassation et la surséance : « Déclarons que les arrêts de nos cours souveraines ne pourront être cassés ni retractés, sinon par les voies de droit qui sont Requête civile et Proposition d'erreur et par la forme portée par nos Ordonnances, ni l'exécution d'iceux arrêts suspendue ou retardée sur simple requête à nous présentée en notre Conseil privé », ISAMBERT, Tome XIV, p. 380. La distinction fonctionnelle est claire entre ceux qui reçoivent et admettent la demande et ceux qui décident sur le fond.

<sup>1066</sup> Elle déroge ainsi la proposition d'erreur.

<sup>1067</sup> « Cette absence de mention relative à la cassation dans une ordonnance spécialement consacrée à la procédure signifierait une fois de plus qu'elle n'était pas dans l'esprit du législateur ni dans l'esprit des contemporains, une voie de droit ». BOULET-SAUTEL, M., « La cassation sous l'Ancien Régime... », *op. cit.*, p. 459-460.

<sup>1068</sup> *Ibid.*, p. 460. Les règlements se trouvent dans : ISAMBERT, Tome XXII, p. 42-110.

<sup>1069</sup> Voir *supra* : « La demande de modération des évocations », p. 191-198. Par ailleurs, le règlement de la cassation de 1738 ne fait pas l'objet des remontrances parlementaires.

<sup>1070</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 565. Les remontrances font référence aux supérieurs ecclésiastiques accusés de refus des sacrements aux particuliers soupçonnés d'être jansénistes.

Conseil du roi qui annulent les décisions des cours souveraines font préjudice « aux lois de l'État », et notamment à l'article 92 de l'ordonnance de Blois. En outre, ces cassations « intervertissent l'ordre judiciaire, en substituant à la voie d'appel établie par les ordonnances une voie irrégulière pour réformer les jugements des tribunaux inférieurs »<sup>1071</sup>.

Lors des conflits du milieu des années 1760<sup>1072</sup>, les parlementaires parisiens ont à nouveau l'occasion de remonter au roi leur conception de la cassation. Les représentations du parlement de Paris du 22 février 1767 considèrent, par exemple, que « le droit [...] de juger en dernier ressort par les cours dépositaires de l'autorité souveraine, *étant un droit propre aux sujets de V.M.* [...], votre parlement ne peut se dispenser de s'élever avec la plus grande force contre cette entreprise [du Conseil] »<sup>1073</sup>.

Quelques mois après, les remontrances du 5 juin développent une argumentation historico-juridique pour limiter le dispositif de la cassation. Situait ses origines à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, elles évoquent les lettres de révision appelées « grâce de dire contre les arrêts », lesquelles devaient être adressées au parlement pour leur résolution. Or les gens du Conseil, chargés de rédiger les lettres, « crurent pouvoir altérer cette maxime [...] et se ménager le pouvoir de révoquer les arrêts »<sup>1074</sup>. À cette première tentative, Philippe V répond avec l'ordonnance de 1320, article 3<sup>1075</sup>. Sous le règne de Philippe VI, nouvelle entreprise des gens du Conseil : « les réformations d'arrêts [...] ayant pris [le nom] de *proposition d'erreur* [...] ; ils regardèrent le nouveau titre donné à ces lettres come un voile capable de couvrir une nouvelle entreprise ». En réponse, l'ordonnance de septembre 1344 affirme que « les *propositions d'erreur* contre les arrêts ne puissent être jugées que par le Parlement même, et non ailleurs, ni par d'autres »<sup>1076</sup>. C'est enfin avec l'ordonnance de juillet 1493, article 72, que s'est « insensiblement établi le droit qui appartient au Conseil, de rétracter les arrêts rendus

<sup>1071</sup> *Ibid.*, p. 566.

<sup>1072</sup> Michel Antoine donne une explication des stratégies du parlement de Paris : « Au cours de l'Affaire de Bretagne [...], les parlements comprirent vite que, pour triompher, il leur faudrait abattre l'autorité du Conseil, de ses membres et de ses commissions et qu'un des plus sûrs moyens d'y parvenir était d'affaiblir l'adversaire par le dedans en lui faisant peur. Depuis environ 1763, en effet, tout devint prétexte aux corps pour attaquer le Conseil, ses agents et ses arrêts [...]. On voit dès cette époque que certains intendants ou conseillers d'État sont gagnés par l'intimidation et redoutent de prendre des initiatives, dans la seule crainte de provoquer des esclandres de la part des parlements ». ANTOINE, Michel, « Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767) », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 35 (1958), p. 2-3.

<sup>1073</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 712 (nous soulignons).

<sup>1074</sup> *Ibid.*, p. 718.

<sup>1075</sup> ISAMBERT, Tome III, p. 261.

<sup>1076</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 719. La teneur de l'ordonnance est dans : *ORF*, Tome II, p. 216-217.

par les cours au préjudice du conflit élevé entre elles et du règlement de juges qui doit le terminer »<sup>1077</sup>.

Pourtant, la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle voit les rois se succéder dans leurs assurances légales de respect des décisions des cours souveraines. Le Conseil, pour sa part, crée des nouvelles formes pour contourner les ordonnances précédentes : sous l'égide du chancelier Poyet, il imagine des lettres appelées *lettres de nullité* ou de *contrariété d'arrêts* : « il crut qu'en retenant par les même lettres la connaissance de ces nullités [...], il pourrait se procurer le pouvoir d'anéantir les arrêts du Parlement en vertu de cette commission particulière du Prince »<sup>1078</sup>. François I<sup>er</sup> limite alors l'usage de ces lettres par l'édit du 1<sup>er</sup> mars 1545 ; le Conseil « n'osa pas hasarder de porter atteinte à des arrêts rendus entre parties plaidantes » que jusqu'au règne d'Henri III. Aux temps de la Ligue, « les favoris s'étant emparés de l'esprit du Prince », le Conseil « se porta dès cette époque à rétracter directement les arrêts [...] sous le nom de *cassation* »<sup>1079</sup>. Réponse du roi : l'article 92 de l'ordonnance de Blois en 1579, qui devient ainsi la référence légale principale de la magistrature.

En outre, le récit relatif au XVII<sup>e</sup> siècle continue la même ligne argumentative : les rois donnent leurs assurances de respect des ordonnances précédentes – c'est le cas de Louis XIII en 1616 et 1617<sup>1080</sup> – ou limitent davantage les moyens de cassation – l'ordonnance de 1667 de Louis XIV<sup>1081</sup> – ; le Conseil cherche les moyens de contourner les ordonnances. Le parlement se plaint des entreprises du Conseil ; le roi rétracte les arrêts de cassation et confirme sa volonté de garder les arrêts des cours souveraines : « Telles sont les tentatives que le Conseil a renouvelées d'âge en âge contre l'autorité Souveraine dans ses cours. Telles sont les lois qui, d'âge en âge, les ont condamnés »<sup>1082</sup>. Une omission importante des remontrances est à souligner : elles passent sous silence le règlement de 1738.

---

<sup>1077</sup> *Ibid.*, p. 726. L'argumentation tend encore une fois à montrer que le Conseil du roi dépasse les bornes de l'interprétation littérale que l'on peut faire du texte, car l'article 72 ne parle que des règlements des juges. Voir : ISAMBERT, Tome XI, p. 238-239.

<sup>1078</sup> *Ibid.*, p. 728. L'édit est dans : ISAMBERT, Tome XII, p. 908-909.

<sup>1079</sup> Le récit continue avec la justification donnée par le Conseil du roi : « il crut pouvoir colorer cet abus en faisant établir que toutes ses délibérations seraient lues au Roi par un des secrétaires d'État, en présence du Chancelier de France, et qu'aucune expédition n'en serait faite qu'après que le résultat vu par le Roi en serait approuvé : le Conseil cherchant, par ce moyen, à persuader les magistrats et les peuples que le Roi lui donnait autant de commissions particulières qu'il plairait au Conseil de faire d'actes de juridiction ; que les jugements qu'il rendait n'émanaient que de personnes privées qui décidaient par la volonté immédiate du Souverain et comme honorés de sa confiance pour chaque fait particulier, et que l'approbation donnée par le Roi à ses délibérations les élevait au-dessus des règles », *ibid.*, p. 735-736.

<sup>1080</sup> En 1616 avec l'édit de Blois (ISAMBERT, Tome XVI, p. 86) ; les remontrances réfèrent à tort l'édit de Loudun. En 1617 dans l'assemblée de notables à Rouen. *Ibid.*, p. 742-743.

<sup>1081</sup> *Ibid.*, p. 749.

<sup>1082</sup> *Ibid.*, p. 752.

Si les remontrances parlementaires ne refusent complètement la possibilité de la cassation des arrêts, elles restreignent sévèrement le dispositif. D’abord elles affirment le principe : « La maxime du droit public du Royaume et que les arrêts des cours ne peuvent être rétractés que par les cours même »<sup>1083</sup>. Ensuite, elles énumèrent les exceptions légales, dans lesquelles le Conseil du Roi peut intervenir : premièrement, si les arrêts « sont donnés par les cours après la signification de lettres d’état » ; deuxièmement, si les arrêts « sont rendus depuis l’assignation donnée au Conseil en règlement de juges » ; troisièmement, si les arrêts sont donnés « au préjudice de la cédula évocatoire dûment signifiée » ; quatrièmement, si l’arrêt d’une cour donné par subrogation ou « en vertu d’un renvoi qui ne lui est jamais fait que sous la condition imposée par la loi de juger suivant les lois et usages du lieu d’où le procès a été évoqué », ne se conforme pas auxdites lois et usages – mal juger sur le fond<sup>1084</sup>. En outre, les remontrances réfèrent la distinction opérée dans l’ordonnance de 1667 entre la nullité et la cassation pour montrer que « cette loi a proscrit le système par lequel le Conseil voudrait établir que toute nullité lui ouvre un moyen de casser »<sup>1085</sup>. Aussi, elles montrent que l’ordonnance « veut que les arrêts ne puissent être rétractés sous prétexte de mal jugé au fond »<sup>1086</sup> – à l’exception du cas évoqué précédemment.

Finalement, il y dans ces remontrances la volonté ferme de démonter la fiction de l’unité du roi et de son conseil<sup>1087</sup>. Les exemples évoqués tendent à montrer que le roi révoque les décisions de son Conseil (alors qu’il est censé être lui-même). De la sorte, deux conséquences sont maintes fois signalées : d’une part, les cassations du

---

<sup>1083</sup> S’en suivent les exemples des ordonnances de 1320, 1344, 1545, 1560, 1579, 1597, 1667. *Ibid.*, p. 752-753.

<sup>1084</sup> *Ibid.*, p. 753-754.

<sup>1085</sup> *Ibid.*, p. 756.

<sup>1086</sup> Soit dans le cas de contravention d’une ordonnance, soit d’une coutume. *Ibid.*, p. 756-757.

<sup>1087</sup> « Si ceux qui composent le Conseil des parties prétendent que la présence présumée de V. M. à leur assemblée intéresse votre autorité à tout ce qui en émane, votre parlement, Sire, peut, à bien meilleur titre, revendiquer l’autorité qui la présence présumée du Souverain est capable d’imprimer à des délibérations [...]. Quand nos rois veulent se montrer en souverains aux yeux des peuples, ils viennent siéger dans leur parlement ». *Ibid.*, p. 791. Alors que Louis XV affirme catégoriquement, si on croit au *Mémoire...* de Gilbert de Voisins, que le conseil c’est lui-même : « Mon Conseil n’est ni un corps, ni un tribunal séparé de moi ; c’est moi-même qui agis par lui et il n’est permis à personne de pénétrer dans l’intérieur de l’ordre que j’y fais observer. La cassation est une voie reconnue nécessaire de tout temps pour le maintien de l’observation des lois. Lorsqu’elle est prononcée en mon Conseil contre un arrêt intervenu dans quelqu’une de mes cours, duquel elle aurait en même temps ordonné la publication pour manifester ce qu’elle a entendu juger, c’est un tout indivisible qui tombe par la cassation. C’est attenter à mon autorité, aussi bien qu’au droit des parties, que d’ordonner l’exécution d’un arrêt ainsi anéanti. Que mon parlement se garde donc pour toujours de donner le spectacle indécent d’un combat entre ses arrêts et ceux de mon Conseil, qu’il affecte sans respect de ne qualifier qu’actes ou jugements, et non arrêts, et qu’il ne cherche plus pour appuyer sa conduite des exemples qu’il ne devrait pas rappeler ». AN, K 147, n°8bis, cité par : ANTOINE, Michel, *Le dur métier du roi. Etudes sur la civilisation politique de la France d’Ancien Régime*, Paris, PUF, 1986, p. 203, note de bas de page n° 20. Sur Gilbert de Voisins : CARBONNIERES, Louis de, « Un magistrat des Lumières face aux droits : Pierre Gilbert de Voisins », *Droits*, n° 40/2, 2004, p. 115-128.

Conseil portent à l'autorité royale<sup>1088</sup> ; d'autre part, elles interviennent l'ordre constitutionnel de la monarchie. Ainsi, le dispositif de la cassation porte en lui les moyens par lesquels le Conseil du roi pourrait s'emparer de la fonction principale du roi<sup>1089</sup>, voilà pourquoi la magistrature interprète très restrictivement les normes le concernant.

Les querelles avec les institutions concurrentes montrent que la magistrature prétende de prime abord défendre un agencement de la monarchie dans lequel les corps les plus proches au roi sont ceux que les « monuments historiques » ont établi. Le récit est certes romancé, et le discours parlementaire est loin d'être uniforme – même parfois clairement incohérent. Malgré cela, il défend une vision « objective » de la justice, un ordonnancement sacré de son administration qui lie le corps du roi au *corpus* de normes relatives à la juridiction. Il défend également un « esprit »<sup>1090</sup> de conservation des institutions et des formes face aux nouveautés. Or, si les événements montrent que le zèle de la magistrature est corporatiste – il ne peut être autrement dans la conception organique qu'elle a du pouvoir politique –, il n'en demeure pas moins vrai que son discours peut s'attacher à une idée de protection des droits et libertés des sujets.

---

<sup>1088</sup> « Votre parlement, vengeur des atteintes portées à la majesté royale, à laquelle il n'appartient à personne d'oser se comparer, a été encore plus touché de voir mettre sous les yeux de tout l'univers un parallèle, aussi déplacé qu'insolite, entre l'autorité du Roi et celle du Conseil, comme étant deux autorités distinctes, également blessées l'une et l'autre par l'arrêt de votre parlement du 13 février dernier ». *Ibid.*, p. 788.

<sup>1089</sup> « Par cette rétention le Conseil entreprend même sur l'autorité personnelle de V. M., puisque vous seul, Sire, il appartient, comme législateur, de réformer, par le mérite du fond, un arrêt de règlement, qui n'est jamais donné que sous le bon plaisir du Souverain, et jusqu'à ce qu'il Lui plaise de faire connaître ses intentions par une loi ». *Ibid.*, p. 808.

<sup>1090</sup> Pour revenir à l'expression de Marie-France Renoux-Zagamé. Voir *supra*, note de bas de page n° 575.

## Chapitre 4. L'observance des formes et les droits des sujets

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'utilisation d'arguments « subjectifs » ou qui rapprochent le sujet de droit au respect des formes et des procédures s'inscrit dans une histoire plus large de revendications parlementaires<sup>1091</sup>. Les libertés publiques sont entendues comme droits subjectifs, bien qu'établies sur une base de privilèges ; les formes *nécessaires* pour garantir ces libertés le sont tout autant. La magistrature s'appuie sur ce postulat et l'utilise comme un outil rhétorique des plus efficaces pour justifier ses réclamations institutionnelles et politiques face aux « équivoques » dans les rapports entre la couronne et le greffe<sup>1092</sup>.

Quelles que soient les motivations de la magistrature, altruistes ou corporatistes, c'est principalement dans les remontrances de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle que le justiciable, *récepteur* de la procédure, apparaît comme sujet central dans la réflexion sur l'ordre judiciaire. Les parlementaires – à commencer par Lamoignon, d'Aguesseau et Montesquieu<sup>1093</sup> – formulent des propositions ayant vocation à assurer la *liberté civile* dans le régime monarchique. À l'image du terme de *nation* forgé par la pensée politique des Lumières, les cours souveraines se prévalent d'une certaine conception de la liberté dont l'étendu est susceptible d'aller à l'encontre de la puissance souveraine. Cette liberté accordée à la nation, « entité autonome par rapport à l'État monarchique »<sup>1094</sup>, est assurée notamment par ceux qui rendent la justice ordinaire et maîtrisent la procédure, c'est-à-dire les officiers de justice. Le respect des formes juridiques et des formalités judiciaires permet donc à la magistrature de reconnaître la place centrale des *sujets* du roi, qualifiés de plus en plus comme *citoyens*, dans les combats politico-juridiques de l'époque.

Dans le discours parlementaire, la relation entre le respect des formes et les droits et libertés de sujets comporte deux aspects, lesquels peuvent être également conçues

---

<sup>1091</sup> Voir principalement : COCATRE-ZILGIEN, André, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique prérévolutionnaire », *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences économiques de Lille*, 1963, p. 29-154 ; LEMAIRE, E., *Grande Robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 50-54 ; LEWINGER, Matthew, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 45<sup>e</sup> année, N. 3, 1990, p. 589-613 ; VERGNE, Arnaud, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime, 1750-1789*, Paris, De Boccard, 2006, p. 148-173.

<sup>1092</sup> SAINT-BONNET, François, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique... », *op. cit.*, p. 16-30. Pour le concept de liberté des robins, voir : DI DONATO, Francesco, « Le concept de liberté dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII<sup>e</sup> siècle (France et Italie) », *Lexicon Philosophicum – Quaderni di terminologia e storia delle idee*, n°8-9, 1996, Firenze, Leo S. Olschki, p. 81-92.

<sup>1093</sup> Voir *supra*, chapitre 2, Section 2, §2.

<sup>1094</sup> KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 269.

comme finalités de la procédure. Le respect des formes préétablies par les institutions qui maîtrisent la procédure est indispensable pour protéger l'honneur des sujets (Section 1) et garantir les libertés individuelles (Section 2).

## Section 1. Protéger l'honneur des sujets

Le terme d'honneur que l'on trouve dans l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert est défini de deux manières : d'abord, « [l'honneur] qui est en nous fondé sur ce que nous sommes » ; ensuite, « [l'honneur] qui est dans les autres, fondé sur ce qu'ils pensent de nous »<sup>1095</sup>. Le premier relève de la conscience individuelle, le second de « l'estime publique »<sup>1096</sup>.

Durant la lente construction de l'État monarchique, le roi légifère pour contrôler la dimension individuelle de l'honneur qui se manifeste *via* le duel judiciaire. La royauté interdit ce dernier mais l'application de cette mesure n'est pas toujours respectée. Cette prise de position contre le duel judiciaire a néanmoins pour effet d'introduire la question de l'honneur *dans la justice* « étatique ». À la fin du Moyen Âge, il est acquis que la bonne application de la procédure judiciaire étatique protège l'honneur des sujets.

Dans les procès judiciaires entre particuliers, la question de l'honneur se retrouve au cœur des litiges. La justice a recours à cette notion car elle constitue une valeur structurante et un fondement de certaines étapes de la procédure : le serment, la « qualité » des témoins, l'incident de faux, etc., toutes sont liées à l'honorabilité des acteurs. De même, dans le procès criminel, la présomption d'innocence des sujets permet théoriquement de garder indemne le sentiment d'honneur dans la sphère publique.

Or le discours de la magistrature n'a pas à proprement parler de fondement égalitaire. Il est étroitement lié aux privilèges de la personne concernée, le respect des formes judiciaires étant appliqué selon l'étendue de ces privilèges. Les parlementaires affirment ainsi que les juridictions ordinaires sont les plus à même de protéger l'honneur des sujets, parce qu'elles reflètent les inégalités sociales dont dépend une certaine compréhension de l'honneur.

La magistrature avance deux arguments relatifs à la protection de l'honneur, concordants avec les deux acceptions de l'honneur que l'*Encyclopédie* précise. Le premier concerne la décision « objective » de la justice : le respect des formes du procès judiciaire conduit à une vérité juridique quasi irréfutable (§1). Le second se

---

<sup>1095</sup> *Verbo* honneur. <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v8-1080-0/> (consulté le 8 mai 2020).

<sup>1096</sup> BEIGNIER, Bernard, « Honneur », *Dictionnaire de la culture juridique*..., *op. cit.*, p. 790.

focalise sur la certitude « subjective » des justiciables : le déroulement d'un procès selon les formes légales sauvegarde leur honneur (§2).

### **§1. La vérité « objective » par la procédure judiciaire ordinaire**

Sous l'Ancien Régime, la juridiction ordinaire est l'apanage de la vérité de droit<sup>1097</sup>. La magistrature postule l'existence d'une justice « véritable » et tente d'en définir les contours *juridiques*. Les parlementaires défendent la « légalité » de la juridiction dans les rapports institutionnels (voire son exclusivité), tout en insistant sur ses bénéfices pour les particuliers. La vérité révélée par l'ordre judiciaire ordinaire est alors le moyen le plus à même de protéger (ou réhabiliter, le cas échéant) l'honneur des sujets. Ainsi, la magistrature fait valoir d'une part les qualités de la justice ordinaire (A) ; et d'autre part la pérennité de ses décisions (B).

#### **A. Les qualités de la justice ordinaire, garantie des sujets**

Dans la droite ligne des juristes du Moyen Âge, les parlementaires suivent la maxime d'après laquelle *jurisdictio ordinaria favorabilis est, delegata autem uti extraordinaria odiosa*<sup>1098</sup>. Si cette phrase dénote dès le XV<sup>e</sup> siècle une défense du statut des officiers de justice, elle profite aussi aux justiciables<sup>1099</sup>. Pour la magistrature, les qualités de la justice ordinaire sont d'ordre moral mais également liées au savoir des officiers de justice et à la « liberté légitime » issue de l'inamovibilité des officiers de justice.

---

<sup>1097</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2.

<sup>1098</sup> L'adage se trouve dans plusieurs textes du droit canonique. La formulé est encore évoquée au XVIII<sup>e</sup> siècle. Voir : GUYOT, Joseph-Nicolas, *Répertoire Universel et raisonné de jurisprudence civile*, Tome XIII, Paris, Panckoucke, 1777, p. 117 ; et dans le sens de favorabilité pour les justiciables dans : REAL DE CURBAN, Gaspard de, *La science du gouvernement*, Tome VI, Paris, Libraires Associés, 1762, p. 71.

<sup>1099</sup> Jean Bodin suit de manière générale l'opinion de ses prédécesseurs : « La connaissance ordinaire est préférable à la commission, tout ainsi que la qualité de l'officier est préférable au Commissaire ». Cependant, quelques lignes après, il semble affirmer que les commissions peuvent être parfois plus favorables aux particuliers : « la voie ordinaire [...] est favorable, la voie extraordinaire est odieuse : ce qui ne peut avoir lieu, soit pour la punition des crimes, qui est le plus souvent extraordinaire, & la plus favorable : soit pour la faveur des personnes, ou des faits qui méritent qu'on use de la voie extraordinaire ». BODIN, J., *Six livres de la République...*, *op. cit.*, p. 379 et 385.

### i. *Les qualités morales*

Selon le discours des parlementaires, la juridiction ordinaire est favorable aux justiciables parce que les officiers de justice compromettent leur honneur lorsqu'ils prêtent serment et s'engagent à respecter les formes juridiques<sup>1100</sup>. Pierre Ayrault l'affirme au XVI<sup>e</sup> siècle : « L'omission [des formes de l'instruction] peut être telle que leurs états et leur honneur y soient touchés. C'est circonvénir l'accusé que d'agir contre lui *novo & inusitato iure* »<sup>1101</sup>. Au fond, c'est sur la *conscience* des officiers de justice que l'on compte pour garantir une justice digne de ce nom

L'historiographie du droit a largement étudié le « discours du Palais » relatif à la conscience des juges à la fin du Moyen Âge et au début l'époque moderne<sup>1102</sup>. Pour Marie-France Renoux-Zagamé, la conscience des juges est un relais de l'« obéissance volontaire » des sujets<sup>1103</sup>. Elle contient une dimension personnelle – liée à l'honneur de l'officier de justice<sup>1104</sup> –, mais aussi une dimension institutionnelle – liée à l'honneur du tribunal, ou de « la magistrature » en tant que corps<sup>1105</sup>. Les deux sont indissociables par la nature de l'institution : les officiers de justice agissent en corps, leur « vérité » est collégiale et est le produit de délibérations<sup>1106</sup>. Les exigences morales propres à la

<sup>1100</sup> Comme l'a démontré Robert Jacob, la déontologie judiciaire est l'un des traits principaux des systèmes juridiques occidentaux. Parce que « le siège de la justice est comme le trône de Dieu » – ce sont les mots du juriste anglais Bracton au XIII<sup>e</sup> siècle –, « s'asseoir est un acte de présomption ». Les juges d'Ancien Régime ont une conception sacrale de leur fonction de dire le droit (*iuris dictio*) ; l'éventuelle corruption des juges ne concerne pas davantage la modification de la vérité des décisions judiciaires moyennant un prix. JACOB, R., *La grâce des juges...*, *op. cit.*, p. 315-332.

<sup>1101</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 113, §11.

<sup>1102</sup> Voir les contributions réunies par Jean-Marie Carbasse et Laurence Depambour-Tarride : *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999 ; ainsi que celle réunies par Benoît Garnot et Bruno Lemesle : *La justice entre droit et conscience du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, collection « Histoires », 2014. Voir également : JACOB, Robert, « Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XII<sup>e</sup> siècle européen) », *Le Serment. 1. Signes et fonctions*, Raymond Verdier (éd.), Paris, CNRS Collections, 1992, p. 439-457 ; SOMDA, Laurent, *La conscience du Juge : étude comparée de la certitude morale en droit canonique et de l'intime conviction du juge en droit pénal français*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris-Sud, 2018, 660 p.

<sup>1103</sup> « Sans doute les hommes obéissent au commandement, parce qu'il est ordre, mais aussi, et de manière indispensable, parce qu'il est raison [...]. Là se trouve, aux yeux des magistrats, le fondement de ce qu'aucune force armée ne saurait produire, mais dont aucun État ne peut se passer, cette obéissance qu'ils qualifient de « volontaire » », RENOUX-ZAGAME, M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *op. cit.*, p. 201-202.

<sup>1104</sup> L'honneur recouvre tout un tas d'injonctions sur le comportement de l'officier de justice, sur sa vie privée et familiale, et sur ses attitudes corporelles en public. Voir sur ce sujet : GARNOT, Benoît, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 88.

<sup>1105</sup> Voir par exemple, la remontrance du parlement de Paris, 9 mai 1784 : « Les épices sont un impôt mis sur la Justice, impôt d'autant plus onéreux que, quelle que soit la base d'après laquelle elles sont fixées [...], cette base ne peut jamais être exempte d'une sorte d'arbitraire [...]. La suppression des épices est le vœu commun de tous ceux qui ont l'honneur de servir dans votre parlement. Nous sommes tous également affectés de voir que les épices ont servi de tout temps de prétexte à des inculpations aussi injurieuses que peu méritées. Nous sentons également combien il importe à *l'honneur des tribunaux*, au bien de votre service, d'éloigner de nous tous un soupçon d'intérêt et d'empêcher que la considération due à vos magistrats ne s'affaiblisse dans l'esprit des peuples ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 555 (nous soulignons). Voir aussi : SOLEIL, Sylvain, « Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature ! », *Le pouvoir disciplinaire interne aux institutions judiciaires (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 53-81.

<sup>1106</sup> D'Aguesseau réfère cette vérité collective dans une de ses mercuriales : l'officier de justice « ne doit pas oublier que tous les magistrats ne doivent se considérer que comme autant de rayons différents, toujours faibles, quelque lumineux qu'ils soient par eux-mêmes, lorsqu'ils se séparent les uns des autres ; mais toujours éclatants, quelque faibles qu'ils soient séparément,

fonction des officiers de justice se transmettent de manière hiérarchique, des cours souveraines aux baillis et sénéchaussées, puis aux prévôtés, châtelainies et vicomtés, formant un « enchaînement de toutes les parties de l'État »<sup>1107</sup>.

La conscience des juges ordinaires, comme qualité morale, est déterminante pour les délibérations relatives à l'enregistrement des lettres patentes royales et celles relatives aux décisions judiciaires : les formes de la justice – celles suivies par les juridictions ordinaires – assurent aux sujets du roi à la fois sur la justesse du contenu des normes *erga omnes* et sur leur application *inter partes*<sup>1108</sup>. Le parlement de Paris développe cette idée en 1738, au moment des querelles relatives aux billets de confession et aux refus des sacrements. Il assimile ces derniers aux excommunications, lesquelles ne peuvent être imposées que pour « un crime notoire, public, scandaleux [...] » ; il est donc nécessaire que celui qui refuse les sacrements « ait le caractère de juge » et que « l'on suive toutes les règles qui s'observent dans l'exercice de la justice »<sup>1109</sup>. Les parlementaires entendent protéger les sujets soupçonnés d'être jansénistes par l'analogie des formes. Ils soulignent également que les qualités morales de la justice ordinaire bénéficient aux justiciables lorsqu'ils dénoncent l'usage des évocations<sup>1110</sup> et s'attaquent au caractère flou des organes tel que le Conseil du roi ou le Grand Conseil<sup>1111</sup>.

En creux, l'étude des remontrances montre que les qualités morales des officiers de justice – et notamment la conscience de l'acte de juger – assurent une meilleure reddition de celle-ci. L'affirmation peut être contestable : les membres des institutions

---

lorsque, réunis ensemble, ils forment par leur concours ce grand corps de lumière qui réjouit la justice et qui fait trembler l'iniquité ». D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, op. cit., Tome I, p. 56.

<sup>1107</sup> Remontrance du parlement de Paris, 9 avril 1753 : « Les monarchies ne se soutiennent que, Sire, que par l'observation d'un ordre invariable dans l'administration de justice. Devenue par cet ordre prompt et facile à tous vos sujets, l'administration de la justice leur rend présente et tout à la fois intéressante pour eux cette majesté royale, si éloignée de leurs regards par l'élévation du trône. Les peuples voient alors le souverain descendre en quelque sorte au milieu d'eux pour être le défenseur des faibles, l'asile des opprimés, le soutien des indigents [...] ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 568-569.

<sup>1108</sup> Par exemple, les remontrances du Parlement de Paris du 30 décembre 1774 : « Le parlement, persuadé que le roi n'est nullement dans l'intention de faire un si grand tort aux principes, aux magistrats et à ses peuples, ose le supplier [au roi], qu'il ne soit rien fait qui puisse jeter aucun nuage sur un principe si précieux et respectable, qui est également fondé sur le droit naturel, sur le droit positif de l'état et sur l'intérêt qu'ont les rois mêmes à se conserver un ordre de personnes [...] spécialement chargées de leur faire connaître la vérité ». *Ibid.*, Tome III, p. 264 (nous soulignons). Voir principalement sur ce sujet : LEMAIRE, Elina, *Les doctrines parlementaires des Lumières et les institutions libérales. Contribution à une histoire du libéralisme français*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, p. 107-123. Voir également : STAHL, H., *Les conceptions des parlementaires provençaux...*, op. cit., p. 43-434.

<sup>1109</sup> Remontrance du 29 juin 1738. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 369-370. Les remontrances du parlement de Toulouse du 23 février 1738 avancent une argumentation similaire.

<sup>1110</sup> Voir *supra*, p. 191-198.

<sup>1111</sup> Remontrances du parlement de Paris, 9 avril 1753 : « Quelle peut être, Sire, l'administration de la justice lorsqu'elle est abandonnée à des juges arbitraires, qui ne doivent ce caractère qu'au choix affecté et à la sollicitation des parties à qui presque toujours les tribunaux de votre justice souveraines ne sont redoutables qu'à cause de leur intégrité ? ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 569.

contre lesquelles se dirigent les accusations prêtent eux aussi serment ; ils engagent tout autant leur conscience et leur honneur lorsqu'ils exercent une fonction judiciaire<sup>1112</sup>. Leurs origines sociales sont similaires – voire identiques –, les mœurs sont pratiquement les mêmes<sup>1113</sup>. Cependant, il faut comprendre le discours de la magistrature à la lumière de sa conception organique et statique de l'État : le jugement doit être revêtu des formes légales issues des « monuments historiques », car elles sont présumées moralement bonnes du fait de leur ancienneté.

## ii. *Le savoir des officiers de justice*

Les parlementaires font également valoir une qualité plus « objective » : le savoir ou l'expertise des officiers de justice. C'est en effet un *topos* depuis le XVI<sup>e</sup> siècle : la connaissance du droit est l'apanage de la magistrature car la formation des juges implique à la fois connaissance théorique et application pratique<sup>1114</sup>. La première est assimilée à la *science du droit* : elle s'étudie dans un *cursus* et peut être sanctionnée par un examen<sup>1115</sup>. La seconde relève de la fréquentation du palais : les officiers de justice doivent faire preuve de discernement, faculté qui s'acquiert par l'écoute des pairs plus expérimentés<sup>1116</sup>.

Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, Bernard de La Roche-Flavin évoque la « doctrine et capacité » des magistrats, donnant dans ses *Treize livres...* une longue réflexion sur les connaissances utiles aux officiers de justice. Cependant, ses idées reflètent une inflexion par rapport aux conceptions sociales de la magistrature du siècle précédent, comme le constate Caroline Delprat : « la naissance devient plus importante que la

---

<sup>1112</sup> Les membres du Conseil du roi – pour ce qui nous concerne du Conseil privé ou des parties – prêtent serment devant le Chancelier ; les magistrats du Grand Conseil devant leurs confrères. Ces derniers sont, de plus, officiers de justice. La teneur des serments est pratiquement la même pour tous.

<sup>1113</sup> Les travaux prosopographiques de François Bluche relatifs aux cours parisiennes sont, à ce sujet, incontournables : BLUCHE, François, *Les magistrats du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Economica, 1986 ; *ID.*, *Les magistrats du Grand Conseil au XVIII<sup>e</sup> siècle 1690-1791*, Paris, Annales Littéraires de l'Université de Besançon, 1966 ; *ID.*, *Les magistrats de la Cour des monnaies de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle 1715-1790*, Paris, Annales Littéraires de l'Université de Besançon, 1966.

<sup>1114</sup> Les discours des mercuriales, séances d'entrée de l'année judiciaire, rappellent sans cesse l'expertise et le zèle des magistrats des cours souveraines. Voir : TUFFERY-ANDRIEU, Jeanne-Marie, *La discipline des juges : les Mercuriales de Daguesseau*, Paris, LGDJ, 2007, particulièrement la treizième mercuriale intitulée *La science du Magistrat*. Voir également : JOLY, Aristide, « Les juges de Vaudois. Mercuriales du parlement de Provence au XVI<sup>e</sup> siècle d'après des documents inédits », *Bulletin historique et littéraire*, Société de l'Histoire du Protestantisme Français, Vol. 24, No. 10, 1866, p. 464-471 ; LACHAZE, Marcel, « Les "mercuriales" de d'Aguesseau », *Revue des Deux Mondes*, 15 juillet 1952, p. 273-286.

<sup>1115</sup> Voir *infra*, p. 286-288.

<sup>1116</sup> GARNOT, B., *Histoire des juges en France...*, *op. cit.*, p. 81 (exemple de Jean-Jacques Vidaud de La Tour, , procureur général à Grenoble) et p. 85-86.

connaissance »<sup>1117</sup>. Ce qui fait de la magistrature une « noblesse de savoir »<sup>1118</sup>, ou en mots de Montesquieu, un « métier de famille que [...] destine à chacun à son devoir, & rend les ordres de l'état plus permanents »<sup>1119</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le parlement de Paris évoque la *sagesse* et la *prudence* des magistrats, qualités nécessaires pour identifier les faits susceptibles d'être saisis par les formes judiciaires<sup>1120</sup>. Les connaissances théoriques et l'expérience que possèdent les officiers de justice – et notamment ceux des cours souveraines – apparaissent comme une garantie et cela à plusieurs titres : un contrôle de la transmission du savoir institutionnel<sup>1121</sup>, mais aussi une forme de modération du pouvoir central à l'égard des particuliers et des particularismes.

Les parlements de province développent davantage ce dernier aspect : le savoir des officiers de justice garantit la diversité issue des coutumes et de la jurisprudence des cours souveraines – lesquelles sont censées déclarer les « vrais droits » des sujets du roi. En ce sens, les remontrances s'attaquent par exemple aux nouveaux impôts car ils portent atteinte aux franchises et aux libertés anciennes des sujets dans leur

---

<sup>1117</sup> Ainsi, l'idéal de la « doctrine et capacité » s'incarne dans la figure du « bel héritier », plutôt que dans celle de l'élève brillant à l'université. Le milieu familial, que suppose un entourage enclin à l'apprentissage de l'office, compte plus que la formation formelle. DELPRAT, Caroline, « Magistrat idéal, magistrat ordinaire selon La Roche-Flavin : les écarts entre un idéal et des attitudes », *Les parlements de province...*, *op. cit.*, p. 713. Voir également : *ID.*, « Savoirs et déboires d'un juriste, Bernard de La Roche-Flavin (1552-1627) », *HES*, 19<sup>e</sup> année, N. 2, 2000, p. 163-184.

<sup>1118</sup> L'expression est de GARNOT, B., *Histoire des juges en France...*, p. 88. L'on trouve un exemple de cette idée de noblesse de savoir dans les remontrances du parlement de Paris du 31 août 1722, lesquelles fustigent les taxes à la charge des officiers : « Nous osons dire à V. M. qu'il est plus que jamais à craindre que les lettres, le savoir et peut-être la vertu diminuent et dégèrent dans cet état. Les fréquentes créations d'offices et les taxes sur les officiers sont une des sources de ce péril trop éminent; ceux de justice y ont été plus exposés que les autres; ceux des provinces souvent prêts à être tirés de leurs propres sièges pour être contraints par des personnes viles au paiement des sommes qui épuisaient la substance des uns pour enrichir les autres n'ont pu élever leurs enfants dans les connaissances, la règle et les bienséances nécessaires », FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 160. D'Aguesseau, pour sa part, enjoint les magistrats dans sa mercuriale de 1704 à maintenir ce savoir : « Instruisez-vous, Juges de la Terre. Ne comptez ni sur cet esprit qui vous éblouit, ni même sur ce zèle qui vous anime. En vain vous aimerez la Justice, si vous ne vous appliquez pas à la connaître ». D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome I, p. 128.

<sup>1119</sup> MONTESQUIEU, *EL*, Livre V, Chapitre XIX.

<sup>1120</sup> Remontrances du parlement de Paris du 10 juillet 1770 : « C'est à la sagesse et à la prudence des tribunaux qu'il appartient de distinguer les faits qui ne méritent pas d'être suivis et de les écarter, pour ne s'attacher qu'à ceux qu'il est important d'approfondir [...] ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 129.

<sup>1121</sup> Par exemple, lorsque le parlement de Paris s'érige en inspecteur de l'Université de Paris : « Les maîtres, qui enseignent sous nos yeux, nous sont comptables de leur conduite ; instruits de nos maximes ils les transmettent à leurs disciples, ils les prémunissent dès l'enfance contre les impressions étrangères ; en formant leur esprit et leur raison, ils forment des cœurs français et en leur inspirant ce qu'ils doivent à Dieu, ils leur inspirent des sentiments de respect et d'obéissance pour celui qui est son image vivante sur la terre ; ainsi se forment dans cet âge tendre les liens de cette fidélité inviolable qui fait le plus solide fondement de la puissance des rois, du bonheur, de la félicité des peuples », remontrances du 12 avril 1739. *Ibid.*, Tome I, 375.

province, comme c'est le cas du parlement de Rennes<sup>1122</sup> ou d'Aix<sup>1123</sup> (pour donner les exemples des pays d'états). En outre, la connaissance des coutumes et des styles propres aux ressorts coutumiers et parlementaires est également l'apanage des officiers de justice dans chaque territoire concerné. Il va de soi, aux yeux des magistrats, que leur savoir juridique reflète véritablement les libertés des sujets de leur province<sup>1124</sup>.

Le pluralisme des sources sur les territoires est une réalité que les parlementaires défendent farouchement, accusant les instances centrales – le Conseil du roi et le Grand Conseil essentiellement – d'ignorer la diversité. Pourtant, cette attaque est pour le moins maladroite. Le savoir des magistrats du Grand Conseil et des maîtres des requêtes du Conseil du roi est avéré : pour la plupart, il s'agit d'éminents juristes dont toute la carrière est réalisée essentiellement dans la magistrature et qui rejoignent par la suite les charges les plus proches du roi.

Le « discours du Palais » façonne une idée séculaire : le savoir des officiers de justice « tend à la Sagesse » et à la justice « par la Vérité »<sup>1125</sup>. Toutefois, il exige une liberté au préalable : l'inamovibilité des officiers qui préfigure l'indépendance du pouvoir judiciaire.

---

<sup>1122</sup> « Reprocherait-on, Sire, à votre Parlement la forme de ses Arrêtés, parce qu'insérés à la suite de l'enregistrement, ils ont été envoyés dans les Baillages de la Province ? Serait-il nécessaire de se justifier d'un pareil reproche, & n'y voit-on pas l'envie la plus décidée de trouver des crimes dans les formes usitées, & qui ont passé sous les yeux de Votre Majesté sans en être désapprouvées ? Quel inconvénient, Sire, y a-t-il, en effet, que vos Peuples sachent que votre Parlement, médiateur entre le souverain et les Sujets, sollicite en leur faveur des soulagement aux maux qui les accablent, & le rétablissement de franchises & libertés qui leur sont si chères ? L'espoir des soulagements les encourage, & celui de rentrer dans leurs anciens droits les rend capables des plus grands efforts d'amour, de zèle & de reconnaissance pour leur Roi », *Très-humbles et très respectueuses remontrances du parlement séant à Rennes, au Roi, au sujet des atteintes portées aux droits, franchises & immunités de la Bretagne...*, 11 août 1764, s.n.l., p. 39.

<sup>1123</sup> Le parlement de Rennes affirme dans les remontrances du 11 août 1764 qu'il est le gardien des « franchises et libertés de la province », et que « c'est leur conservation qui, dans un État monarchique, fait la sûreté du monarque et de ses sujets ». Cité par : LE MOY, Arthur, *Remontrances du parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Honoré Champion, 1909, p. 86-87. Concernant le parlement d'Aix, De Coriolis évoque les remontrances du 5 novembre 1756 qui affirment que le consentement à l'impôt est « la partie la plus essentielle du droit public de ce Pays, puisqu'elle est l'abrégé de sa constitution [...] ». DE CORIOLIS, Gaspard-Honoré, *Traité sur l'administration du Comté de Provence*, Tome I, Aix, Vve. Adibert, 1786, p. 75. Cependant, Paul-Albert Robert, Monique Cubells et plus récemment Hugo Stahl nuancent l'efficacité de l'argumentation parlementaire tirée de l'idée d'une constitution de la province.

<sup>1124</sup> Remontrances du parlement de Paris, 9 avril 1753 : « A quelle condition se trouvent réduits [...], vos fidèles sujets si l'importance de leurs intérêts les force de s'abandonner à la poursuite longue, pénible et effrayante de droits légitimes, *mais confiées à la décision de juges, qui, soit par la multitude de leurs occupations soit par la diversité des maximes et des usages, sont moins en état de balancer exactement les droits des parties avec les lois qui doivent les décider* ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 569 (nous soulignons).

<sup>1125</sup> Ce sont les mots de conclusion de d'Aguesseau dans sa mercuriale de 1704. D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome I, p. 128.

iii. *L'inamovibilité des officiers, gage de la « liberté légitime » des sujets*

L'inamovibilité des officiers de justice, étroitement liée à la liberté dans la prise de décisions, apparaît également comme garantie pour les justiciables. Déjà à l'époque de la Fronde, le parlement de Paris remémore les ordonnances du XVI<sup>e</sup> siècle et impose certains dispositifs de protection. Le discours parlementaire argue essentiellement que l'inamovibilité permet une liberté « de délibération » ou « de suffrages »<sup>1126</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, tout comme aux siècles précédents, les parlementaires insistent sur l'importance de cette liberté qui leur appartient : ils ont « l'honneur d'être officiers [...] pour délibérer en toute liberté sur les affaires qui se présentent [...] suivant le mouvement de [leurs] consciences » ; ils prétendent avec cette liberté « faire parvenir la vérité jusqu'au trône »<sup>1127</sup>. La liberté de délibération conjuguée avec les qualités morales des officiers de justice (l'honneur et la conscience) entraîne des lourdes conséquences, notamment à l'occasion de moments de tension avec la royauté. Pour le parlement de Paris, pendant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'atteinte à la liberté de délibération justifie la cessation d'activités de la compagnie ou l'abdication de l'office<sup>1128</sup>. Si les raisons avancées sont principalement d'ordre institutionnel ; il n'en demeure pas moins vrai que les qualités personnelles des juges ordinaires – dont la conscience, l'honneur et le désintéressement<sup>1129</sup> – se manifestent en toute liberté lors des délibérations, et qu'elles sont indispensables pour protéger les « droits essentiels des sujets »<sup>1130</sup>.

<sup>1126</sup> Voir notre étude à paraître : HERNANDEZ VELEZ, Juan, « La délibération dans la monarchie française, ou "les canaux par où coule la puissance" », *Actes du Colloque La puissance, organisé par l'Association Montpelliéraine des Jeunes Historiens du Droit le 25-26 juin 2019* (article à paraître).

<sup>1127</sup> Remontrance du parlement de Paris, 20 août 1718. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 117. Le parlement de Rennes s'imisce quelques jours après, affirmant qu'« Il n'y a pas un siècle que tous les bons Français étaient persuadés que la liberté des officiers du Parlement et la régularité de leurs procédures n'avaient guère moins contribué que la valeur de la nation à la splendeur de cette monarchie [...] », Remontrance du 3 septembre 1718, citées par : LE MOY, A., *Remontrances du parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, op. cit., p. 12. L'idée est également avancée par le parlement de Toulouse le 9 août 1760 : « Ce n'est point à des hommes dominés par leur intérêt particulier, à parler sur les véritables intérêts de l'État & du Prince : Non, Sire, n'attendez la vérité que de la bouche de votre Parlement ». Quelques pages après, le parlement évoqué la liberté des suffrages ou de délibération, et conclut qu'« elles [les *classes* du parlement] tendent toutes au même but, au maintien de votre autorité Royale & du bonheur de vos Sujets », *Remontrances du parlement de Toulouse au Roi au sujet de ce qui s'est passé au Parlement séant à Besançon*, [s.l.n.], p. 11 et 20.

<sup>1128</sup> En 1751, la chambre des enquêtes du parlement de Paris affirme que « la défense de délibérer étant une interdiction de toutes fonctions, elle ne peut et n'entend continuer aucun service » (*ibid.*, Tome I, p. 480). En 1765, les remontrances avancent que la démission est « une protestation [...] ; un monument de contrainte et toute à la fois de réclamation » (*ibid.*, Tome II, p. 524). En janvier 1771, le parlement reprend l'argument : « Si les magistrats se trouvaient privés de cette liberté légitime qui est de l'essence de toute délibération, [...] par des ordres et des menaces capables d'ébranler les cœurs les plus généreux, [...] il est évident qu'ils pourraient cesser leurs fonctions ou même se réunir pour abdiquer leur état » (*ibid.*, Tome III, p. 724-725).

<sup>1129</sup> Voir sur ce sujet les remarques critiques relatives au parlement d'Aix de STAHL, H., *Les conceptions des parlementaires provençaux...*, op. cit., p. 412-416.

<sup>1130</sup> Ce faisant, le parlement de Paris n'entend pas porter atteinte aux lois enregistrées en présence du roi ou de son exprès commandement ; il supplie juste au roi de ne pas l'exiger de « coopérer [...] à l'exécution de ce qu'ils croiraient contraire à la

Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, dans la droite ligne de Montesquieu, le discours parlementaire martèle que l'autonomie des officiers de justice constitue une garantie pour les justiciables<sup>1131</sup>. Le parlement de Franche-Comté, par exemple, considère que si les juges « pouvaient être choisis ou donnés, s'ils étaient susceptibles de crainte ou d'intérêt, si leurs jugements pouvaient être inspirés, les droits les plus légitimes des citoyens combattraient en vain le crédit, la faveur ou l'autorité »<sup>1132</sup>. Les remontrances de la Cours des aides de Paris du 31 août 1770 relatives à l'enlèvement de deux magistrats du parlement de Bretagne énoncent clairement le rapport de l'inamovibilité avec les droits des sujets. Il ne s'agit pas d'« une prérogative attachée à la dignité d'un Office », mais d'un « droit aussi intéressant pour la Nation » : « Quelle serait – se demande le premier président de la Cour, Malesherbes – la sûreté des Citoyens, si les Magistrats qui dépendent, leur fortune, leurs honneurs & leur vie, avoient à craindre sans cesse le ressentiment des dépositaires de l'autorité arbitraire ? »<sup>1133</sup>. Le parlement de Paris en fait de même, s'interrogeant pour savoir si « un enlèvement de ce genre [...], ne donne-t-il pas aux sujets [...] de trop justes raisons de craindre qu'on ne veuille réduire à une impuissance totale les lois qui veillent à leur sûreté, à la conservation de leur liberté, de leur vie et de leur honneur ? »<sup>1134</sup>. Quelques mois plus tard, lors du lit de justice du 13 avril 1771, l'avocat Servan rappelle à la faveur des officiers de justice, que « la stabilité seule des magistrats peut leur assurer cette liberté d'âme des délibérations et garantir la sûreté des droits respectifs du souverain et de son peuple »<sup>1135</sup>.

En somme, le discours de la magistrature met en avant les qualités intrinsèques du corps des officiers de justice. Il s'agit d'un argument ontologique : la vérité de la

---

constitution de l'État, aux droits essentiels des sujets [...] », FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 262-263. En 1788, le parlement de Paris rattache les aspects procéduraux d'une séance royale aux droits des sujets : « Cette auguste séance qui devait, en rapprochant la vérité du Trône, préparer les moyens de raffermir à jamais dans le Royaume la liberté par la raison et le crédit par la liberté, ne ferait au contraire qu'y produire la défiance avec la servitude, s'il suffisait d'un acte du pouvoir absolu pour effacer les principes essentiels, les preuves historiques et les lois positives sur lesquelles reposent depuis treize cent ans les droits de vos sujets », *ibid.*, p. 722.

<sup>1131</sup> Nous préférons le mot d'« autonomie » à celui d'« indépendance ». Ce dernier mot à une connotation péjorative chez la magistrature d'Ancien Régime ; sauf quand il s'agit de parler d'indépendance de la couronne à l'égard des puissances extérieures. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>1132</sup> Remontrances du 21 août 1769, citées par : PROST, François, *Les remontrances du Parlement de Franche-Comté au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Droit, Université de Lyon, 1936, p. 94.

<sup>1133</sup> *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France en matière d'impôts ou recueil de ce qui s'est passé de plus intéressant à la Cour des aides depuis 1756 jusqu'au mois de juin 1775*, Bruxelles, [s.n.], 1779, p. 533. Les études de Julian Swann sur les aspects de la psychologie sociale de la magistrature lors de ce conflit montrent leur désarroi face à un roi que certains d'entre eux considéraient faible ou négligent à l'égard des affaires publiques. SWANN, J., « Un monarque qui veut "régner par les lois"... », *op. cit.*, p. 45-46 ; *ID.*, « Disgrace without Dishonour : the Internal Exile of French Magistrates in the Eighteenth Century », *Past & Present*, Oxford University Press, No. 195, May 2007, p. 87-126.

<sup>1134</sup> Remontrances du 31 août 1770. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 149-150.

<sup>1135</sup> *Ibid.*, Tome III, p. 197.

justice ne peut que revêtir les formes et les procédures que les officiers de justice appliquent selon les lois que l'histoire a dépurées. Voilà pourquoi les parlementaires avancent que les décisions résultant des procédures ordinaires sont plus légitimes et plus stables.

### ***B. La sécurité juridique des décisions de la justice ordinaire***

De même que les officiers en leur qualité de personne publique constituent un gage d'aptitude de la justice ordinaire, leurs décisions bénéficient d'une stabilité plus importante que celle des autres décisions prises par les agents du pouvoir public. Bodin explique cette idée à travers le cas hypothétique d'un officier commis d'une tâche dont il est déjà chargé en tant qu'officier. Pour l'auteur, il faut présumer que l'officier se saisisse de l'acte « afin qu'il soit plus ferme & plus stable »<sup>1136</sup>. Les décisions des officiers de justice sont supposées refléter une certaine stabilité en vertu de la maxime *res iudicata pro veritate habetur*<sup>1137</sup>, laquelle revêt une présomption de vérité. Le discours des parlementaires met en avant cette présomption, revendiquant la stabilité et la légitimité de leurs propres décisions.

Sur le plan dogmatique, la sécurité de la décision est corrélée à la rigueur dont les officiers de justice font preuve. La qualité de la décision découle des qualités morales de l'officier de justice. Elle est d'abord le résultat de l'application rigoureuse de la « vraie » loi, lorsque celle-ci est claire. Ensuite, les officiers ont l'honneur – par les lois mêmes et par leur engagement devant Dieu et le roi – de « compléter » ou d'« arriver au secours » de la loi. D'Aguesseau l'exprime ainsi, concernant les peines : la loi « fait l'honneur au magistrat de remettre entre ses mains ce discernement si difficile, [mais] c'est à sagesse qu'elle le confie, et non pas à son caprice ». Le magistrat doit rechercher le « salut du peuple », lequel est une « loi suprême qui lui doit servir de règle lorsque la loi positive l'abandonne »<sup>1138</sup>.

---

<sup>1136</sup> BODIN, J., *Les six livres de la République...*, *op. cit.*, p. 379.

<sup>1137</sup> « La chose jugée est tenue pour vérité ». Voir les études historiques de : HANARD, Gilbert, « *Res iudicata pro veritate habetur* : la naissance d'un concept » ; et GAURIER, Dominique, « La chose jugée dans l'ancien droit français : Le Code civil, héritier des juristes de l'Ancien Régime » dans : *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, Facultés Universitaires Saint Louis Bruxelles, 1995, p. 15-28 et p. 29-45 respectivement.

<sup>1138</sup> D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome I, p. 139. En ce sens, les remontrances du parlement de Paris du 7 avril 1781 illustrent la rigueur liée à la conservation de l'ordre social. Lorsqu'il s'agit des peines pour crime de faux, le parlement de Paris s'oppose à leur commutation, car « tous les genres de faux attaquent également la société, mettent en péril la fortune et l'honneur de tous les citoyens et votre parlement supplie très humblement V. M. de considérer que plus il est difficile aux ministres de la Justice d'acquiescer en ce genre de crime le degré de conviction contre les coupables, plus il est

Pour la magistrature ancienne, la sécurité des décisions comporte trois éléments : premièrement, l'interdiction de modifier la décision par un autre organe sur la base du principe de la chose jugée. En ce sens, le dispositif de la cassation est interprété de manière très restrictive<sup>1139</sup>. Ce souci de la justice d'assurer la pérennité des décisions des juridictions ordinaires dans l'opinion publique se concrétise, par exemple, dans la suppression de libelles affirmant le pouvoir de cassation du Conseil du roi. En l'espèce, le 9 mars 1767, le parlement de Paris ordonne la suppression d'un imprimé intitulé *Second mémoire pour la dame Popelinière* au motif qu'il contient « des assertions [...] capables de jeter des inquiétudes dans l'esprit des sujets du Roi, desquels la vie, l'honneur et la fortune reposent sur la stabilité des arrêts des cours »<sup>1140</sup>. Deuxièmement, les parlementaires exigent que les décisions prises lors d'un litige entre particuliers soient revêtues des formes judiciaires ; l'interprétation restrictive des évocations en matière civile en est l'exemple<sup>1141</sup>. Troisièmement, ils demandent que les formes judiciaires ordinaires soient appliquées dans les affaires pouvant concerner l'ordre public du royaume – principalement les criminelles, mais pas seulement. C'est également le cas lorsque le parlement de Paris remontre au roi le 1<sup>er</sup> juin 1725 la cassation du rapport fait par une commission du parlement sur la *Collection des Conciles* du jésuite Hardouin<sup>1142</sup>. Pour les parlementaires, le rapport donne « un avis raisonné et détaillé qui suit l'auteur dans tous ses égarements », les examinateurs ont engagé leur responsabilité « envers son parlement, et envers le public » par leur signature, il s'appuie en plus du « suffrage des premiers magistrats de votre parlement », il est enfin « soutenu de l'autorité des arrêts définitifs qui l'ont rendu irrévocable »<sup>1143</sup>. S'il ne s'agit pas d'un arrêt de la cour *stricto sensu*, le parlement lui accorde l'autorité de ses décisions judiciaires.

La sécurité peut être entendue sous un autre angle, qui dépasse le cadre strict de la définition de la *chose jugée* dans son aspect purement juridique : la pérennité de la justice de la décision. Elle est en rapport avec ce qu'Elina Lemaire qualifie de

---

important que ceux qui en sont convaincus subissent toute la rigueur de la peine imposée par la loi ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome III, p. 476.

<sup>1139</sup> Voir *supra*, p. 220-226.

<sup>1140</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 713.

<sup>1141</sup> Voir *supra*, p. 191-198.

<sup>1142</sup> Le rapport de la commission et l'arrêt de cassation sont dans : *Avis des censeurs, nommés par la Cour du Parlement de Paris, pour l'Examen de la nouvelle Collection des Conciles faite par les soins du Père JEAN HARDOUIN Jésuite ; avec les Arrêts du Parlement qui autorisent ledit Avis ; & l'Arrêt du Conseil qui en a empêché la publication*, Autrecht, Le Febvre, 1730.

<sup>1143</sup> En contraste, les parlementaires dénoncent le nouvel avis des nouveaux examinateurs « dont on ne connaît ni le nom, ni le nombre, ni la qualité, qui ne se sont rendus garants de rien par aucune signature [...] ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 199-200.

« fonction normative de l’histoire » chez les parlementaires<sup>1144</sup>. En effet, la valeur d’une décision de justice ordinaire peut certes être l’objet des critiques doctrinales, mais elle ne sera jamais désavouée par le souverain ou l’histoire. Inversement, les décisions judiciaires prises par des commissions ou sans les formes « ordinaires » sont historiquement perçus comme des injustices<sup>1145</sup> :

« Parmi les exemples de ce genre qui se rencontrent dans l’histoire, tous les accusés n’étaient peut-être pas entièrement irréprochables ; mais la Nation les a jugés tels, parce qu’ils ont été dérobés aux regards de la justice. Les historiens, organes de l’opinion publique, les peignent comme les victimes des passions et tous se fondent sur ce qu’on s’est écarté des règles pour les condamner. Pourquoi, disent-ils, s’ils étaient coupables, ne pas les laisser à leurs juges naturels ? V. M. ne voudra pas sans doute qu’on puisse comparer un jugement qui paraît rendu par Elle-même avec ces exemples funestes désavoués presque tous par les souverains qu’on avait surpris, ou réparés par leurs successeurs. »<sup>1146</sup>

Les parlementaires illustrent cette idée à travers plusieurs exemples : l’évocation du procès du prince de Condé au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1147</sup> ; le jugement du duc de la Valette au siècle suivant<sup>1148</sup>, le duc d’Aiguillon dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1149</sup>, les procès politiques du Moyen Âge évoqués par Etienne Pasquier<sup>1150</sup>. C’est en ce sens que le parlement de Paris implore le roi d’éviter un jugement par commissaires dans l’affaire des magistrats du parlement de Bretagne tout au long des années 1760. Selon lui, peu importe le sens de la décision de la commission, elle « sera un sujet toujours subsistant des plus persévérantes et des plus fortes réclamations »<sup>1151</sup>.

---

<sup>1144</sup> « Le droit, progressivement forgé par le passage du temps – reflet, dans le monde sublunaire, de l’ordre céleste – était à leurs yeux nécessairement bon et juste. L’invention d’une volonté humaine pour la modifier ne pouvait, dans ces circonstances, qu’emporter des résultats funestes : l’innovation, inexorablement illégitime, ne pouvait être qu’une *perversion* », LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 124 (souligné dans le texte).

<sup>1145</sup> « Les historiens français, par un commun accord, les ont toujours peintes des couleurs les plus odieuses [et] réfléchissent toujours sur les instigateurs et les instruments de ces maux quand la postérité a pu les connaître », remontrance du parlement de Paris, 20 mars 1768. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 865.

<sup>1146</sup> Remontrances du parlement de Paris, 8 mai 1768. *Ibid.*, Tome II, p. 934.

<sup>1147</sup> Remontrances du parlement de Paris, 9 avril 1753. *Ibid.*, Tome II, p. 585-586.

<sup>1148</sup> Voir *supra*, note de bas de page n° 1043-1045.

<sup>1149</sup> Remontrances du parlement de Paris, 10 juillet 1770, *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 135-136.

<sup>1150</sup> Voir *supra*, note de bas de page n° 871.

<sup>1151</sup> « En effet, Sire, si cette procédure venait à être terminée par des condamnations positives et par des inculpations vagues, les voies de droit resteraient toujours ouvertes à la réclamation des accusés, de leurs familles ou même des lois seules, pour les en laver; si elle était terminée par une absolution émanée des juges incompetents et, par conséquent, insuffisante, quand même les parties intéressées oublieraient assez le soin de leur état et de leur honneur pour s’en contenter, à leur défaut, les règles de l’ordre public, les lois et leurs dépositaires feront valoir des intérêts liés à l’intérêt commun », Remontrances 5-8 décembre 1766. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 677.

En ce sens, les lettres d'abolition sont aussi l'objet de critiques de la magistrature, comme dans les remontrances du parlement de Paris du 9 mai 1770. En effet, si pour les parlementaires elles sont perçues comme un acte de clémence susceptible de donner une amnistie « où l'honneur des accusés n'était pas compromis » ; elles ne sauraient être utiles pour décider d'une affaire criminelle, « dont la seule suspicion serait flétrissante pour l'honneur ». Le seul moyen d'y parvenir, c'est un jugement d'absolution, car « l'honneur ne se rétablit point par voie d'autorité, parce qu'on ne commande point à l'opinion publique »<sup>1152</sup>. L'apparition de la notion d'opinion publique chez les magistrats montre qu'il existe une sorte de tribunal destiné à juger l'exercice du pouvoir, dépassant ainsi le corps politique du roi<sup>1153</sup>. De l'usage de cette notion, qui est concomitante à l'usage de celle de nation, découle l'idée que les sources légales de la procédure peuvent être opposées au pouvoir absolu<sup>1154</sup>. Même en supposant que la volonté du roi s'impose dans l'agencement des institutions monarchiques, le résultat donné – principalement la décision sur un litige civile ou criminelle – ne bénéficie pas les caractéristiques que la « vraie » loi exige. De surcroît, l'opinion publique ne lui accorde pas non plus le caractère de vérité<sup>1155</sup>.

Le discours de la magistrature énonce une certitude : « l'erreur et la vérité ont cela en commun, que, tôt ou tard, elles se découvrent infailliblement »<sup>1156</sup>. Voilà pourquoi, les troubles « doivent être jugés par les voies et les juges ordinaires »<sup>1157</sup>. Le caractère objectif de leurs décisions résulte bien évidemment de cette certitude gnoséologique, voire eschatologique. Mais l'honneur, étant aussi subjectif, requiert que

---

<sup>1152</sup> *Ibid.*, Tome III, p. 117-118. Voir également les remontrances du 28 mars 1784, *ibid.*, Tome III, p. 543-544.

<sup>1153</sup> La bibliographie est volumineuse. À titre indicatif, les ouvrages relatifs au XVIII<sup>e</sup> siècle français : BAKER, Keith Michael, « Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 42<sup>e</sup> année, N° 1, 1987, p. 41-71 ; BELL, David A., « The Public Sphere in the State, and the World of Law in Eighteenth Century France », *FHS*, Duke University press, Vol. 17, No. 4, 1992, p. 912-934 ; BRANCOURT, Jean-Pierre, « Reine du monde ou gourmandine, l'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Vu de Haut*, Institut Universitaire Saint Pie X, 1984, n° 2, p. 19-38 ; CARRE, Henri, *La noblesse de France et l'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, H. Champion, 1920 ; CHARTIER, Roger, « Opinion publique », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Lucien Bély (dir.), Paris, Quadrige/PUF, 2015, p. 929-930 ; FARGE, Arlette, *Dire et mal dire, l'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Seuil, 1992 ; MAZA, Sarah, « Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 42<sup>e</sup> année, N° 1, 1987, p. 73-90 ; OURLIAC, Paul, « L'opinion publique en France du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Etudes de droit et d'histoire*, Paris, Picard, 1980, p. 137-155 ; OZOUF, Mona, « Le concept d'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Sociologie de la communication*, volume 1, n° 1, 1997, p. 349-365 ; REYNIE, Dominique, *Le triomphe de l'opinion publique, l'espace public français du XVI<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Odile Jacob, 1998.

<sup>1154</sup> « Jusqu'à la pré-Révolution, les juges utilisent au maximum de leurs possibilités les conséquences d'une opinion publique par nature évaporable et sont très perméables aux quelques discours politiques reconnaissant à ce tribunal fictif, le pouvoir de peser sur les décisions royales ». SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 365 et ss.

<sup>1155</sup> À la fin de l'Ancien Régime, le parlement de Paris affirme de manière catégorique que les Souverains « doivent respecter l'opinion publique, parce que rarement les hommes rassemblés donnent ou reçoivent une impression contraire à la vérité ». Remontrances du 6 août 1787. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 668.

<sup>1156</sup> Remontrance du parlement de Paris, 4 septembre 1783. *Ibid.*, Tome III, p. 513.

<sup>1157</sup> *Ibid.*, Tome III, p. 513.

les justiciables parviennent à une certitude individuelle ; les parlementaires développent également cette idée.

## **§2. La certitude subjective du respect des formes**

Selon la définition du *Dictionnaire universel raisonné de justice naturelle et civile* de Fortuné-Barthélemy de Félice, le second sens de la certitude est subjectif<sup>1158</sup>. Dans l'*Encyclopédie*, la notion *certitude* est à distinguer de celle d'*évidence* parce que « l'esprit ne peut embrasser toutes [les propositions évidentes] à la fois, & qu'il est obligé d'envisager & de détailler successivement »<sup>1159</sup>. Les robins assimilent la succession d'évidences à l'enchaînement des formes judiciaires qu'ils défendent car cela permet d'arriver à la certitude d'un jugement juste<sup>1160</sup>. Le discours de la magistrature estime que ce type de certitude est garante de l'honneur des sujets et qu'elle est l'apanage des officiers de justice ordinaires : dans les cas privilégiés, au sommet de la hiérarchie sociale, elle se concrétise avec le jugement des pairs (A) ; dans les cas non privilégiés, les formes ordinaires de la justice assurent la certitude et sauvent l'honneur du justiciable (B).

### **A. L'honneur sauvé par le jugement des pairs**

Sous l'Ancien Régime, les formes ordinaires de la justice varient en fonction de la position des sujets dans la hiérarchie sociale. Ainsi, la conception et l'importance de l'honneur change selon les ordres et les rangs<sup>1161</sup>. La magistrature ancienne adhère à cette organisation hiérarchisée séculaire<sup>1162</sup>. Le parlement de Paris l'illustre dans ses remontrances du 27 novembre 1755, en faisant un récapitulatif historique des formes

---

<sup>1158</sup> La certitude est « une qualité [dans la proposition] par laquelle elle détermine l'esprit qui la connaît à la regarder comme vraie, & à adhérer à ce qu'elle exprime sans crainte de prendre le faux pour le vrai ». FELICE, Fortuné-Barthélemy de, *Dictionnaire universel raisonné de justice naturelle et civile*, Tome II, Yverdon, Imprimerie de Félice, 1777, p. 580.

<sup>1159</sup> *Verbo* « certitude », voir : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v2-4315-0/>

<sup>1160</sup> L'*Encyclopédie* présente d'ailleurs certains de ses arguments à travers les exemples tirés des hypothèses judiciaires : « la certitude morale, est celle qui est fondée sur l'évidence morale : telle est celle qu'une personne a du gain ou de la perte de son procès, quand son Procureur ou ses amis le lui mandent, ou qu'on lui envoie copie du jugement ; parce qu'il est moralement impossible que tant de personnes se réunissent pour en tromper une autre à qui elles prennent intérêt, quoique cela ne soit pas rigoureusement à absolument impossible », <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v2-4315-0/>

<sup>1161</sup> Sur ce point, deux ouvrages récents : COSANDEY, Fanny, *Le rang : préséances et hiérarchies dans la France d'Ancien Régime*, Paris, Gallimard, 2006 ; et l'ouvrage de Raphael Fournier précité.

<sup>1162</sup> Comme le relève Raphaël Fournier, la pensée dionysienne est présente dans le discours de la magistrature depuis le XVII<sup>e</sup> siècle. L'œuvre de Bernard de la Roche-Flavin en est la preuve : FOURNIER, R., *De la hiérarchie à la souveraineté...*, *op. cit.*, p. 326-327.

de la pairie en trois temps : un premier moment dans lequel le rang et les dignités étaient personnels, car ils dépendaient des « titres acquis par les armes [...] qui puissent déterminer entre les Francs ou l'égalité ou la supériorité »<sup>1163</sup>. Un deuxième moment qui attachait le rang et les dignités à un critère à la fois personnel et réel – le fief –, car « les distinctions militaires furent attachés aux terres mêmes »<sup>1164</sup>. Enfin, un troisième moment dans lequel commencent à se distinguer « trois ordres différents de dignité entre les citoyens [...]. Le culte de la religion, le service des armes, et l'administration de la justice formèrent trois classes parallèles »<sup>1165</sup>. Cette distinction justifie plus tard l'idée d'une supériorité fonctionnelle d'un ordre à l'égard des autres ordres. De même, elle permet à la magistrature d'entériner l'idée de la protection de l'honneur par les pairs, car « les membres du tribunal supérieur ne pourraient être jugés par le tribunal inférieur [...] : *Major a minore non potest judicari* »<sup>1166</sup>. Le fond idéologique comporte deux éléments : d'une part, la reconstruction historique de Le Paige, qui avance la concomitance des institutions aux origines de la monarchie<sup>1167</sup> ; d'autre part, l'idée de certitude subjective de Montesquieu, selon laquelle « les juges [doivent être] de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence »<sup>1168</sup>.

Les parlementaires affirment que le jugement par les pairs constitue une garantie pour les officiers de justice qui se retrouvent accusés d'avoir porté atteinte à la dignité de leur office, qu'il s'agisse de l'honneur personnel du magistrat ou de celui de l'institution<sup>1169</sup>. Ce jugement est lié à l'inamovibilité des officiers que les juges ne cessent de revendiquer, mais comporte aussi un aspect psychologique : les juges, par leur *dignité* mais aussi par leur *office*, ne peuvent être jugés que par leurs pairs. L'« honneur et la dignité » des magistrats demeurent indemnes uniquement dans le cas de forfaiture jugées « conformément aux lois et ordonnances du Royaume »<sup>1170</sup>. En l'espèce, il s'agit de l'édit du 21 octobre de 1467 qui évoque le « juge compétent » sans

---

<sup>1163</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 59.

<sup>1164</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 59-60.

<sup>1165</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 60.

<sup>1166</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 61.

<sup>1167</sup> Pour ce qui concerne les arguments sur la pairie sous la première race : *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du parlement...*, *op. cit.*, p. 104, 110, 120-121. Voir l'analyse de : MAIRE, C., « Louis-Adrien Le Paige entre Saint-Simon et Montesquieu », *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>1168</sup> *EL*, Livre XI, Chapitre VI. Voir aussi : LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 293-294.

<sup>1169</sup> Remontrance du parlement de Paris, 8 décembre 1766 : « Si le magistrat espère de ses égaux la protection qu'ils doivent à l'innocence, il craint aussi, avec juste raison, une punition éclatante si par le crime il a souillé la magistrature, et le tribunal devient alors le vengeur de sa propre injure », FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 670.

<sup>1170</sup> Arrêt du parlement de Paris, 19 mars 1766. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 563.

donner plus de précision. Bien évidemment, les magistrats défendent le caractère naturel de leur juridiction en cas de jugement de leurs confrères à travers l'idée d'un jugement par les pairs<sup>1171</sup>. Les remontrances soulignent ce point lors des accusations de désobéissance des magistrats, alors que ceux-ci justifient le refus d'enregistrement d'un acte par leur conscience. Ainsi, ils ont la certitude que leurs confrères rendront un jugement conforme aux ressort internes de leur propre conscience : « ils n'ont pas craint, pour servir à l'État et le Prince, de s'exposer à la calomnie de ceux dont ils ont eu à en dévoiler les projets, les intrigues et les erreurs »<sup>1172</sup>. Au contraire, une commission chargée de l'accusation de désobéissance à un ordre les laisserait démunis, surtout si elle est choisie par celui qui commande<sup>1173</sup>.

Les parlementaires évoquent également la sauvegarde de l'honneur par les pairs lorsqu'il s'agit du jugement des « Grands » du royaume<sup>1174</sup>. L'honneur de ces derniers doit être protégé avec soin, car au regard de leur *dignité*, ils sont les sujets du roi les plus importants de l'organisation sociale, des ordres et des rangs de la monarchie. Les remontrances du parlement de Paris du 1<sup>er</sup> mars 1721 concernant le procès du Duc de la Force l'expriment ainsi : « la naissance la plus illustre [...] ; la fidélité la plus exacte peut être soupçonnée [...], et l'intérêt qu'on a de venger ces soupçons et de réparer

---

<sup>1171</sup> Ce n'est pas un argument qu'on trouve seulement chez les cours souveraines. Daniel Jousse, président d'Orléans, affirme également que ces procès doivent se faire à l'intérieur du tribunal : « Les Ordonnances veulent que les Présidents des Cours de Parlement, avec deux Conseillers de chaque Chambre, s'informent avec soin de ceux de ladite Cour, soit Présidents, Conseillers ou autres qui auront contrevenu aux Ordonnances, en désobéissant au Roi, ou à la Cour, ou aux Président [...] ; qu'ils en fassent le rapport aux Juges ainsi assemblés, pour en délibérer entr'eux, & procéder ensuite, toutes les Chambres assemblées, & toutes autres affaires cessantes, à la suspension d'un office pour un temps contre les coupables ; soit en les privant d'une partie de leur gages, soit en prononçant contr'eux d'autres peines, selon que le cas y échera [...] », JOUSSE, Daniel, *Traité de l'administration de justice*, Tome II, Paris, Debure père, 1771, p. 255. Sur la discipline interne : SOLEIL, S., « Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature ! », *op. cit.*, p. 64-67 ; LEBIGRE, Arlette, « Les ambiguïtés de l'âge classique », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 83-90.

<sup>1172</sup> Remontrances du parlement de Paris, 2 février 1766. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 537.

<sup>1173</sup> « Assujettir, Sire, de tels magistrats à des commissions arbitraires [...], ce serait, s'il était possible que l'amour du devoir pût être affaibli dans leur cœur, étouffer pour jamais la voix du zèle, ébranler l'intégrité par la crainte des délations et altérer la fermeté qu'exige le soutien des droits de V. M. ». *Ibid.*, p. 537. Sur le conflit entre les officiers de justice et la royauté dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle du point de vue disciplinaire : HALPERIN, Jean-Louis, « Forfaiture des juges et privation de l'office à la fin de l'Ancien Régime », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 105-113 ; PLUEN, Olivier, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2011, p. 119-126.

<sup>1174</sup> Sur l'origine des pairs du royaume, outre l'ouvrage de Le Paige, les XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles nous ont laissé quelques documents : CANTALAUZE DE LA GARDE, Michel, *Dissertation sur l'origine et les fonctions essentielles du Parlement ; sur la pairie et les droits des pairs et sur les lois fondamentales de la monarchie*, 2 volumes, Amsterdam, [s.n.], 1764 ; ZEMGANNO, L.-V. (pseudonyme de Luis-Valentin Goetzmann), *Les quatre âges de la pairie de France, ou Histoire générale & politique de la pairie de France*, 2 Tomes, Maëstricht, Dufour & Roux, 1775 ; LE LABOUREUR, Jean, *Histoire de la pairie de France et du Parlement de Paris*, 2 Tomes, Londres, Samuel Harding, 1753 ; SIMONEL, Dominique, *Dissertations sur l'origine, les droits et les prérogatives des pairs de France*, [s.l.n.], 1753. Voir également : BERNARDI, Joseph-Dominique-Elzéar de, « Mémoire sur l'origine de la pairie en France et en Angleterre », *Mémoires de l'Institut national de France*, Tome 10, 1833, p. 579-665 ; LOT, Ferdinand, « Quelques mots sur l'origine de la pairie », *Revue Historique*, Tome LIV, Paris, 1893, disponible sur : <http://bibnum.enc.sorbonne.fr/omeka/files/original/f6bfda66efee31e8f9651e22945b28d.pdf> (consulté le 18 octobre 2019).

l'honneur qui est attaqué engage à se justifier »<sup>1175</sup>. Bien évidemment, il s'agit de se justifier devant le parlement de Paris, cour des pairs du royaume.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, tout comme aux siècles précédents, le discours de la magistrature n'est pas uniforme : les parlements de province revendiquent leur compétence en tant que juges des pairs prenant en compte un critère territorial<sup>1176</sup>. Le parlement de Paris, au contraire, s'arroge l'exclusivité de sa compétence en raison de sa fonction historique de cour des pairs, contredisant ainsi la « théorie de classes »<sup>1177</sup>. Toutefois, au-delà des divergences, un point fait consensus : l'accès à la justice des cours souveraines assure le respect des formes nécessaires pour sauver l'honneur des pairs.

Les parlementaires parisiens présupposent que l'honneur des grands du royaume ne peut être préservé que lorsque ces derniers sont jugés par leurs pairs. Ils revendiquent cette prérogative, puisque le parlement de Paris est la seule cour de justice pouvant appeler les grands du royaume pour conformer la cour des pairs<sup>1178</sup>. Ainsi, la confiance des pairs envers la justice du parlement est liée à leur appartenance à ce corps, impliquant que le jugement soit rendu par un égal hiérarchique<sup>1179</sup>. Or elle se traduit aussi en certitude du respect des formes :

« Ce qui augmente les désirs des princes de votre sang et des pairs du royaume de n'avoir point d'autres juges que le Parlement, c'est la connaissance qu'ils ont par leur propre expérience de l'exactitude avec laquelle les règles y sont observées; comme ils sont incapables de manquer à la fidélité qu'ils vous doivent et aux lois que leur honneur et leur naissance leur prescrivent, ces règles qui alarment le crime

<sup>1175</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 146.

<sup>1176</sup> L'exemple précis de cette prétention est celui du parlement de Bretagne, qui revendique la prérogative de jugement du Duc d'Aiguillon, mais aussi le parlement de Toulouse avec le Duc de Fitz-James. Voir : GLASSON, Ernest, *Le Parlement de Paris : son rôle politique...*, op. cit., Tome II, p. 292-293.

<sup>1177</sup> En effet, si tous les parlements n'en font qu'un en vertu de cette théorie, le jugement des pairs – moyennant la participation de ceux-ci – est le même dans n'importe quel parlement. Le *Journal du palais...* donne une réponse (suivie par plusieurs documents de l'époque) à la prérogative des parlementaires parisiens : « L'attribution donnée à la Cour des Pairs, & au Parlement de Paris, de connaître des causes des Pairs & des Pairies, est aussi ancienne que l'établissement des Pairs [...]. Et depuis que le Parlement de Paris a été fixé & fait sédentaire dans la Ville de Paris, la Cour des Pairs y étant transférée, le Parlement a succédé à cette compétence de Jurisdiction, privativement à tous les autres Justice du Royaume [...] ». Plus tard, l'élément e l'égalité – et de surcroît d'expertise – des pairs est évoqué : « Si quelque Conseiller d'un Corps & d'une Compagnie tombe dans un crime, qui est-ce qui le veut corriger, si ce n'est le même Corps & ses Collègues ? Qui peut mieux connaître les Droits des Pairs & des Pairies que les Pairs ? Comment un autre parlement pourra-t-il décider de ces sortes de contestations, dont il n'a aucune expérience ? ». BLONDEAU, Claude et GUERET, Gabriel, *Journal du palais ou Recueil des principales décisions de tous les parlements et cours souveraines de France*, Tome II, Paris, Michel-Etienne David, 1737, p. 852-853.

<sup>1178</sup> Le précédent le plus important est l'appel du parlement de Paris aux grands du royaume en 1615. Voir *supra*, note de bas de page n° 806.

<sup>1179</sup> Remontrance du parlement de Paris, 4 mars 1764 : « L'honneur des pairs ne peut être exposé qu'à l'animadversion judiciaire de la seule Cour des pairs ; leur état, leur liberté, tout ce qui tient à leur personne, participe à la prérogative auguste de la pairie, et la pairie tout entière, et la Cour des pairs, le corps le plus respectable dans la Nation, le plus immédiatement attaché à la personne de V. M. ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 481.

rassurent l'innocence; il leur suffit d'avoir pour juge un tribunal où elles sont observées avec une scrupuleuse exactitude »<sup>1180</sup>

Dans les grandes remontrances du 9 avril 1753, le parlement de Paris recense les actes royaux qui reconnaissent le privilège de juridiction des pairs<sup>1181</sup>. Cette stratégie vise à renforcer le caractère nécessaire et légal de la cour que les monarques ont toujours proclamé. Aussi, dans le cadre de l'évocation du procès de l'archevêque de Paris Christophe de Beaumont, le parlement de Paris rappelle que les pairs ont toujours refusé d'être jugés par commission et ont demandé le renvoi devant le juge naturel dont la sauvegarde de leur honneur dépend. Le cas du prince de Condé au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, pourtant absous par le Conseil du roi, illustre l'idée :

« [II] penserait se faire grand tort s'il n'y représentait [devant la cour des pairs] le droit et l'équité de sa cause [...], afin que le tout y fût jugé et décidé par un honorable et mémorable arrêt, digne de l'accoutumée gravité et sainteté de la cour, *la suppliant de lui garder son honneur.* »<sup>1182</sup>

La dignité des pairs emporte une plus grande responsabilité dans la structure social et politique de la monarchie. Parallèlement, elle exige une plus grande solennité des formes judiciaires et des condamnations plus sévères<sup>1183</sup>. L'honneur des pairs est rattaché à la personne, comme c'est le cas des magistrats, mais peut être aussi institutionnel. En ce sens, le parlement de Paris affirme qu'interdire aux pairs de participer aux délibérations de la cour représente une atteinte à leur honneur. Ils ont, en effet, le droit de participer et de connaître les décisions les concernant. De même, les accusés ont « droit de l'attendre, parce que leur honneur est compromis dans les tribunaux, comme dans l'opinion publique »<sup>1184</sup>.

---

<sup>1180</sup> Remontrances du 1<sup>er</sup> mars 1721. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 146. Bien sûr, l'argument du parlement de Paris ici est éloigné de la réalité : le Duc de la Force prétendait justement se soustraire de la juridiction du parlement de Paris à travers l'évocation de son procès ; et surtout d'échapper à l'ajournement fait par le Parlement de Paris. Sur les arguments du Duc de la Force, voir *supra*, note de bas de page n° 812.

<sup>1181</sup> Les ordonnances de 1363 et 1366 et de 1453, les lettres patentes du 13 octobre 1453 et du 12 septembre 1483, l'ordonnance d'avril 1485, la déclaration du 19 mars 1551, les lettres patentes du 10 juin 1556, l'article 7 de l'édit de septembre 1610 et la déclaration du 28 décembre 1724. *Ibid.*, Tome I, p. 582-584.

<sup>1182</sup> *Ibid.*, Tome I, p. 585-586.

<sup>1183</sup> Remontrance du parlement de Paris, 4 mars 1764 : « Plus la main qui frappe est auguste et digne des plus profonds respects, plus la punition devrait porter sur le sujet puni une impression de honte et de déshonneur reconnu de toute la Nation ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 481.

<sup>1184</sup> Remontrance du parlement de Paris, 2 septembre 1770. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome III, p. 145-146.

Lors de l'accusation du duc d'Aiguillon en 1770, le parlement de Paris entend sauver l'honneur de l'institution de la pairie. Le procès se poursuit avec des lettres patentes royales que les parlementaires qualifient de « véritables lettres d'abolition sous un nom déguisé »<sup>1185</sup>. Ces derniers refusent de les obéir et décident de continuer l'instruction, interdisant le duc de prendre séance dans la cour des pairs, jusqu'à ce que « par un jugement rendu en la cour des pairs [...] *que rien ne peut suppléer*, il se soit pleinement purgé des soupçons et fait qui entachent son honneur »<sup>1186</sup>. Quelques mois plus tard, les pairs eux-mêmes exposent cette vision face aux réformes de la justice du chancelier Maupeou : respecter les formes stables de la monarchie est le seul moyen de garantir l'honneur des grands du royaume<sup>1187</sup>. Mais si ce discours conforte l'opinion des élites traditionnelles, qu'en est-il des autres sujets, ceux qui ne sont pas de gentilshommes, le « menu peuple » dont les parlements se vantent d'être les protecteurs ?

### ***B. L'honneur de tous les sujets du roi sauvé par la justice ordinaire***

La conception parlementaire de la hiérarchie sociale produit ce qu'Elina Lemaire appelle une « distribution "sociale" de la fonction judiciaire »<sup>1188</sup>. Partant, le discours de la magistrature entérine les différences de degré quant à l'honneur des sujets du roi, sans pourtant conclure que ceux qui ne sont pas au sommet de la hiérarchie ne seraient pas protégés. Au contraire, la hiérarchie renforce l'idée de protection de la vie et l'honneur de ceux qui ne sont pas gentilshommes, car les formes judiciaires supposent un enchaînement des instances de rang inférieur avec celles de rang supérieur<sup>1189</sup>. Pour les parlementaires, cette consécration fait par ailleurs partie d'un

---

<sup>1185</sup> Arrêt du parlement de Paris, 2 juillet 1770. DUFÉY, Pierre-Joséph-Spiridion, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France, chambre des comptes, cours des aides et autres cours souveraines, depuis 1461 jusqu'au leur suppression*, Tome II, Paris, Galliot, 1826, p. 200.

<sup>1186</sup> *Ibid.*, p. 201 (nous soulignons).

<sup>1187</sup> Protestation des princes du sang du 4 avril : « Considérant que, pour la sûreté de notre honneur, de notre vie et de nos biens, nous ne pouvons reconnaître une cour des pairs, dont nous, princes du sang, sommes membres nés, dont nous sommes uniquement justiciables par les prérogatives notre naissance, que *dans un tribunal fixe, composé de membres inamovibles, qui ne puissent être destitués que dans les cas prévus et dans les formes prescrites par les lois du royaume* ». DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, *op. cit.*, p. 278 (nous soulignons).

<sup>1188</sup> LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>1189</sup> Remontrances du parlement de Paris, 27 novembre 1755 : « Nous vous supplions, Sire, de faire une attention particulière à ces notions fondamentales : il n'est point entre les tribunaux d'autre enchaînement, ni conséquemment d'autre rang, que celui que met entre eux la relation du ressort. Les juges ordinaires, liés les uns aux autres par cet ordre respectif, forment seuls toute la chaîne de l'administration régulière de la justice ; conséquemment, ce n'est qu'entre ces tribunaux, réciproquement et graduellement subordonnés, que peut être appliquée la maxime que le supérieur ne doit pas être jugé par l'inférieur ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 61-62.

ordre constitutionnel de la monarchie<sup>1190</sup>. Par conséquent, ils affirment que le contrôle zélé des actes des grands du royaume affermit aussi la certitude d'un jugement juste chez le petit justiciable<sup>1191</sup>.

Les parlements avancent deux idées en rapport avec la conception du régime monarchique de Montesquieu<sup>1192</sup>. D'une part, l'honneur est reconnu comme le principe de la monarchie, sans égard pour les origines du sujet<sup>1193</sup>. D'autre part, la magistrature fait sienne la distinction entre les régimes monarchique et despotique à travers l'affirmation d'une certaine autonomie du pouvoir judiciaire. Celle-ci se manifeste lorsque les juges, en tant que « bouches de la loi », superposent la loi à la volonté « arbitraire » qui impacte l'honneur des citoyens en ôtant les formes légales de dévoilement de la vérité.

La certitude subjective de protection de l'honneur se rapporte également à la publicité de la norme substantielle. Elle est donc liée à la procédure d'enregistrement et vérification qui « rend vraie » la norme et permet de la communiquer aux différents ressorts judiciaires. Les cours souveraines constituent le « dépôt des lois », les citoyens peuvent être assurés que les juges vont défendre ce dépôt face aux puissants qui veulent détourner les lois et qu'ils vont juger en conformité :

« Le citoyen, en effet, connaît le lieu où résident les monuments de son état, il ne les perd pas de vue, lorsqu'il sait que pour son propre avantage ils doivent passer sous les yeux d'une compagnie destinée à les lui conserver et qui ne les examine que pour les faire ensuite rétablir dans le dépôt où la loi les a placés et où il est sûr de les trouver; le caractère de l'autorité, les formes auxquelles elle est astreinte, tout le rassure contre la crainte d'une perte irréparable. »<sup>1194</sup>

---

<sup>1190</sup> Remontrances du parlement de Paris, 2 février 1766 : « Il est dans la constitution de l'État un ordre et une gradation de juridiction préparée pour tous les cas possibles, et toujours capable de répondre d'une manière régulière aux prérogatives et aux droits inviolables de chaque classe de citoyens prévenus de délits ». *Ibid.*, Tome II, p. 537.

<sup>1191</sup> Le parlement de Bordeaux dans ses remontrances du 25 février 1771 avance cette idée, lors de la confiscation des offices de plusieurs magistrats : « Chaque citoyen se demandera en tremblant : Qui protégera désormais ma liberté ? si un acte de puissance arbitraire détruit toutes les lois ? Quels seront les garants de ma sûreté personnelle, de mes droits de propriété, si les magistrats, pour avoir voulu les défendre, sont punis et dispersés ? », DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>1192</sup> Voir *supra*, p. 164-169.

<sup>1193</sup> Parlement de Bretagne, remontrance sans date précise (établie entre 1769-1771) : « Vous régnerez, Sire, sur la nation du monde à qui l'honneur est le plus cher ; il est le principe de la monarchie ; il est le sentiment le plus délicat du monarque ; c'est le premier sentiment de vos sujets ; l'honneur est surtout l'âme des fonctions de la magistrature, où la faute même la plus légère suffirait pour le compromettre ». DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>1194</sup> Remontrance du parlement de Paris, 27 novembre 1755. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 24-25. Les remontrances du 1<sup>er</sup> juin 1766 avancent la même idée : « C'est dans ces greffes que le Souverain et l'État déposent, comme dans un sanctuaire consacré par la foi publique, les actes de la législation, monuments de la sagesse,

De la certitude des lois publiques et vérifiées découle également celle relative à l'ordre des juridictions. L'organisation des tribunaux est « fixe et invariable », elle s'appuie sur des critères préétablis pour déterminer la connaissance d'une affaire, tel que le matériel, le territorial ou le personnel. La loi défend de s'en écarter, le souverain est enjoint à la respecter. Si la loi permet à quiconque « le pouvoir de former un tribunal dans le moment de l'accusation même, l'accusé pourrait craindre qu'elle ne le livrât à l'oppression ou à l'animosité »<sup>1195</sup>. La souplesse dans le contenu, l'interprétation et l'application des lois sur l'organisation judiciaire a une conséquence lourde : chaque sujet perdrait « l'idée de sa sûreté » et ne se croirait « plus protégé par la loi »<sup>1196</sup>.

En outre, la magistrature rapporte la certitude subjective chez le justiciable avec l'enchaînement des étapes du procès. En ce sens, l'instruction est perçue comme le moment central de toute la procédure, le jugement en matière criminelle n'étant que « déclaratif des preuves acquises ». Ainsi, elle « peut seule charger ou disculper le citoyen accusé »<sup>1197</sup>. L'arrêt du 13 mars 1759 du parlement de Paris affirme, par exemple, que l'instruction complète d'un délit peut seule conduire un citoyen « à la conviction judiciaire ou à la justification, à la peine régulière ou à la décharge »<sup>1198</sup>. Elle permet au justiciable – convaincu de l'exactitude et de la complétude de la procédure – de se mettre « en état de présenter sa justification » tout en jouissant de la protection des lois. Quant à la procédure de confrontation avec les preuves, elle aide l'accusé à réaliser la vérité, « après que ses propres réponses l'ont convaincu ou confondu ». Enfin, les normes procédurales liées à la décision n'admettent pas « qu'aucune tache affecte sa mémoire [de l'accusé] », même s'il vient mourir à la veille du jugement<sup>1199</sup>.

Voilà pourquoi la magistrature qualifie de déni de justice l'évocation des procès des justiciables « faibles ». Elle permet à l'« homme puissant » de manipuler l'ordre judiciaire à son gré, la vie et l'honneur du petit justiciable « ne seraient pas plus à l'abri

---

de la justice, de la bonté ou de la puissance des rois [...]. C'est enfin dans ces dépôts que les citoyens qui réclament la justice auprès du Souverain remettent, sous la garantie de la foi publique, de la loi et des magistrats eux-mêmes, les titres dont dépendent leur état, leur fortune, leur bonheur et leur vie, et sont assurés de retrouver les jugements qui leur conservent ces importants objets ». *Ibid.*, Tome II, p. 568-569.

<sup>1195</sup> Remontrances du parlement de Paris, 5-8 décembre 1766. *Ibid.*, Tome II, p. 664.

<sup>1196</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 664.

<sup>1197</sup> Arrêt du parlement de Paris, 19 mars 1766. *Ibid.*, Tome II, p. 562.

<sup>1198</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 177.

<sup>1199</sup> Remontrances du parlement de Paris, 4 mars 1764. *Ibid.*, Tome II, p. 473.

de la vengeance que leur état et leur fortune ne le seraient de la cupidité »<sup>1200</sup>. De plus, les remontrances affirment qu'en matière criminelle les évocations portent atteinte aux formes de l'instruction, car elle est faite « sans partie publique pour accuser et poursuivre, ni témoins pour charger ou excuser, ni interrogatoires, récolements et confrontations pour convaincre ou défendre »<sup>1201</sup>. Par conséquent, l'absence de formes entraîne une confusion entre l'innocent et le coupable ; ce qui se traduit plus concrètement en déni de certitude pour le justiciable vis-à-vis de l'opinion publique.

Le parlement de Rennes pousse l'idée encore plus loin : les lettres patentes du roi s'immisçant dans un procès judiciaire ne sauraient remplacer l'ordre des lois en matière criminelle, même si elles sont données avec « l'empreinte des mouvements naturels de votre âme [du roi] sensible et bienfaisante »<sup>1202</sup>. En l'espèce, la certitude des justiciables est en rapport avec la complétude de la procédure : les lois en matière criminelle parviennent à une décision – une condamnation ou une absolution. Les lettres du roi ordonnant l'intervention d'un procès judiciaire ne permettent pas aux officiers chargés d'appliquer les lois d'aboutir à une décision, même si elles se fondent sur le désistement de l'accusateur. Les lettres royales limitant le « droit d'une justification légale » et l'éventuelle absolution d'un accusé, lui interdisent aussi toute possibilité de retournement de l'accusation face au délateur et surtout d'une « réparation proportionnée à la calomnie »<sup>1203</sup>.

La protection de l'honneur des sujets du roi est principalement liée à la capacité de l'ordre judiciaire à dévoiler la vérité de droit. Le combat de la magistrature contre les formes extraordinaires de la justice est, de ce point de vue, d'ordre gnoséologique, car il se rapporte à la capacité des institutions de parvenir à une connaissance – par l'expertise, par les fonctions réelles et parfois imagées des officiers de justice. Sur le plan institutionnel, les parlementaires revendiquent la capacité de produire la décision « véritable ». Elle rétablit les dimensions de l'honneur, individuelle aussi bien que publique, en révélant une vérité pérenne tant aux justiciables qu'à l'« opinion publique ».

Toutefois, la relation entre les formes de la justice et les droits des sujets ne comporte pas seulement la décision en tant qu'achèvement d'une procédure. Dans le

---

<sup>1200</sup> Remontrances du parlement de Paris, 1<sup>er</sup> juin 1766. *Ibid.*, Tome II, p. 575-576.

<sup>1201</sup> Remontrances du parlement de Paris, 9 avril 1753. *Ibid.*, Tome I, p. 573.

<sup>1202</sup> Parlement de Bretagne, remontrance sans date précise (établie entre 1769-1771). DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>1203</sup> *Ibid.*, p. 184.

discours de la magistrature, il existe également une fonction *préventive* des formes juridiques que l'on serait tenté de qualifier de *libérale*, visant à assurer la liberté des citoyens.

## Section 2. Garantir les libertés individuelles<sup>1204</sup>

Le changement doctrinal du discours parlementaire durant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle impacte les fondements du pouvoir monarchique. L'inflexion dans la manière de concevoir le pouvoir judiciaire est issue des conceptions constitutionnelles de Montesquieu et de Le Paige conjuguées avec l'idée de représentation nationale. Ainsi, les parlementaires conçoivent leur fonction comme un pouvoir potentiellement opposable au monarque.

Le rapport entre la liberté des sujets du roi et le pouvoir souverain est également modifié. Bien que les parlements affichent leur zèle pour le respect des procédures de justice au moins depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, les arguments étaient loin de concevoir une liberté *individuelle* des sujets. Au XVII<sup>e</sup> siècle, le contenu de cette dernière n'est pas encore clairement dessiné : la Fronde parlementaire et l'éphémère *habeas corpus* des cours souveraines assemblées dans la Chambre Saint-Louis l'attestent<sup>1205</sup>. Or, un siècle plus tard, la magistrature revendique sa fonction de garante des libertés individuelles par le biais du respect de la procédure. En même temps, elle justifie les revendications historiques à travers une argumentation de plus en plus « populaire ».

Les remontrances de l'époque sont devenues une arme politique résonnant dans l'opinion publique. Elles participent dans une certaine mesure des réclamations politiques et sociales venant des différents champs idéologiques<sup>1206</sup>. La garantie de la liberté individuelle est l'une des doléances principales de la magistrature, elle se

---

<sup>1204</sup> L'expression « liberté individuelle » apparaît dans les remontrances du parlement de Paris en 1788. La notion d'« individu » lié à celle de « sûreté » en 1776. Voir sur ce sujet : LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 22-42 ; OLIVIER-MARTIN, François, *L'absolutisme français et Les parlements contre l'absolutisme...*, *op. cit.*, p. 180-192 et 461-499 ; VERGNE, A., *La notion de constitution d'après les cours et assemblées...*, *op. cit.*, p. 150-159.

<sup>1205</sup> L'argumentaire parlementaire au moment de la Fronde manque sans doute d'une conceptualisation, autant des rapports entre « pouvoir législatif » et « pouvoir judiciaire », que d'une idée de protection « individuelle » de la sûreté. Cette absence est d'autant plus évidente lorsque on constate que l'article contenant l'*habeas corpus* est désigné dans les discours parlementaires sous le nom de « sûreté publique ». Voir sur ce sujet notre étude : HERNANDEZ VELEZ, J., « Les paradoxes du discours de la magistrature ancienne... », *op. cit.* (article à paraître).

<sup>1206</sup> Sur l'interaction du discours de la magistrature avec l'opinion publique, voir notamment les travaux de Frédéric Bidouze et principalement : BIDOUBE, Frédéric, *Haro sur les parlements, 1787-1790. Anthologie critique de pamphlets contre les parlements d'Ancien Régime*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2012, p. 9-29.

concrétise en la dénonciation des détentions arbitraires (§1). Enfin, les remontrances de la fin de l'Ancien Régime esquisseraient un droit subjectif aux formes juridiques (§2).

### **§1. La magistrature contre les restrictions arbitraires de la liberté**

La liberté « d'aller et de venir » n'existe pas en tant que telle au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1207</sup>. Pourtant, les arrestations et les déplacements forcés des sujets sont perçus comme un mal nécessaire qui ne peut être justifié que par une loi suffisamment raisonnable. Les parlementaires ne mettent pas en cause théoriquement le pouvoir du souverain « de vie et de mort »<sup>1208</sup> et beaucoup moins celui d'enfermer ses sujets. Néanmoins, ils dénoncent les restrictions de la liberté qu'ils qualifient d'arbitraires, notamment lorsqu'elles sont présentées comme un moyen de l'administration (A). En outre, la dénonciation des lettres de cachet en tant qu'expression d'un régime despotique complète le réquisitoire contre le pouvoir souverain d'enfermer les individus (B).

#### **A. Le désaveu des « formes de l'administration »**

La distinction entre la justice et l'administration est un *topos* de la magistrature de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1209</sup>. Elle est par ailleurs l'aboutissement conceptuel d'une différenciation séculaire entre les ministres de la justice – les *legum doctores* – et les ministres du cabinet – dits de tout temps « favoris » ou « flatteurs »<sup>1210</sup>. En ce sens, la pensée constitutionnelle de Montesquieu est centrale pour comprendre pourquoi la magistrature ancienne entend protéger la liberté des sujets lorsqu'elle dénonce les « voies de l'administration ». D'abord, chez le baron de la Brède, les

<sup>1207</sup> Nous attendons, à ce sujet, la thèse de notre collègue Samy Fellah sur *Les origines de la liberté d'aller et venir*.

<sup>1208</sup> Lequel, à l'époque, se manifeste davantage par la peine capitale : LAPENNA, Daniel, *Le pouvoir de vie et de mort. Souveraineté et peine capitale*, Paris, PUF, 2011.

<sup>1209</sup> Voir à ce sujet : CHAUVEAU-MAULINI, Bruce, « La notion de monarchie tempérée dans les remontrances des parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle : Montesquieu et l'idéologie de robe », *Annales, Droit-Histoire-Philosophie-Sociologie-Procès*, I/2006, Institut Michel Villey, Université Paris II, p. 197-242 ; LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 147-173 ; SWANN, Julian, « Les parlementaires, les lettres de cachet et la campagne contre l'arbitraire de la justice au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Les parlements et les Lumières*, Olivier Chaline (dir.), Pessac, Maison des sciences de l'homme Aquitaine, 2012, p. 179-196.

<sup>1210</sup> Par exemple chez Claude Joly : « Il ne faut donc pas que les Rois s'imaginent qu'on les accuse, ni qu'on les blâme, quand on leur représente qu'ils sont séduits et trompés par telles personnes. M. Jean de Rely Docteur en Théologie & Chanoine de Paris, enseigne au contraire qu'il les en faut avertir [...], & là il rapporte plusieurs exemples, tant de l'Écriture Sainte que de nos Rois, de tels flatteurs qui ont séduit les Princes, & ont été cause de la perte des Rois & des Royaumes ». *Recueil de maximes véritables...*, *op. cit.*, p. 4-5 du Préface, ou avertissement au lecteur.

notions de *puissance législative*, *puissance exécutive* et *puissance de juger* expriment une certaine distinction fonctionnelle, laquelle est liée de manière concrète quoique non-exclusive au régime monarchique<sup>1211</sup>. Ensuite, la modération du pouvoir découlant de cette « combinaison des puissances » évite la décadence de l'État, ce qui est aussi un thème central de la pensée de Montesquieu<sup>1212</sup>. Enfin, la liberté est étroitement liée à l'existence et à l'efficacité des lois : pour qu'elle puisse exister, « il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen »<sup>1213</sup>.

Les parlementaires reprennent ces trois thèmes. Premièrement, sans utiliser le même vocabulaire, ils distinguent les fonctions qui appartiennent à des institutions différentes dans le régime monarchique<sup>1214</sup>. Deuxièmement, ils signalent que la confusion ordinaire desdites fonctions en un seul corps – ou pire, en une seule personne hormis le roi – dénature la monarchie française<sup>1215</sup>. Troisièmement, ils affirment que la confusion de fonctions porte atteinte à la liberté des sujets du roi, dans la mesure où ceux-ci ne sauraient plus à qui « craindre » lorsque leur vie, honneur et biens sont mis en danger par une accusation. Les remontrances illustrent principalement ce dernier point lorsqu'il s'agit de désavouer les « formes de l'administration ».

Au niveau du pouvoir central, le discours de la magistrature s'en prend naturellement au Conseil du roi et au Grand Conseil<sup>1216</sup>. Or, lors de ces conflits, les parlementaires exposent également l'idée d'une protection des sujets dénonçant les

---

<sup>1211</sup> Et bien entendu à la monarchie française elle-même. MONTESQUIEU, *EL*, Livre XI, Chapitre VI : « Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'État ».

<sup>1212</sup> *EL*, Livre V, Chapitre XIV : « Pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir ; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre ; c'est un chef-d'œuvre de législation, que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence. Un gouvernement despotique, au contraire, saute, pour ainsi dire, aux yeux ; il est uniforme partout : comme il ne faut que des passions pour l'établir, tout le monde est bon pour cela ».

<sup>1213</sup> Quelques lignes après : « Si la puissance législative laisse à l'exécutrice le droit d'emprisonner des citoyens qui peuvent donner caution de leur conduite, il n'y a plus de liberté, à moins qu'ils ne soient arrêtés pour répondre, sans délai, à une accusation que la loi a rendue capitale ; auquel cas ils sont réellement libres, puisqu'ils ne sont soumis qu'à la puissance de la loi ». *EL*, Livre XI, Chapitre VI.

<sup>1214</sup> Le parlement de Paris parle de *trois mobiles* : l'autorité souveraine qui a le pouvoir d'institution et détermination, la loi qui a le pouvoir de direction, et les ministres de la loi qui ont le pouvoir d'exécution et conservation (remontrances du 22 août 1756). Le parlement de Bordeaux distingue *trois autorités* : « d'administration, qui projette, délibère, agit et exécute dans le Conseil [...] ; de législation, qui projette dans le Conseil, délibère et consomme dans le Parlement [...] ; de juridiction, qui délibère, qui agit, qui exécute dans le Parlement seul » (remontrances du 10 mai 1758). Les deux remontrances sont citées par : CHAUVEAU-MAULINI, B., « La notion de monarchie tempérée dans les remontrances des parlements... », *op. cit.*, p. 203-204.

<sup>1215</sup> Malesherbes expose cette idée dans les remontrances de la Cour des aides de Paris, 23 juin 1761 : « l'administration réunie à la Juridiction, produira toujours le despotisme, parce que la sûreté des Citoyens consiste à être jugés par ceux qui ne connaissent d'autre règle que la Loi, et que les principes incertains de l'administration servent aisément à colorer des injustices ; et en général, parce que c'est le sort de l'humanité, que toute autorité qui n'est contrebalancée par aucune autre, devienne abusive ». *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France en matière d'impôts*, Bruxelles, [s.n.], 1779, p. 149.

<sup>1216</sup> Voir supra, chapitre 3, section 2.

restrictions des libertés issues des décisions de ces deux institutions. Le parlement de Paris, par exemple, remontre que le Grand Conseil n'a pas un pouvoir sur la liberté des officiers des juridictions inférieures dans la mesure où il n'est pas une juridiction au sens où les parlementaires l'entendent. Il rappelle que, au XVII<sup>e</sup> siècle, le Grand Conseil a tenté de contraindre les greffiers et les juges des juridictions inférieures pour s'assurer de l'exécution de ses décisions. Le parlement de Paris a défendu à l'époque aux « prévôts des maréchaux [...], leurs lieutenants, capitaines, exempts et archers, et à tous les huissiers et autres personnes, d'attenter aux personnes de ces officiers » sous prétexte d'exécution des ordres du Grand Conseil. De plus, il a fait « élargir des prisons ceux qui avaient été arrêtés par les ordres du Grand Conseil »<sup>1217</sup>. Or cette méfiance des « formes de l'administration » vaut aussi pour l'hypothèse inverse : la magistrature ne doit pas obtempérer, selon la disposition des ordonnances, à « aucun ordre verbal ou par écrit, même émané du Souverain, tendant à arrêter le cours sévère de la justice, [et] à procurer l'élargissement de prisonniers »<sup>1218</sup>.

La royauté retreint souvent la liberté de certains magistrats dans les moments de conflit avec les cours souveraines de justice. Pour celles-ci, l'emprisonnement et l'exil de leurs membres sont l'expression d'une « puissance absolue »<sup>1219</sup> et arbitraire, contraire aux lois. Elles déplorent non seulement l'acte en tant que tel mais aussi le retentissement qu'il peut avoir sur tous les sujets du roi. Plusieurs remontrances dénonçant l'exil des magistrats du parlement de Besançon l'illustrent : « le Citoyen affligé ne voit autour de lui que faiblesse & incertitude », la confiance disparaît « toujours avec l'ordre public »<sup>1220</sup>.

---

<sup>1217</sup> Remontrance du parlement de Paris, 27 novembre 1755. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 52-53.

<sup>1218</sup> Remontrance du parlement de Paris, 4 mars 1764. *Ibid.*, Tome II, p. 475.

<sup>1219</sup> Chez les parlementaires, l'expression est toujours péjorative, les remontrances du parlement de Paris du 1<sup>er</sup> juin 1766 le résumant ainsi : « Si l'usage d'employer dans l'administration de la justice *les voies de la puissance absolue* venait jamais à s'introduire, tout tomberait dans une confusion qui entraînerait le renversement de la constitution heureuse du Gouvernement français; on mettrait à la place du Souverain et de la loi, ces deux objets de la vénération, de la confiance et de l'amour des peuples, le despotisme et la volonté arbitraire de gens trop puissants qui rendraient inutiles aux peuples la bonté du Souverain et la sagesse de la loi [...], un pouvoir qui, confié à des mains qui ne l'exerceraient que pour leur intérêt, serait redoutable surtout aux citoyens vertueux [...]; un assemblage de prétendus magistrats qui, tenant leurs fonctions des partisans intéressés du pouvoir arbitraire, tromperaient et le Monarque et l'État, monteraient au tribunal par un parjure, en faisant serment d'exécuter et faire exécuter des lois qu'ils n'auraient ni l'intention ni le courage de défendre ». *Ibid.*, Tome II, p. 576 (nous soulignons).

<sup>1220</sup> Remontrance du parlement de Toulouse du 20 décembre 1760, dans : *Itératives remontrances du Parlement de Toulouse sur l'exil des trente Magistrats du Parlement séant à Besançon*, [s.n.l.], p. 9. Le parlement de Bordeaux évoque aussi la peur des citoyens : « Qui protégera désormais ma liberté – se demande un hypothétique citoyen –, si un acte de puissance arbitraire détruit toutes les lois ? Quels seront les garants de ma sûreté personnelle, de mes droits de propriété, si les magistrats, pour avoir voulu les défendre, sont punis et dispersés ? », Remontrance du 25 février 1771, dans : DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, *op. cit.*, p. 267.

Les « voies de l'administration » sont toujours arbitraires : elles entraînent le risque de « procédures imparfaites », parce que l'instruction serait réalisée sur la base « des mémoires particuliers, qui ont pu être l'ouvrage de l'envie, de la haine, de la calomnie »<sup>1221</sup>. La conséquence de l'usage de ces voies est lourde : « on plonge un citoyen, ses enfants, ses descendants dans l'opprobre, on les dépouille de leurs biens, on ravit la liberté à ce citoyen »<sup>1222</sup>. La confusion des formes de l'administration avec celles de la justice est dénoncée car elle est « contraire à la sûreté de tous les ordres de citoyens ». L'aspect subjectif est réitéré : chaque sujet du roi « se voit menacé par l'acte illégal d'un pouvoir arbitraire exercé contre un de ses concitoyens »<sup>1223</sup>. L'obéissance volontaire se transforme ainsi en crainte, puisque les voies de l'administration – et même les voies judiciaires « sous prétexte d'administration » – portent atteinte à la liberté légitime des sujets.

Le discours de la magistrature signale une corrélation entre les voies de l'administration et les moyens forcés – voire armés – d'exécution des actes de la puissance publique. Il opère une distinction entre le gouvernement militaire et le gouvernement civil, le premier étant oppressif par nature<sup>1224</sup>. Les parlementaires toulousains dénoncent, par exemple, les formes arbitraires exercées par le Duc de Fitz-James, commandant de la province de Languedoc, à leur égard lors des conflits de 1763<sup>1225</sup>. Ils demandent alors au roi si « vos Peuples pourraient-ils conserver *le sentiment de leur liberté*, lorsqu'ils en voient les plus fermes appuis livrés eux-mêmes à toutes les fureurs du despotisme ? »<sup>1226</sup>. Les parlementaires parisiens, eux, dressent une liste minutieuse d'abus commis par le Duc de Fitz-James : il a « fait arrêter à mains

---

<sup>1221</sup> Remontrance du parlement de Paris, 8 mai 1768. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 933.

<sup>1222</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 933.

<sup>1223</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 929.

<sup>1224</sup> Remontrance du parlement de Paris, 18 janvier 1764 : « [II] a pour objet de défendre ses sujets contre les attaques des ennemis de la nation; le pouvoir du souverain est à cet égard sans bornes, l'obéissance doit être aussi prompte que le commandement absolu, parce que, s'agissant du salut commun, dont le souverain est seul chargé, d'ailleurs tout rapport cessant entre la nation et ses ennemis, tout dépend de la force, et la force ne tire son succès que de l'autorité du commandement et de la promptitude de l'exécution; dans ce cas, l'obéissance aveugle est un devoir, est une vertu ». Le second, à l'inverse, doit « maintenir les citoyens dans la jouissance des droits que les lois leur assurent, soit à l'égard du souverain, soit vis-à-vis les uns des autres, c'est la loi qui commande ou, pour s'exprimer plus précisément, le souverain commande par la loi; dans ce cas, comme l'autorité doit être conforme à la loi, la force exécutive ne doit pas non plus s'en écarter; le commandement ne pouvant être arbitraire, l'obéissance ne pouvant être aveugle, l'un et l'autre doit toujours être réglé par la loi ». *Ibid.*, Tome II, p. 429-430.

<sup>1225</sup> « Plus occupé de multiplier les actes de sa puissance souveraine, que du danger de jeter l'alarme dans le cœur de vos Sujets, il ne craignit point de leur présenter le spectacle effrayant d'une garnison attroupé pendant la nuit, & dispersée au point du jour dans les différents quartiers de la Ville, pour attenter en même temps à la liberté de tous les Magistrats ». *Très humbles et très respectueuses remontrances du Parlement séant à Toulouse. Au sujet des transcriptions illégales des Edits & Déclarations du mois d'avril dernier...*, [s.n.], Toulouse, 22 décembre 1763, p. 10, disponible sur : <https://tolosana.univ-toulouse.fr/fr/notice/15403780x> (consulté le 29 octobre 2019).

<sup>1226</sup> L'écho de Montesquieu résonne clairement dans ces lignes. *Ibid.*, p. 7.

armées [les] officiers du parlement » ; il a « violé en leur personne le droit de la liberté, dont les lois assurent la jouissance au dernier des citoyens » ; il a « aggravé son délit en forçant les magistrats à obéir aux ordres souscrits de sa main » ; il a « violé l’asile du citoyen, que les lois mêmes respectent, en introduisant dans les maisons des magistrats et y faisant vivre à discrétion des soldats ». Enfin, ils concluent que le Duc de Fitz-James :

« A risqué ou de rendre moins stable l’obéissance des peuples, en avilissant à leurs yeux les magistrats qui en sont les liens et les garants, ou d’affaiblir leur amour, en excitant dans leur cœur le désespoir qu’a dû leur inspirer la vue des traitements ignominieux faits à des magistrats [...] »<sup>1227</sup>

Quelques années plus tard, en 1768, les parlementaires parisiens procèdent de manière similaire face aux agissements de d’Etouilly, lieutenant du roi à Saint-Quentin. Ils l’accusent d’avoir emprisonné le lieutenant criminel du baillage de la même ville et ordonnent une enquête sur sa conduite. Ils remontent au roi que leur devoir est à la fois de mettre les habitants à l’abri des violences du lieutenant et de punir les justiciables reconnus coupables « pour empêcher qu’un exemple aussi dangereux ne fasse des progrès dans son royaume »<sup>1228</sup>.

Le parlement de Paris signale à nouveau, en 1784, la différence entre les voies d’administration qui conduisent au gouvernement militaire et celles de la justice, caractéristiques du gouvernement civil. Les remontrances du 5 septembre relatives aux abus de pouvoir du tribunal des maréchaux de France contre le maire de Bordeaux commencent avec ses mots : « les États ne subsistent que par les lois [...] ; l’établissement du pouvoir militaire est le présage le plus certain de leur commune subversion »<sup>1229</sup>. Elles montrent les déficiences de la procédure suivie – en insistant sur le caractère militaire d’un jugement qui devrait être réglé par la justice ordinaire – et concluent que le gouvernement militaire est la conséquence de la désuétude des formes juridiques : « Où ces formes cessent de régner, tout ce qui rend les hommes heureux et

---

<sup>1227</sup> Remontrance du 18 janvier 1764. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 426-427.

<sup>1228</sup> Remontrance du 28 février 1768. *Ibid.*, Tome II, p. 837.

<sup>1229</sup> Remontrance du parlement de Paris, 5 septembre 1784. *Ibid.*, Tome III, p. 590.

tranquilles, distinction des pouvoirs, liberté publique, sûreté personnelle, légitime autorité, lois civiles, droit naturel, tout chancelle, tout disparaît »<sup>1230</sup>.

Les parlements dénoncent les agents royaux qui utilisent ces « formes de l'administration » pour outrepasser leurs fonctions, mais leur prétention principale est de montrer au souverain les « vraies formes » de la monarchie garantes de l'obéissance volontaire des sujets<sup>1231</sup>. Celle-ci est assurée exclusivement par les lois car elles fixent les formes et les procédures judiciaires qui peuvent restreindre les libertés ; les ignorer ou les transgresser constitue un risque que le souverain doit éviter s'il veut que le régime monarchique ne dégénère pas en despotisme. Cette précaution sur le plan théorique s'illustre de manière pratique à travers la dénonciation des lettres de cachet.

### ***B. Les lettres de cachet, expression ultime du despotisme***

Plusieurs études qui se sont intéressées au fonctionnement réel des lettres de cachet ont nuancé la légende noire créée à leur sujet par l'historiographie révolutionnaire<sup>1232</sup>. Pourtant, sur le plan dogmatique, les lettres de cachet demeurent l'expression la plus concrète du pouvoir souverain d'enfermer ses sujets – qu'elles soient « de propre mouvement » ou à la demande des particuliers. Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, le discours de la magistrature s'oppose au dispositif et avance tant d'arguments « légaux » que politiques.

---

<sup>1230</sup> *Ibid.*, Tome III, p. 599.

<sup>1231</sup> Parfois l'évocation d'un ordre constitutionnel est présente, comme dans les remontrances du parlement de Navarre du 28 janvier 1788 : « Le pouvoir arbitraire ne s'établit que par degrés. Si ses premières entreprises n'éveillent pas les magistrats dans le territoire desquels la loi est violée, bientôt son infraction dégénère en usage. Ainsi s'affaibliraient insensiblement dans les esprits les véritables idées de la constitution ; ainsi se propageraient, en s'accréditant, les maximes contraires, si la magistrature entière n'y opposait de concert les principes de la législation française ». DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, op. cit., p. 418.

<sup>1232</sup> A titre indicatif : CHASSAIGNE, André, *Des lettres de cachet sous l'Ancien Régime*, Paris, A. Rousseau, 1903 ; FARGE, Arlette, *Le désordre des familles : lettres de cachet des Archives de la Bastille au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 2014 ; FUNCK-BRENTANO, Frantz, *Les lettres de cachet*, Paris, Hachette, 1926 ; *ID.*, *Les lettres de cachet à Paris : étude suivie d'une liste de prisonniers de la Bastille (1659-1789)*, Paris, Imprimerie Nationale, 1903 ; JANDEAUX, Jeanne-Marie, *Le roi et le déshonneur des familles : les lettres de cachet pour affaires de famille en Franche-Comté au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Ecole des chartes, 2017 ; JOLY, Aristide, *Les lettres de cachet dans la généralité de Caen au XVIII<sup>e</sup> siècle, d'après des documents inédits*, Paris, Imprimerie impériale, 1864 ; LOGETTE, Aline, *Régner et gouverner en Lorraine au début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Editions Universitaires de Lorraine, 2014 ; PUIS, Auguste, *Les lettres de cachet à Toulouse au dix-huitième siècle*, Paris, E. Champion, Toulouse, E. Pivat, 1914 ; QUETEL, Claude, *Une légende noire : les lettres de cachet*, Paris, Perrin, 2011 ; *ID.*, *De par le Roy : essai sur les lettres de cachet*, Toulouse, Privat, 1981 ; *ID.*, « Lettres de cachet et correctionnaires dans la généralité de Caen au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales de Normandie*, 28<sup>e</sup> année, n°2, 1978, p. 127-159 ; SAVORNIN, Marie-Noël, *Les lettres de cachet pour affaires de famille à Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en Histoire, EHESS, 2002, 457 p. ; STRAYER, Brian Eugene, *Lettres de cachet and social control in the Ancien Régime, 1659-1789*, New York, San Francisco, Bern, P. Lang, 1992.

*i. Les arguments « légaux »*

Les remontrances parlementaires dénonçant les lettres de cachet se heurtent à l'absence de sources « législatives ». En effet, hormis la déclaration des cours souveraines assemblées dans la chambre Saint-Louis en juillet 1648 et l'ordonnance du 22 octobre de la même année<sup>1233</sup>, aucun texte normatif de la monarchie interdit explicitement l'usage des lettres de cachet. Néanmoins, la « nostalgie de la Fronde » – selon l'expression de Michel Antoine<sup>1234</sup> – revient dans les remontrances du XVIII<sup>e</sup> siècle s'opposant auxdites lettres. Dans la seconde moitié du siècle, les parlementaires n'hésitent pas à évoquer ces précédents normatifs, malgré le fait que la royauté les considérait comme « des cadavres dans un placard »<sup>1235</sup>. La cour souveraine de Lorraine et Barrois y recourt, par exemple, dans les remontrances du 27 juin 1758<sup>1236</sup> ; le parlement de Paris, à l'instar d'un membre de la troisième chambre des requêtes, l'évoque dans les remontrances du 4 mars 1759<sup>1237</sup> ; le parlement de Rouen fait de même dans les remontrances du 4 juillet 1760<sup>1238</sup>. Ces exemples attestent que la portée de l'article 15 de l'ordonnance de 1648 est limitée car liée à l'inamovibilité des officiers de justice : les cours entendent protéger davantage ses membres de plus en plus impactés par les lettres de cachet. Par ailleurs, l'ordonnance d'Orléans de 1560 évoque l'usage criminel des lettres de cachet dans les cas de rapt pour mariage<sup>1239</sup>. Le parlement de Paris reprend cet article pour montrer « jusqu'où les gens en faveur peuvent porter l'abus des actes de puissance absolue »<sup>1240</sup>. Il s'agit en l'occurrence du recours à une ordonnance qui ne comporte pas la protection particulière des membres des cours souveraines.

---

<sup>1233</sup> La déclaration des cours souveraines assemblées dans la Chambre Saint-Louis demandait un contrôle sévère des lettres de cachet pour tous les sujets du roi (article 6) ; l'ordonnance du 22 octobre limite l'interdiction d'usage des lettres de cachet exclusivement aux « officiers des cours souveraines & autres ». *Journal contenant ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>1234</sup> ANTOINE, Michel, « Nostalgie de la Fronde et opposition parlementaire sous Louis XV », *Cahier des Annales de Normandie*, n° 23, 1990. Recueil d'études en hommage à Lucien Musset, p. 481-491.

<sup>1235</sup> *Ibid.*, p. 482.

<sup>1236</sup> *Très humbles et très respectueuses remontrances que présentent au Roy, notre honoré et souverain seigneur, les gens tenans sa cour souveraine de Lorraine et Barrois*, [s.n.l.], p. 22-23. Disponible sur : [http://docnum.univ-lorraine.fr/pulsar/RCR\\_543956101\\_702046\\_14bis.pdf](http://docnum.univ-lorraine.fr/pulsar/RCR_543956101_702046_14bis.pdf) (consulté le 30 octobre 2019).

<sup>1237</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, Tome II, *op. cit.*, p. 172-173 et 180-181.

<sup>1238</sup> *Remontrances du parlement de Rouen en date du 4 juillet 1760, pour supplier Sa Majesté de rétablir les trente Conseillers exilés du Parlement de Besançon...*, [s.l.n.d.], p. 22.

<sup>1239</sup> « Et parce qu'aucuns abusant de la faveur de nos prédécesseurs par importunité, un plutôt subrepticement, ont obtenu des lettres de cachet et closes, ou patentes, en vertu desquelles, ils ont fait séquestrer des filles, et icelles épousé ou fait épouser, contre le gré et vouloir des pères, mères et parents, tuteurs ou curateurs [...] ». ISAMBERT, Tome XIV, p. 91.

<sup>1240</sup> Remontrance 1<sup>er</sup> juin 1766. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 580.

Au moment de la réforme du chancelier Maupeou, plusieurs parlements réfèrent les précédents législatifs de la Fronde comme un acquis de la magistrature<sup>1241</sup>. Les remontrances de la Cour des aides du 14 août 1770, quant à elles, ne précisent guère les ordonnances interdisant l'usage des lettres de cachet. Or elles utilisent un argument *a contrario* : retenir pendant des mois un sujet, comme dans le cas d'un sujet nommé Monnérat, n'est « pas mis par la Loi au nombre de peines légales ; & si c'en était une, on ne pourrait la prononcer que par un Jugement régulier & sujet à l'appel »<sup>1242</sup>. Sur une question complètement différente, le parlement de Paris indique dans les remontrances du 29 mai 1783 que « les ordonnances du Royaume défendent à tous juges d'obtempérer aux lettres closes en matière de justice »<sup>1243</sup>.

Enfin, à la veille de la Révolution, les parlements reprennent leur discours invoquant explicitement les ordonnances qu'ils considèrent transgressées par l'usage des lettres de cachet. Les remontrances parisiennes du 11 mars 1788, par exemple, évoquent l'ordonnance criminelle car elle exige « que les prisonniers pour crimes soient interrogés dans les vingt-quatre heures après l'emprisonnement [...] »<sup>1244</sup>. Celles du parlement de Toulouse du 21 avril 1788 utilisent le même exemple, remémorant aussi un capitulaire de Charles Chauve, les ordonnances concernant la vérification des lettres royales et l'interdiction de l'ordonnance d'octobre 1648<sup>1245</sup>. Enfin, les remontrances du parlement de Bretagne du 2 mai 1788 invoquent la déclaration du mois d'octobre 1668 [*sic*] de Louis XIV, laquelle dispose que « *l'on ne pourra tenir aucun, même particulier du Royaume, plus de trois jours en prison sans l'interroger* »<sup>1246</sup>.

La référence à l'ordonnance criminelle montre l'aspect « libéral » du discours parlementaire relatif à la procédure : la norme est invoquée dans sa dimension « préventive », sans aucun rapport avec la production de la vérité judiciaire. Elle est un moyen légal de protection de la liberté d'un individu face à un commandement dont la nature juridique et judiciaire n'est pas encore déterminée. C'est au juge qu'il incombe

---

<sup>1241</sup> Arrêt du parlement de Rouen, 15 avril 1771 ; Remontrances du parlement de Besançon du 11 mars 1771 ; Protestation du parlement de Bretagne, 23 octobre 1771. Les trois remontrances sont dans : *Recueil des réclamations, remontrances, lettres, arrêts, arrêtés, protestations des Parlemens, Cours des Aides, Chambres des Comptes, Bailliages, Presidiaux, Elections, au sujet de l'Edit de Décembre 1770...*, Tome II, Londres, [s.n.], 1773, p. 236-237, 383 et 563 respectivement.

<sup>1242</sup> *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France...*, *op. cit.*, p. 516.

<sup>1243</sup> Il s'agit d'une lettre close qu'interdit deux commissaires du parlement d'enquêter sur l'administration de l'hôpital des Quinze-vingts. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 491.

<sup>1244</sup> *Ibid.*, Tome III, p. 717.

<sup>1245</sup> *Remontrances du parlement de Toulouse, du 21 avril 1788, concernant les lettres de cachet : et la détention de M. de Catellan, Avocat Général, au Château de Lourde*, [s.l.n.], p. 12.

<sup>1246</sup> Citées par : LE MOY, A., *Remontrances du parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, *op. cit.*, p. 147 (souligné dans le texte). En réalité, il s'agit de l'article 15 l'ordonnance de 1648 tel qu'il est présenté par le Cardinal de Retz dans ses *Mémoires* et repris au XVIII<sup>e</sup> siècle par Mirabeau.

cette détermination et ses conséquences sur la liberté individuelle. Or, si le discours de la magistrature se heurte à l'absence de précédents législatifs, la contestation politique des lettres de cachet est de plus en plus virulente.

## ii. *Les arguments politiques*

La dénonciation des lettres de cachet est un élément qui s'ajoute au discours parlementaire plus général relatif au respect des formes de la monarchie. En effet, aux distinctions entre l'administration et la justice, la commission et l'office, le conseil de cabinet et le conseil légal – passant par l'ébauche d'une séparation fonctionnelle des pouvoirs publiques –, la magistrature incorpore la limitation organique du dispositif des lettres de cachet.

Durant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, elle élabore l'idée que les lettres de cachet ne sont nullement un moyen de gouvernement légitime, mais bien l'expression d'une « puissance absolue ». Puisque les rois doivent « régner par les lois »<sup>1247</sup>, les parlementaires ne peuvent pas concevoir l'usage de ces lettres comme l'expression de la volonté authentique du roi. De plus, au quotidien, elles sont très nombreuses, de sorte qu'il est pratiquement impossible de vérifier à chaque fois leur origine royale. Ainsi, les parlements dénoncent les fissures dans l'édifice intellectuel qui justifiait l'usage des lettres de cachet<sup>1248</sup>.

Les remontrances de la Cour des aides du 14 août 1770 sont le premier exemple d'une argumentation systématique contre ces lettres. En l'espèce, elles visent les actes des fermiers<sup>1249</sup> contre un particulier, Monnérat, emprisonné pendant vingt mois<sup>1250</sup>. La cour ne réfute pas en principe l'usage des lettres royales permettant d'entrer dans un lieu pour extraire une personne soupçonné de contrebande ou un autre crime – pour éviter « l'abus de l'asyle des lieux privilégiés » –, mais elle les qualifié bien d'« ordres illégaux »<sup>1251</sup>. Souvent, elles autorisent les agents royaux à dresser un procès-verbal de

---

<sup>1247</sup> Les remontrances évoquent davantage l'exemple d'Henri IV. SWANN, J., « Un monarque qui veut "régner par les lois"... », *op. cit.*, p. 51.

<sup>1248</sup> SWANN, Julian, « Les parlementaires, les lettres de cachet et la campagne contre l'arbitraire de la justice... », *op. cit.*, p. 189-192.

<sup>1249</sup> Les fermiers-généraux forment la compagnie de la Ferme Générale, ils perçoivent les impôts indirects comme la gabelle sur le sel ou les aides sur les boissons. Ils sont nommés par le roi mais ne bénéficient pas du statut d'officiers. En revanche, du fait de leur fonction dans l'administration fiscale, il en découle le contrôle et la sanction lors de l'évasion desdits impôts. Voir : DURAND, Yves, « Ferme, ferme générale » et « Fermiers généraux », *Dictionnaire de l'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 542-543.

<sup>1250</sup> Un récit succinct de l'affaire se trouve dans l'introduction écrit par Valérie Van Crugten-André de l'ouvrage *Malesherbes à Louis XVI, ou les avertissements de Cassandre : mémoires inédits, 1787-1788*, Paris, Tallandier, 2010, p. 33-34.

<sup>1251</sup> *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France...*, *op. cit.*, p. 506.

la capture et faire un premier interrogatoire. Cependant, la cour ne reconnaît pas aux fermiers ni juridiction ni compétence pour emprisonner les particuliers, affirmant qu'une fois la personne est capturée, « on doit la mettre entre les mains de la Justice »<sup>1252</sup>. En ce sens, les fermiers seraient responsables de l'usage abusif des lettres closes en cas de prolongement de la détention sans procès judiciaire, d'autant qu'ils les utilisent pour « punir les fraudeurs par administration », c'est-à-dire, sans constater les faits au moyen des « preuves juridiques »<sup>1253</sup>. Ils diluent néanmoins leur responsabilité en faisant évoquer les procès devant le Conseil du roi. Pour la Cour des aides, il s'agit *in fine* de tout un appareil ministériel qui abuse de l'autorité royale et anéantit les lois sous prétexte de « secret de l'administration ». Or, au-delà de l'analyse institutionnelle, la cour insiste sur la « barbarie » de telles entreprises, contraires non seulement à l'ordre de la justice, mais à « l'humanité même »<sup>1254</sup>. Les remontrances s'attardent sur les conditions de détention pénibles de Monnérat<sup>1255</sup> pour convaincre le roi du risque d'indulgence envers les fermiers responsables : la mansuétude à l'égard de ceux-ci serait perçue par le peuple comme un déni de justice.

Les remontrances du parlement de Paris du 13 février 1785 n'hésitent pas à qualifier les lettres de cachet comme « les armes familières d'un nouveau régime »<sup>1256</sup>. Le risque de despotisme est présent : la nature secrète de ces ordres fait que ni le roi, ni ses ministres, ne soient capables de contrôler leur utilisation par des « mains intéressées à en abuser »<sup>1257</sup>. La sûreté personnelle des citoyens ne saurait être garantie tant que le dispositif existe. Trois ans après, les parlementaires parisiens dressent un diagnostic accablant :

« Le peuple en silence ose à peine élever sa pensée vers ce pouvoir inconcevable qui dispose des hommes sans les juger, sans les entendre, qui les plonge et les retient à son gré dans d'épaisses ténèbres, où trop souvent ne pénètre pas plus la

---

<sup>1252</sup> *Ibid.*, p. 506.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, p. 510.

<sup>1254</sup> *Ibid.*, p. 516.

<sup>1255</sup> « Il existe dans le Château de Bicêtre des cachots souterrains creusés autrefois pour y enfermer quelques fameux criminels qui, après avoir été condamnés au dernier supplice, n'avaient obtenu leur grâce qu'en dénonçant leurs complices ; & il semble qu'on ne s'étudia à ne leur laisser qu'un genre de vie qui leur fit regretter la mort. On voulut qu'une obscurité entière régnât dans ce séjour. Il fallait cependant y laisser entrer l'air absolument nécessaire pour la vie, on imagina de construire sous terre des piliers percés obliquement dans leur longueur, & répondant à des tuyaux qui descendent dans le souterrain, c'est par ce moyen qu'on a établi quelque communication avec l'air extérieur, sans laisser aucun accès à la lumière. Les malheureux qu'on enferme dans ces lieux humides & nécessairement infects, quand un prisonnier y a séjourné plusieurs jours, sont attachés à la muraille par une lourde chaîne, & on leur donne de la paille, de l'eau & du pain [...] », *ibid.*, p. 507-508.

<sup>1256</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 606.

<sup>1257</sup> *Ibid.*, p. 606.

lumière du jour que le regard des lois [...] ; vers ce pouvoir qu'exercent impunément des ministres, des commis, des agents de la police; vers ce pouvoir, enfin, qui, depuis les ministres jusqu'au dernier des instruments de la police, établit sur nos têtes une longue chaîne d'opresseurs formidables, devant lesquels toutes les lois de la nature et de l'État doivent rester muettes. »<sup>1258</sup>

Les parlementaires de province reprennent cette argumentation. Pour les toulousains, la lettre de cachet est un ordre arbitraire qui ôte au citoyen « les moyens de se justifier », mais elle sert aussi à « punir arbitrairement » et à « blesser la sécurité publique »<sup>1259</sup>. Elle représente essentiellement un moyen d'oppression au service des puissants, mais est utilisée aussi avec le prétexte de « sauver l'honneur des familles que compromettrait une condamnation juridique »<sup>1260</sup>. Les dauphinois considèrent que les lettres de cachet expriment la « volonté momentanée du Prince » et qu'elles conduisent à un « état d'esclavage »<sup>1261</sup>. Pour les nancéiens, les lettres closes portent atteinte aux formes judiciaires et par conséquent à la sûreté des citoyens<sup>1262</sup>. Les bretons refusent l'usage des lettres de cachet dans tous les cas, même pour la sauvegarde de l'honneur qu'ils qualifient de « préjugé barbare »<sup>1263</sup>, et évoquent les « milliers de victimes ignorées qui ont péri dans les prisons d'État »<sup>1264</sup>. Ils concluent que le pouvoir arbitraire exercé au moyen des lettres de cachet ôte tout aux citoyens : « il n'y a plus pour eux de patrie, plus de parents, d'amis, de concitoyens, de lois, des tribunaux »<sup>1265</sup>. En outre, les remontrances relatives aux lettres de cachet évoquent les lieux communs du despotisme : le « gouvernement asiatique »<sup>1266</sup> – à l'instar du despotisme persan – ainsi que la référence aux empereurs romains « qui ordonnaient à leurs sujets de mourir »<sup>1267</sup>. Ils sont les signes de la peur bien réelle quant à la décadence de la monarchie qui ressentaient les magistrats.

<sup>1258</sup> Remontrances du 11 mars 1788. *Ibid.*, p. 714.

<sup>1259</sup> *Remontrances du parlement de Toulouse, du 21 avril 1788, Concernant les Lettres de Cachet et la détention de M. de Catellan, Avocat Général, au Château de Lourde*, [s.l.n.], p. 28

<sup>1260</sup> *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>1261</sup> *Remontrances du parlement de Dauphiné, Concernant les Lettres-de-Cachet, & l'Arrêt du Conseil du 5 janvier 1788*, [s.l.n.], p. 2.

<sup>1262</sup> *Remontrances du parlement de Nancy, arrêtées le 12 janvier 1788, sur les Ordres d'Exil & Lettres de Cachet*, [s.l.n.], p. 3-4.

<sup>1263</sup> Remontrance du 2 mai 1788, citées par : LE MOY, A., *Remontrances du parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, *op. cit.*, p. 147-149.

<sup>1264</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>1266</sup> NEAIMI, Sadek, « Un fantôme politique : le despotisme oriental », *L'horloger du sérail : aux sources du fantôme oriental chez Jean-Jacques Rousseau*, Paul Dumont et Remy Hildebrand (dir.), Istanbul, Institut français d'études anatoliennes, 2006, p. 155-166 ; THOMSON, Ann, « L'empire ottoman, symbole du despotisme oriental ? », *Rêver d'Orient, connaître l'Orient : Visions de l'Orient dans l'art et la littérature britanniques*, Lyon, ENS éditions, 2008, p. 177-196.

<sup>1267</sup> *Remontrances du parlement de Dauphiné, Concernant les Lettres-de-Cachet...*, *op. cit.*, p. 7.

La magistrature des dernières décennies de l’Ancien Régime recourt à la défense de la liberté des individus pour justifier un discours qui, à la veille de la Révolution, est manifestement contestataire. La dénonciation des lettres de cachet entérine l’idée de la responsabilité ministérielle et des agents administratifs de la royauté, en même temps qu’elle esquisse une critique du roi – ne serait-ce que par omission. De ce fait, les formes juridiques et judiciaires doivent être respectées y compris par le souverain : le discours de la magistrature avance ainsi, sans le nommer, l’idée d’un droit au procès appartenant à chaque individu.

## §2. *Les traces d’un droit au procès*

L’influence des théories jusnaturalistes, notamment par le biais de l’ouvrage *Maximes du droit public*<sup>1268</sup> est manifeste dans les remontrances parlementaires de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Les traces d’un droit *subjectif* des citoyens aux formes juridiques peuvent être perçues. Ainsi, le discours de la magistrature incorpore progressivement l’idée d’un droit naturel aux formes juridiques et judiciaires protectrices des libertés (A) et lui accorde une place privilégiée dans la hiérarchie des normes (B).

### A. *L’affirmation d’un droit naturel des individus*

L’usage de la notion de « droit naturel » est toujours l’objet de controverses dans l’histoire du droit. Elle réfère un droit « qui vient de la nature », et partant se définit comme un phénomène différent – quoique pas forcément contraire – au droit positif. Toutefois, ses contours ne sont guère clairs. L’apparition d’une École dit du Droit Naturel au XVII<sup>e</sup> siècle – dont les auteurs allemands sont les principaux représentants –, prétend délimiter le contenu de la notion *more geometrico*<sup>1269</sup>. Ainsi, le jusnaturalisme en tant qu’école influence la pensée juridique dans le royaume de

---

<sup>1268</sup> *Maximes du droit public français. Tirées des capitulaires, des Ordonnances du Royaume, & des autres monumens de l’Histoire de France*, Seconde édition, Deux Tomes, Amsterdam, Rey, 1775. Voir la bibliographie de référence *infra*, note de bas de page n° 1932.

<sup>1269</sup> GOYARD-FABRE, Simone, « L’hésitation conceptuelle du jusnaturalisme de Hobbes à Wolff », *RHFD*, n°8, 1989, p. 51-68 ; STRAUSS, Léo, « Le droit naturel », *Archives de philosophie*, (Tome 79), 2016/3, p. 453-484.

France, notamment au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1270</sup>. De ce fait, si la magistrature ancienne ne se réclame ni de l'École de Droit naturel, ni d'une systématisation de la notion de droit naturel, le concept est pourtant bien présent dans les remontrances parlementaires<sup>1271</sup>.

Durant les années 1750, les parlements affirment déjà certains principes de la procédure comme étant de droit naturel. L'une de premières occurrences de l'usage de la notion est en rapport avec le refus des sacrements : le parlement de Toulouse dans ses remontrances du 17 juillet 1752 y voit « une entreprise [...] contraire au *droit naturel* & à la Liberté des Citoyens ». L'argumentation est en rapport avec la logique des procédures judiciaires, car les ministres de la religion exercent « auprès des mourants les fonctions d'Accusateur, de Témoins & de Juges »<sup>1272</sup>. Le parlement de Dauphiné fait mention de cette notion à propos de la récusation des Juges : elle est « une Loi sage fondée sur le *droit naturel* & puisée dans les saines réflexions sur la faiblesse de l'humanité ». Or elle ne peut être confondue avec « les subterfuges de la chicane », visant notamment les évocations devant le Grand Conseil<sup>1273</sup>. La cour souveraine de Lorraine dénonce les traitements subis par trois de ses membres rappelant le « *droit naturel* [selon lequel] personne ne peut être condamné sans être entendue »<sup>1274</sup>. Les parlementaires parisiens amplifient l'idée en invoquant le droit naturel de l'accusé à une « instruction complète du délit », car elle seule « peut le conduire à la conviction judiciaire ou à la justification »<sup>1275</sup>. Le parlement d'Aix lie la complexité des procédures à la protection de « l'honneur, la sûreté, & la liberté légitime des Citoyens », qui ont comme conséquence « ces règles tirées du *droit naturel*, ces recherches scrupuleuses, ces formalités multipliées ». Il vise en l'occurrence les règles relatives aux témoins : ils doivent être liés « par la religion du serment » et l'accusé peut les récuser car « tout est pesé, discuté, examiné avec la plus grande

---

<sup>1270</sup> Les traductions de Jean de Barbeyrac font connaître les ouvrages des auteurs comme Hugo Grotius et Samuel Pufendorf. Voir : PÄIVÄRINNE, Meri, *Jean Barbeyrac, traducteur et homme de lettres*, Thèse de Doctorat, Faculté de Lettres, Université d'Helsinki, Helsinki, 2018, 210 p.

<sup>1271</sup> Les travaux de Marie-France Renoux-Zagamé montrent bien l'évolution des notions tel que *droit des gens*, *droit naturel* et *civilité* dans le discours des juristes des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècle. Voir également : DI DONATO, Francesco, « La conception du droit naturel dans la pensée et la pratique des juristes français et italiens (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles) », *Un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge*, Actes du Colloque International de l'AFHIP (Poitiers, Mai 2009), PUAM, 2010, p. 107-128.

<sup>1272</sup> *Les très humbles remontrances du parlement de Toulouse*, [s.l.n.], 17 juillet 1752, p. 5-6 (nous soulignons).

<sup>1273</sup> L'on voit ici le caractère flou du droit naturel. Il s'impose comme une évidence qui porte cependant certains risques. *Remontrances du parlement de Grenoble*, [s.l.n.], 10 avril 1756, p. 18-19 (nous soulignons).

<sup>1274</sup> *Très humbles et très respectueuses remontrances que présentent au Roy, notre honoré et souverain seigneur, les gens tenans sa cour souveraine de Lorraine et Barrois...*, *op. cit.*, p. 17 (nous soulignons).

<sup>1275</sup> Remontrances du 4 avril 1759. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 180.

exactitude »<sup>1276</sup>. La Cour des aides de Montpellier dénonce les commissions qui jugent en dernier ressort en matière de contrebande, évoquant également « les oppositions, les récusations, les prises à partie [...], moyens que le droit naturel et civil ont ménagés pour parer la lésion »<sup>1277</sup>.

Le ton des remontrances se fait parfois plus provocateur, comme dans celles du parlement de Paris du 4 mars 1764 relatives au procès de l'archevêque de Paris : « Sire, de quel poids doit être à vos yeux le droit naturel qu'a tout citoyen à l'usage de sa liberté légitime [...], le droit aussi respectable de tout accusé à l'instruction régulière d'une accusation toujours sujette à désaveu [...] »<sup>1278</sup>. Quelquefois, elles invoquent l'« humanité », ou plutôt les « droits de l'humanité », pour montrer en quoi les formes judiciaires sont liées à la liberté des individus. Le parlement de Paris reconnaît ainsi le danger que les procédures judiciaires représentent pour les particuliers, en les rapprochant avec la certitude des jugements :

« Il est de droit naturel que toute instruction criminelle soit suivie d'un jugement, que les horreurs qui accompagnent l'instruction criminelle ne sont ni légitimes, ni compatibles avec l'humanité, qu'autant que l'innocent qui y est exposé peut avoir la ferme confiance que, lorsqu'à l'aide des formes rigoureuses de l'instruction judiciaire la lumière de la vérité aura percé le voile de la calomnie, la justice, parvenue à cet unique objet de ses vœux, se hâtera de publier son innocence [...] »<sup>1279</sup>

Les formes judiciaires, malgré leur rigueur, sont conçues comme des droits subjectifs des justiciables. Le parlement de Paris remontre au roi le 21 janvier 1779 « l'infraction portée à l'ordre judiciaire et [à] la sûreté des sujets » lorsqu'un particulier déchargé « par le jugement légal de ses juges naturels puisse encore courir le risque d'une nouvelle instruction »<sup>1280</sup> – en l'occurrence par la juridiction des Requêtes de l'Hôtel face à une décision du parlement de Toulouse favorable à Monsieur Jean Rigaud

---

<sup>1276</sup> Remontrances du 1<sup>er</sup> juin 1759. *Recueil d'arrêtés, articles & remontrances de différentes classes du Parlement, au sujet de ce qui s'est passé au Parlement séant à Besançon*, [s.l.n.], 1759, p. 64-65 (nous soulignons). Voir de même, à ce sujet, les remontrances du parlement de Paris du 8 mai 1768. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 931.

<sup>1277</sup> Remontrance du 9 février 1764. DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, op. cit., 147.

<sup>1278</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 483.

<sup>1279</sup> Remontrances du 20 mars 1768. *Ibid.*, Tome II, p. 849.

<sup>1280</sup> Remontrances du 21 janvier 1779. *Ibid.*, Tome III, p. 447-448.

de Belbese<sup>1281</sup>. Quelques années plus tard, dans ses remontrances contre les lettres de cachet, les robins parisiens utilisent un raisonnement jusnaturaliste : la liberté individuelle « consiste à pouvoir vivre suivant les lois », car la nature de l'homme est de « s'unir à ses semblables et de vivre en société, assujetti à des conventions générales »<sup>1282</sup>. Les lettres de cachet visent par leur nature même à s'affranchir de ses conventions générales. De la sorte, elles sont « incompatibles avec l'usage de la raison, mais la raison est l'état naturel de l'homme comme la société », elles sont *in fine* contraires aux « droits du genre humain, [aux] principes fondamentaux de la société, [aux] plus vives lumières de la raison, [et aux] plus chers intérêts du pouvoir légitime »<sup>1283</sup>.

En outre, la conservation de soi-même est érigé en principe, en « première règle de la justice », ce qui comporte tant la conservation de la propriété privée des individus que celle de leur honneur. La première est clairement énoncée comme un droit : « Nul citoyen ne peut être dépouillé de sa propriété que par l'effet d'un acte volontaire ou d'une condamnation légale »<sup>1284</sup>. De cette déclaration découlent aussi bien les formes légales de condamnation que celles de participation à la fixation de l'impôt. Le second est un droit dont « nul acte de puissance absolue ne peut priver aucun citoyen [...], parce qu'il n'est point d'autorité qui puisse forcer d'abandonner ce qu'elle ne peut produire »<sup>1285</sup>. Autrement dit, le pouvoir du souverain ne peut toucher l'honneur des citoyens ; il peut seulement le faire au regard de la loi et suivant les formes judiciaires qu'elle contient. Ces deux termes – la propriété et l'honneur – sont finalement « consacrés » dans la déclaration du parlement de Paris du 3 mai 1788 : d'une part, « Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés » et d'autre part, « le droit, sans lequel tous les autres sont inutiles, celui de n'être arrêté, par quelque ordre que ce soit, que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents »<sup>1286</sup>.

L'incorporation d'un droit naturel aux formes de la justice appartenant aux individus se réalise de progressivement et de manière paradoxale : elle se présente

---

<sup>1281</sup> Quelques traces du procès se trouvent dans : *Gazette des tribunaux, ouvrage périodique contenant les nouvelles des tribunaux...*, Tome VII, Numéro premier, Paris, Desnos, 1779, p. 266-267.

<sup>1282</sup> Remontrances du 11-13 mars 1788. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 715.

<sup>1283</sup> *Ibid.*, p. 717.

<sup>1284</sup> Remontrances du parlement de Paris, 25 avril 1777. *Ibid.*, p.389.

<sup>1285</sup> Remontrances du parlement de Paris, 2 septembre 1770. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 147.

<sup>1286</sup> *Ibid.*, p. 746.

comme la raison évidente vers laquelle toute l'humanité tend, mais elle invoquée surtout comme une dénonciation des pratiques du gouvernement. Elle induit par ailleurs la résistance que le parlement de Paris énonce dans la déclaration du 3 mai 1788 quand il déclare qu'il remettrait « le dépôt inviolable [des lois] entre les mains du Roi » s'il est réduit « à l'impuissance de maintenir [...] les principes contenus au présent arrêté »<sup>1287</sup>.

Les éléments jusnaturalistes des remontrances parlementaires ne permettent pas pour autant de conclure, comme le rappelle Elina Lemaire, qu'ils jettent « les bases d'une anthropologie libérale susceptible de fonder une limitation de la puissance souveraine »<sup>1288</sup>. Ils sont principalement invoqués pour étaler les dénonciations spécifiques des pratiques de gouvernement que les parlementaires présentent volontiers comme une « violation manifeste du droit naturel »<sup>1289</sup>. Or, l'argumentation jusnaturaliste d'un « droit au procès » est également accompagnée d'une hiérarchisation de ses sources dans le droit positif.

### ***B. La « constitutionnalisation » de la norme procédurale***

Les cours souveraines d'Ancien Régime revendiquent la prérogative de donner la forme légale à la volonté souveraine<sup>1290</sup>. Cette fonction s'est élargie au regard de ce que le « discours du Palais » conçoit comme le Droit, notamment par le biais d'une hiérarchie des normes floue mais opérationnelle<sup>1291</sup>. La notion de « lois fondamentales » – dont Achille de Harlay affirme à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle leur caractère « immuable et inviolable » – est maintes fois utilisée dans les remontrances de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1292</sup>. En effet, le discours de la magistrature qualifié de plus en plus ces lois du royaume de « constitution de la monarchie », en même temps qu'il incorpore à ce *corpus* les principes relatifs à l'ordre judiciaire.

La première occurrence de la notion de constitution pour faire référence à l'ordre judiciaire du royaume apparaît dans les remontrances du parlement de Paris du 1<sup>er</sup> mars

---

<sup>1287</sup> *Ibid.*, p. 746.

<sup>1288</sup> LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>1289</sup> Remontrances du parlement de Bordeaux, 4 mars 1788. BN, 8° Lb<sup>39</sup> 528, p. 11. Citées par : LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1290</sup> Voir *supra*, p. 103-112.

<sup>1291</sup> Voir sur ce sujet : DI DONATO, F., « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime... », *op. cit.*, p. 237-292.

<sup>1292</sup> Remontrances du 27 novembre 1755, du 24 juin 1763, 19-20 mars 1768, 7 décembre 1770. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 17, 342 et 876-877 ; Tome III, p. 178.

1721. Elle est exclusivement liée à la prérogative du parlement de juger les pairs du royaume. En revanche, à partir des grandes remontrances du 9 avril 1753, les parlementaires parisiens introduisent les formes judiciaires – les justices et juridictions ordinaires – en tant que composant de la constitution de l'État<sup>1293</sup>. Désormais, l'ordre constitutionnel sera évoqué à chaque fois que les parlementaires s'opposent à la *jurisdiction* prétendue par certaines institutions de la monarchie comme le Grand Conseil<sup>1294</sup>. En novembre 1760, les remontrances parisiennes lient l'inamovibilité des officiers de justice en tant que partie de la Constitution de l'État aux « droits qu'ont tous les citoyens en général de ne pouvoir être punis que conformément aux lois et après un examen juridique fait par leurs juges naturels »<sup>1295</sup>. L'intégration du juge naturel<sup>1296</sup> en tant que partie de la constitution de la monarchie suppose la complétude de l'ordre judiciaire : « il est dans la constitution de l'État un ordre et une gradation de juridiction préparée pour tous les cas possibles, et toujours capable de répondre d'une manière régulière aux prérogatives et aux droits inviolables de chaque classe de citoyens prévenus de délits »<sup>1297</sup>. Pour les parlementaires bisontins, l'ordre implique même l'existence de deux degrés de juridiction<sup>1298</sup>. Pour la Cour des comptes montpelliéraine, les nouveautés – notamment les commissions de justice – altèrent la constitution de l'État et par conséquent l'impression de complétude de l'ordre juridictionnel qui garantit « les lumières et l'impartialité des juges »<sup>1299</sup>. Lors des affaires du parlement de Bretagne au milieu des années 1760, ses remontrances affirment que la constitution de la monarchie ne distingue pas entre les lois qui assurent les intérêts du trône et celles qui concernent la « liberté légitime des sujets »<sup>1300</sup>.

---

<sup>1293</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome I, p. 570.

<sup>1294</sup> *Ibid.*, Tome II, p. 15.

<sup>1295</sup> *Ibid.*, Tome II, 217.

<sup>1296</sup> Par exemple dans l'arrêt du parlement de Grenoble du 30 mars 1759.

<sup>1297</sup> Remontrances du parlement de Paris, 2 février 1766. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome II, p. 537.

<sup>1298</sup> « L'établissement de deux degrés de juridiction a sa source dans le Droit public de votre Royaume ; c'est une loi fondamentale observée dès les premiers temps de la Monarchie », remontrances du 25 novembre 1761. BN : LB<sup>38</sup>880 (2), p. 728, citées par : VERGNE, A., *La notion de constitution d'après les cours et assemblées...*, op. cit., p. 133.

<sup>1299</sup> Remontrances de la Cour des Comptes, Aides et Finances de Montpellier, 9 février 1764, DUFÉY, P.-J.-S., *Histoire, actes et remontrances des parlements de France...*, op. cit., p. 148.

<sup>1300</sup> Les remontrances continuent ainsi : « Au premier rang de ces lois sont celles qui président l'accusation, à la poursuite du crime, à la défense de l'innocence et de la sûreté ; le rapport immédiat de ces lois avec la liberté, la propriété personnelle et l'honneur de tous les citoyens, les lie intimement aux lois fondamentales de l'État, et leur donne la nature et la force ; elles établissent pour tout citoyen accusé et dénoncé en face de la loi le droit essentiel de prétendre à une justification juridique, à un jugement légal dans le tribunal naturel et compétent. Si l'accusé est coupable, la loi le punit, mais sans impression de haine, de cabale, de vengeance ; s'il est innocent, elle l'absout dans partialité ; elle s'arme de toute sa sévérité pour indiquer, pour découvrir et pour punir les délateurs de l'innocence persécutée. Le droit de l'accusé à cette justification légale n'est pas un droit flexible et momentané ; l'autorité souveraine ne peut jamais être intéressée à le restreindre, et elle l'est toujours à le garantir ; toute autre autorité est faite pour le respecter, le calomnieux pour le craindre ; quelque puissant qu'il soit, il est de la majesté du trône qu'il ne puisse l'éluder ; l'innocent seul peut y renoncer, mais c'est lorsqu'il n'existe aucun nuage sur la

Quelques années plus tard, le 8 janvier 1775, le parlement de Paris précise ce rapport en soulignant l'intérêt pour les justiciables :

« Ce droit primitif et inhérent à la constitution de la Monarchie [...] est moins celui des magistrats que celui des justiciables, de l'honneur, de la vie et de la propriété desquels il est la principale sauvegarde ; sans ce droit, il ne saurait exister de tribunaux ni de magistrature : ce qui réduirait tout l'ordre judiciaire à des commissions, de tout temps l'effroi des peuples et l'objet des justes réclamations des tribunaux et des États généraux du Royaume. »<sup>1301</sup>

Au fond, c'est l'idée d'une « heureuse impuissance »<sup>1302</sup> du souverain d'affirmer que la monarchie française est un État dont « la constitution exige des lois et des formes invariables »<sup>1303</sup>. Pour la magistrature, ces formes ne concernent pas exclusivement l'ordre judiciaire, mais aussi la production normative. En ce sens, le droit au procès que les parlementaires envisagent est inséparable des formes qu'instituent les normes touchant les libertés des citoyens. L'enregistrement et vérification des édits et lettres patentes, étant la forme constitutionnelle à même de donner vigueur aux lois, ne peut être remplacée – comme le répètent tout autant les remontrances parlementaires de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Elle est d'autant plus nécessaire lorsque les nouveautés peuvent porter atteinte aux « droits des différents ordres ou des différentes classes des sujets »<sup>1304</sup>.

La même heureuse impuissance se manifeste dans les remontrances concernant les atteintes à la propriété des citoyens qui tient, tout comme la liberté, à la constitution de l'État<sup>1305</sup>. Voilà pourquoi les parlementaires parisiens s'insurgent en 1769 contre un arrêt du Conseil du roi qui suspend les privilèges de la Compagnie des Indes, car il « attaquerait la propriété, qui fait partie de l'existence du citoyen ». Ils supplient ainsi

---

réalité de sa justification, c'est lorsqu'il en éprouve les suite nécessaires, c'est lorsqu'à ces signes certains la nation et la magistrature n'y peuvent plus méconnaître les effets d'une justification légale ». Parlement de Bretagne, remontrance sans date précise (établie entre 1769-1771). *Ibid.*, p. 180-181.

<sup>1301</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 263-264.

<sup>1302</sup> REGAD, Caroline, « L'affaire des légitimés (1714-1723) au regard du droit constitutionnel ou comment "Garder la Constitution de la monarchie" », Carnet de recherches « *Parlement(s) de Paris et d'ailleurs (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s.)* », Hypothèses.org, 7 juin 2017, disponible sur : <https://parlementdeparis.hypotheses.org/1399> (consulté le 9 mai 2020).

<sup>1303</sup> Remontrances du parlement de Paris, 20 janvier 1760. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome II, p. 276.

<sup>1304</sup> Remontrances du parlement de Paris, 8 janvier 1775. *Ibid.*, Tome III, p. 256.

<sup>1305</sup> Remontrances du parlement de Paris, 1<sup>er</sup> juin 1766. *Ibid.*, Tome II, p. 575. Voir également les remontrances de la Cour des aides du 10 août 1770 : « La propriété, Sire, est le droit essentiel de tout Peuple qui n'est pas esclave ; l'impôt souvent nécessaire, est néanmoins une dérogation à ce droit ». *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France...*, *op. cit.*, p. 530.

le roi « de ne pas s'écarter des formes anciennes qui tiennent à la constitution et à la stabilité de l'État ». Il s'agit en l'espèce, selon les mots des parlementaires, d'une attaque directe à la propriété<sup>1306</sup>.

Cependant, les « attaques à la propriété » peuvent être moins directes comme dans le cas des impôts. La Cour des aides affirme que les lois fondamentales de toutes les monarchies consacraient aux origines que « les impôts n'étaient établis que du consentement des Peuples donné dans les Assemblées des États »<sup>1307</sup>. Les remontrances parisiennes du 26 janvier 1778 évoquent le cas des subsides ou d'impôts – les vingtièmes en l'espèce – par leur nature étant momentanés mais qui deviennent indéfinis en vertu des arrêts du Conseil du roi. Cette prorogation « attaquerait la Constitution de l'État, qui garantit à tous ses membres une propriété inaltérable »<sup>1308</sup>. C'est en effet principalement sur la question fiscale que la magistrature ancienne développe l'idée que la procédure est déterminante dans la constitution de l'État. Si les formalités ne sont pas minutieusement déterminées, elles ont toutefois une finalité claire : le consentement à l'impôt des contribuables. Pour les parlementaires parisiens « tout propriétaire a droit d'accorder les subsides, ou par lui-même, ou par ses représentants ; s'il n'use pas de ce droit en corps de Nation, il faut bien y revenir individuellement ; autrement il n'est plus maître de sa chose »<sup>1309</sup>.

À la fin de l'Ancien Régime, plusieurs parlements font de l'appel aux assemblées des trois ordres la forme constitutionnelle par excellence. Celui de Paris affirme, par exemple, que : « la Constitution exige [...] en matière de subsides, l'octroi préalable des États généraux, pour être sûr que la volonté du Roi sera conforme à la justice et ses demandes aux besoins de l'État »<sup>1310</sup>. Ceux de province invoquent la constitution de leur pays. Les parlementaires normands évoquent par exemple la charte aux Normands<sup>1311</sup> et les « anciens Monuments de la sagesse de nos Rois » qui disposent

<sup>1306</sup> Remontrances du 3 septembre 1769. FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome III, p. 73.

<sup>1307</sup> Remontrances de la Cour des aides du 10 août 1770. *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France...*, op. cit., p. 530.

<sup>1308</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, op. cit., Tome III, p. 408. Quelques années plus tard, le parlement de Besançon avance la même idée : « l'impôt le plus accablant pour une nation libre est celui, qui en épuisant ses forces, attaque en même temps sa constitution. La propriété des biens est aussi sacrée que la liberté des personnes, c'est à ce principe que les français doivent leur bonheur, et nos Rois leur puissance et leur gloire. L'établissement des dixièmes et des vingtièmes ont donné atteinte à la propriété, leur accroissement et leur durée la rendraient enfin une illusion » AN : K708, pièce 25, f° 2v°, cité par : VERGNE, A., *La notion de constitution d'après les cours et assemblées...*, op. cit., p. 167.

<sup>1309</sup> Remontrances 23-26 janvier 1778. *Ibid.*, Tome III, p. 404.

<sup>1310</sup> Remontrances du 11-13 avril 1788. *Ibid.*, Tome III, p. 740.

<sup>1311</sup> Octroyée par Louis X en 1315. *Charte aux Normands avec ses confirmations*, Caen, Le Roy, 1788, disponible sur Gallica. Voir également : POIREY, Sophie, « La Charte aux Normands, instrument d'une contestation juridique », *Images de la contestation du pouvoir dans le monde normand (X<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2007, p. 89-106.

« [qu'] aucun impôt ne peut être levé que de l'avis & *consentement* des États »<sup>1312</sup>. Les parlementaires bourguignons, eux, reconnaissent les délibérations des assemblées d'états comme forme de consentement de l'impôt mais elles ne se confondent pas avec « les formes de la législation essentiellement constitutives des droits de la royauté » – entendons, la vérification de l'acte dans le parlement<sup>1313</sup>. Les toulousains en font de même, citant les remontrances de la Cour des aides parisienne et parlant d'un consentement libre des peuples comme « préalable nécessaire à la création légitime des Impôts »<sup>1314</sup>, tout en revendiquant le droit de vérification de l'acte. Les bretons évoquent en 1789 leur constitution pour remontrer au roi qu'il faut que « nul citoyen ne soit privé du droit de concourir, au moins médiatement, aux délibérations qui affectent son état civil ou ses propriétés »<sup>1315</sup>. Ses exemples montrent que le discours de la magistrature associe de plus en plus les formes et les normes procédurales à l'idée de constitution de la monarchie, en insistant davantage sur l'aspect subjectif qu'elles revêtent et sur leur intangibilité. Néanmoins, le rappel des parlementaires de ce qu'à leurs yeux constitue un principe fondateur de la monarchie deviendra une réalité très différente quelques mois plus tard<sup>1316</sup>.

\*

\*            \*

---

<sup>1312</sup> *Itératives Remontrances du Parlement de Rouen au sujet de l'Edit du mois de Février dernier, & de la Déclaration du 3 du même mois*, Rouen, [s.n.], 26 juillet 1760, p. 20. Quelques années plus tard, les remontrances du parlement de Rouen affirment également que « les États assemblés ont seuls le droit d'octroyer l'impôt », *Itératives remontrances de 1788*, Bibliothèque Cujas, 50571, p. 6, citées par : LEMAIRE, E., *Grande robe et liberté...*, op. cit., p. 229.

<sup>1313</sup> *Très-humbles et très-respectueuses remontrances du parlement sénat à Dijon*, Dijon, [s.n.], 16 mars 1762, p. 36.

<sup>1314</sup> *Remontrances du Parlement de Toulouse sur l'Edit du mois d'Octobre dernier ; portant prorogation du Second Vingtième*, Toulouse, [s.n.], 12 janvier 1788, p. 10.

<sup>1315</sup> Remontrances du 12 mai 1789, citées par : LE MOY, A., *Remontrances du parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, op. cit., p. 156-157.

<sup>1316</sup> L'échec rapide des prétentions parlementaires, ainsi que le renversement de l'opinion populaire jadis favorable ont été largement étudiés. Nous nous tenons à quelques ouvrages à titre indicatif : BIDOUZE, Frédéric, *Haro sur les parlements, 1787-1790. Anthologie critique de pamphlets contre les parlements d'Ancien Régime*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2012 ; *ID.*, « La représentation parlementaire dans les pamphlets, 1771-1791 : de la menace révolutionnaire à l'incarnation du despotisme contre-révolutionnaire », 57<sup>e</sup> conférence de la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'État, CHP, 2011, vol. 2, p. 1323-1341 ; *ID.*, « Voltaire et le paradigme de "l'intolérance" parlementaire : entre ironie fanatique et propagande abusive au service de la justice », *Voltaire la tolérance et la justice*, John Renwick (dir.), La République des lettres 41, Peeters, Louvain – Paris-Walpole, M1, 2011, p. 291-315 ; CARRE, Henri, *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette, 1912 ; DECROIX, Arnaud, « Les Parlements, la réforme fiscale et l'opinion publique dans les dernières décennies de l'Ancien Régime », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 15, no. 1, 2011, p. 92-104 ; FIGEAC, Michel, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, 2006, 25<sup>e</sup> année, n° 3, Echec et magistrature, p. 385-400 (et globalement ce numéro comporte une réflexion sur la fin de l'Ancien Régime du point de vue des magistrats) ; LAFON, Jacqueline Lucienne, *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime*, Genève, Droz, 2001.

La « médiation patriarcale »<sup>1317</sup> des hauts officiers de justice, présentée auparavant comme un agencement objectif et historique des institutions, devient de plus en plus une méfiance à l'égard des agents administratifs – entendons « bureaucratiques » – de l'État. En ce sens, l'arrêt du parlement de Paris du 6 août 1787 présente une synthèse : les États généraux seuls peuvent « sonder et guérir les plaies de l'État » ; la monarchie est réduite au despotisme si les ministres peuvent « disposer des personnes par lettres de cachet, des propriétés par lits de justice, des affaires civiles ou criminelles par des évocations ou cassations, et suspendre le cours de la justice par des exils particuliers et des translations arbitraires »<sup>1318</sup>. L'élargissement des lois fondamentales de la monarchie dans le discours de la magistrature emporte ainsi, de manière sous-jacente, leur subjectivation : les formes qui deviennent « constitutionnelles » dans les remontrances concernent principalement les individus/citoyens en rapport avec une ou plusieurs procédures à travers lesquelles se manifeste la puissance de l'État. De ce fait, elles se rapprochent – ne serait-ce que théoriquement et malgré le développement du paradigme volontariste à l'époque révolutionnaire – de l'idée d'une constitution assurant « la garantie des droits » de l'homme et du citoyen consacrée dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

---

<sup>1317</sup> Sur ce sujet, voir : DI DONATO, Francesco, « La puissance cachée de la robe... », *op. cit.*, p. 89-116 ; *ID.*, « Le concept de "représentation" dans le doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige », *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/puam/135> (consulté le 15 novembre 2019) ; *ID.*, « Le gouvernement divisé des juges. Nouveaux modèles de la médiation patriarcale dans le monde contemporain », *Les désunions de la magistrature (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Jean-Christophe Gaven et Jacques Krynen (dir.), Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 69-112.

<sup>1318</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 693.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le rapport entre les libertés anciennes et les formes juridiques est invariablement présent – avec plusieurs déclinaisons – dans la pensée juridico-politique de la fin du Moyen Âge et de l'époque moderne. La liberté politique – celle qui s'exerce dans le cadre d'une organisation sociale et politique – est véhiculée principalement à travers un formalisme qui prétend stabiliser les moyens d'agir de la puissance publique. Or, loin d'être conçu exclusivement comme un « rempart » pour les détenteurs de la puissance, le formalisme permet aussi de la justifier. Le rapport entre les deux est de réciprocité : les formes d'exercice du pouvoir politique le légitiment tout autant qu'elles l'encadrent. C'est, au fond, la vieille dialectique entre deux adages du droit romain – celui d'Ulpien selon lequel le prince n'est pas soumis à la loi « *princeps legibus solutus est* » et la constitution *Digna vox* qui déclare que l'autorité du prince dépend de celle du droit « *adeo do auctoritate iuris nostra pendet auctoritas* »<sup>1319</sup> – mais reformulée dans le cadre autoréférentiel du binôme Souveraineté/État.

L'enquête en tant que technique de production du savoir est le principal outil *formel* du pouvoir politique pour faire la synthèse de cette dialectique. L'*inquisitio* instaurée à l'époque de Louis IX a deux finalités : la première consiste à établir une procédure – au sens d'enchaînement d'actes – dans laquelle on réduit la complexité des actions réalisées par les acteurs en les divisant. La seconde consiste à circonscrire la vérité publique au résultat d'une procédure officielle – c'est-à-dire dans laquelle les médiateurs ou acteurs de la procédure exercent un office ou charge public. Le dispositif technique de l'enquête rend concrète la délibération en tant que « processus de réflexion pratique qui conduit à une décision »<sup>1320</sup>. Là encore, la finalité est double car il s'agit de donner à la décision d'une part, la rationalité qui justifie sa production – elle devient un « objet juridique » parce qu'elle a traversé le chemin tracé par les formes – et d'autre part un caractère raisonnable qui légitime son application – la

---

<sup>1319</sup> *CJ*, I, 14, 4.

<sup>1320</sup> La délibération (*boulé*) conduit à la décision (*prohairesis*), selon la conceptualisation d'Aristote. Voir : HERNANDEZ VELEZ, J., « La délibération dans la monarchie française... », *op. cit.*, (article à paraître).

décision aura une efficacité parce qu'elle est le produit d'une délibération, c'est-à-dire, l'exercice concret de la prudence.

En outre, la technique de l'enquête permet de délimiter le champ des « formes juridiques ». Son usage depuis le XIII<sup>e</sup> siècle pour la détermination du droit coutumier est en ce sens exemplaire. Les coutumes sont en effet encadrées à travers les formes que la royauté impose progressivement : qu'elles soient « populaires » (l'enquête par turbe ou rédaction moyennant la participation des assemblées des trois ordres), jurisprudentielles (la détermination moyennant les formes judiciaires) ou même « professionnelles » (les actes de notoriété). De la sorte, la coutume – et partant, les « libertés originaires » des populations concernées – n'est pas opérationnelle que lorsqu'elle s'accorde avec les formes imposées par la royauté. Il en va de même pour la « loi » royale : malgré l'apparent pure volontarisme de Bodin et de ses continuateurs, la loi nécessite d'un minimum de formalités qui montrent tant sa rationalité autoréférentielle (sa place et sa justification dans l'ordre juridique du royaume ou de l'État) que sa raisonnable à l'égard des sujets (son caractère nécessaire et sa recherche du « bien commun »).

Les « formes » sont le cadre conceptuel dans lequel s'établissent les modalités de l'exercice du pouvoir souverain, tant dans la fonction de légiférer que dans la fonction de juger. Dans la première, il est question de trouver la raison de la norme ; dans la seconde, de rendre la justice. C'est parce que les formes cristallisent ce qu'il y a de stable dans la contingence, ce qui peut être abstrait du concret, qu'elles sont au centre du débat autour l'exercice du pouvoir politique. Ainsi, les juristes de l'époque moderne cherchent dans l'histoire les formes stables qui donnent un cadre de référence à leur réflexion. Plus que d'une contestation de la souveraineté comme paradigme de l'État, il s'agit de rechercher ce sur quoi il s'est construit, pour le conserver. Le faux clivage entre penseurs « absolutistes » et « constitutionnalistes » est plutôt une question de choix des formes – et de l'idée du respect qui en découle – dans l'exercice concret de la souveraineté. Au fond, aucun penseur de l'époque n'échappe pas au principe du respect des formes, y compris Bodin. Tous considèrent que l'exercice du pouvoir est « légal » exclusivement du fait de la souveraineté ; aucun ne songe vraiment que cette légalité ne soit revêtue des formes existantes, quitte à dénaturer la république ou pire, à détruire l'État.

Voilà pourquoi penser le droit au procès implique également les formes que permettent à la volonté souveraine de devenir « juridique » : *les formes judiciaires*,

celles qui comportent les procédures en justice, sont en principe issues – par leur origine ou même par assimilation – du pouvoir souverain de faire la loi. Une généalogie du droit au procès entendu comme droit aux « formes juridiques et judiciaires » doit prendre en compte leur rationalité, car c'est elle qui est en jeu au moment de l'acceptation des particuliers.

Les formes judiciaires s'inscrivent également dans la production d'un savoir, mais elles ont une finalité plus lourde à l'égard du sujet : l'octroi de la justice au cas par cas, ce qu'implique aussi une exigence de vérité « objective ». Le discours sur les formes juridiques, désormais lié au cadre autoréférentiel royal/étatique, permet d'entériner l'idée d'un jugement véritable. Autrement dit, d'un dévoilement de la vérité qui ne peut se faire qu'à travers les formes créées ou, le cas échéant, acceptées par la royauté. Celle-ci amplifie tout naturellement l'idée d'« exclusivité » qui en découle car elle lui permet d'imposer un pouvoir politique, tout en renforçant le principe du respect des procédures judiciaires garant de la vérité et par conséquent de la justice. Sur le plan dogmatique, les normes procédurales sont donc perçues comme une garantie, car elles produisent la vérité *formelle*, et *in fine* l'acte juste. D'elles découlent certains principes nécessaires au bon déroulement du procès, sans lesquels il n'y a nulle capacité de dévoiler la vérité et par conséquent nulle justice ne peut être rendue. C'est ainsi une vision « objective » des normes procédurales qui l'emporte au moins jusqu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle. Elle est également majoritairement partagée par la magistrature, qui focalise sa défense d'une juridiction ordinaire sur les aspects institutionnels de la justice, liés à leurs propres prérogatives en tant que corps de la monarchie.

Cependant, c'est la magistrature elle-même qui déplace la pensée autour du droit au procès vers une réflexion subjective sur la norme procédurale. Le justiciable est graduellement placé au centre de la réflexion. Les normes procédurales doivent certes chercher à dévoiler la vérité – ce qui donne la certitude subjective au justiciable et par conséquent une confiance en la justice –, mais elles doivent davantage protéger le justiciable face à l'exercice du pouvoir. C'est en insistant sur l'existence d'une « vraie justice » – à savoir : une « juridiction *ordinaire* », un « juge *naturel* », un « jugement *par les pairs* », une « instruction *légale* » –, que la magistrature esquisse sans la nommer l'idée d'un droit au procès appartenant aux individus. Elle apparaît en principe comme l'opposition entre les « formes légales » et l'« arbitraire » – ce qui n'a pas de forme juridique, qui porte en lui le germe du despotisme –, et se traduit institutionnellement en plusieurs *topoi* qui opposent *in fine* la *justice* et

*l'administration*. En outre, le discours parlementaire formule le droit au procès principalement par le biais de la dénonciation des atteintes de leurs confrères, mais il va s'étendre progressivement à tous les sujets du roi. En effet, malgré leur vision hiérarchique de la société et leur défense des ordres privilégiés, le discours parlementaire de la fin de l'Ancien Régime concernant le respect des procédures de justice en tant que *droits naturels appartenant aux individus* frôle le langage égalitariste de la Révolution. Certes la magistrature ne franchit pas le cap, mais son discours durant les dernières décennies de l'Ancien Régime partage quelques aspects avec l'idée du droit au procès exprimée dans la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et de la législation ultérieure.

## SECONDE PARTIE : Réaliser le droit au procès

---

Pour qu'il y ait un *droit au procès*, il doit exister un *droit du procès*. Ce dernier est hétérogène à l'époque concernée par cette étude, malgré l'intention croissante de la royauté d'accomplir son rêve d'unité<sup>1321</sup>. Il est composé : *primo*, de la législation royale concernant l'administration de la justice au moins depuis le XV<sup>e</sup> siècle ; *secundo*, des coutumes officielles rédigées qui traitent certains aspects de la procédure pour leur ressort ; *tertio*, des « styles » que la jurisprudence des cours souveraines crée au travers de l'exercice quotidien de la *jurisdictio* ; *quarto*, des droits savants (romain et canonique) qui apportent également des éléments à la pratique, malgré leur perte progressive de valeur ; *quinto*, de la doctrine qui compile et systématise les règles de procédure des différentes juridictions à travers les ouvrages à vocation pratique nommés « praticien », « style de procéder », « manière de procéder », « parfait praticien », entre autres.

L'intérêt est de présenter les sources qui soulignent l'importance de la procédure pour l'exercice du pouvoir politique, et notamment ce qui permet à l'« opinion publique » de prendre conscience du rapport entre les formes judiciaires et les libertés des individus. Les critiques de la justice ne sont certes pas l'apanage de l'époque moderne. Pour autant, la conscience des particuliers relativement aux formes judiciaires, la réflexion sur les modalités de la justice et la dénonciation des normes procédurales sont un souci permanent chez les juristes aussi bien que dans la « sphère publique ».

Le caractère composite des sources de la procédure judiciaire montre que l'idée du droit au procès se heurte à plusieurs écueils. L'efficacité de l'administration de la justice – qui pourrait même faire penser à l'efficacité d'un droit du procès « objectif » – est maigre. Alors, le premier constat est que le droit au procès dans les procédures de justice est ambivalent (Titre I). Les praticiens et réformistes dénoncent davantage les contrariétés et les ambiguïtés dans le contenu des normes procédurales aussi bien que l'inefficacité de la justice. Ils imposent ainsi, au fur et à mesure, l'idée d'un « droit subjectif aux formes juridiques » (Titre II).

---

<sup>1321</sup> Résumé par l'adage « une foi, une loi, un roi ». RIGAUDIERE, Albert, « Un rêve royal : l'unification du droit », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 148<sup>e</sup> année, N. 4, p. 1553-1567.



## TITRE I : LES AMBIVALENCES DU DROIT DU PROCES DANS L'ADMINISTRATION DE JUSTICE ROYALE

L'historiographie qualifie souvent l'appareil judiciaire de l'Ancien Régime d'*imbroglio*<sup>1322</sup>. En même temps, rétrospectivement, Tocqueville et ses continuateurs forgent l'idée selon laquelle cette complexité est l'apanage des idées de liberté chères aux sujets du roi. À première vue, les deux approches semblent contradictoires : il s'agit d'une administration de justice « compliquée, embarrassée, lente et couteuse », à travers laquelle on enseigne au peuple le « goût des formes » pour lui montrer la liberté<sup>1323</sup>. Or, si l'on tient au fait que le souverain est le protecteur des libertés et le débiteur de justice envers ses sujets, l'opposition présentée chez Tocqueville entre un prince qui a l'administration arbitraire et une justice réglée par les formes est loin d'être évidente<sup>1324</sup>.

Au-delà de la juxtaposition des différentes modalités de représentation de la justice souveraine<sup>1325</sup>, les arguments de nature procédurale sont au cœur de la pratique judiciaire. Elle est administrée à travers des formes que le souverain établit, il est question de chercher les plus adéquates. Le roi en tant que législateur et *fontes justitiæ* doit y réfléchir le premier ; mais c'est aussi un intérêt de tous ceux qui rendent la justice.

L'argumentation en faveur du respect des procédures judiciaires est très hétéroclite. Le contenu que les juristes de l'époque – y compris le roi – donnent au principe de soumission aux procédures établies est fort ambivalent. La réalisation d'un « droit au procès » sous l'Ancien Régime doit être ainsi nuancée. Certes, l'amélioration de la procédure judiciaire est un souci permanent pour la royauté ; mais elle ne suppose pas que ses éventuelles réformes soient favorables aux justiciables. Au contraire, d'elle dépend le maintien de l'ordre du royaume, fonction principale de la justice criminelle. Ainsi, la recherche d'un équilibre entre la *justice à l'égard des individus* et l'*ordre à*

---

<sup>1322</sup> ROYER, Jean-Pierre, DERASSE, Nicolas, ALLINNE, Jean-Pierre, *et alii*, *Histoire de la justice en France : du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010, p. 47.

<sup>1323</sup> TOCQUEVILLE, Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Levy Frères, 1856, p. 178 et 180.

<sup>1324</sup> *Ibid.*, p. 180-181.

<sup>1325</sup> L'on songe à la « représentation » des cours souveraines, à la « délégation » ou à la « rétention » de la justice par le souverain, aux commissions de justice.

*l'égard de la société* peut être perçue dans la législation royale et dans la doctrine procédurale.

Or, l'ambivalence du droit au procès est d'autant plus évidente si, à la réflexion purement dogmatique, on ajoute la pratique fréquemment éloignée du « devoir-être » proposé dans la législation et la doctrine. D'une part, les grandes ordonnances de reformation du XVI<sup>e</sup> siècle et les commentaires doctrinaux ultérieurs, affirment l'existence des garanties judiciaires et déterminent leur portée (Chapitre 5). D'autre part, ces garanties trouvent dans la pratique des obstacles qui mettent *in fine* en cause l'application effective d'un droit au procès (Chapitre 6).

## Chapitre 5. L'affirmation des garanties judiciaires

Les garanties judiciaires visent d'abord à l'accomplissement de l'idée du *procès équitable*. Actuellement, ces garanties peuvent être divisées en trois principaux éléments : la possibilité d'être entendu par une autorité publique, la préexistence d'un tribunal compétent et la publicité du procès<sup>1326</sup>. Elles sont envisagées comme des moyens de protection des droits fondamentaux, souvent contre l'action du législateur. Ainsi, la garantie judiciaire peut confronter le caractère fondamental d'un droit<sup>1327</sup> à la volonté du législateur, laquelle serait différente et même lui serait opposée. Or cette analyse passe par la division fonctionnelle des pouvoirs législatif et judiciaire.

La difficulté sous l'Ancien Régime réside dans le fait que, théoriquement, le législateur – qui « crée » les garanties judiciaires – est censé être aussi le juge qui les applique. Par conséquent, il pourrait les supprimer ou les laisser « en souffrance ». C'est pourquoi, depuis le Moyen Âge, les juristes se sont intéressés à situer les règles de la procédure judiciaire dans le domaine du droit naturel. Dès le XII<sup>e</sup> siècle, les interprétations des canonistes opposent la volonté divine créatrice de garanties judiciaires à la volonté du législateur temporel. Ultérieurement, ces idées forment un fonds commun des juristes, et cela même sous l'Ancien Régime<sup>1328</sup>. En même temps, au Moyen Âge, la justice royale supposait une amélioration par rapport aux justices seigneuriales, car elle se présentait comme garante des libertés contre l'arbitraire des seigneurs. Ainsi, entre l'obligation « supra-légale » du respect de l'*ordo judicarius* et la stratégie politico-juridique de la bonne justice royale, le roi dut éviter de transgresser ces « règles de droit naturel » lorsqu'il produisit la législation procédurale. Il en est de même pour ceux qui l'interprétèrent, l'appliquèrent, ou la commentèrent.

Sous l'Ancien Régime, le roi législateur affirme que sa justice ordinaire doit garantir ces acquis procéduraux médiévaux. Les juristes savants qui font office de conseillers, d'agents royaux, ou d'avocats entérinent aussi cette idée. Ainsi, les dispositions de la législation royale sur la justice consacrent certaines garanties judiciaires (Section 1) que la doctrine vient compléter et expliquer (Section 2).

---

<sup>1326</sup> D'après la définition donnée par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, article 6.

<sup>1327</sup> Et sa concrétisation à travers d'un procès fait avec toutes les garanties.

<sup>1328</sup> ASTAING, Antoine, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : Audace et pusillanimité de la doctrine française*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 52-54.

## Section 1. Les garanties judiciaires dans l'ordre juridique royal

Le roi affirme à travers la législation royale relative à l'administration de la justice sa souveraineté territoriale, en même temps qu'il développe un gouvernement s'uniformisant. De même, le passage vers une procédure dont la rationalité vise à l'établissement « objectif » des faits se présente comme une garantie en soi.

Néanmoins, la légende noire des ordonnances sur l'administration de justice de l'Ancien Régime est bien connue<sup>1329</sup>. La procédure civile est moins vilipendée du fait qu'il s'agit de litiges entre particuliers. La procédure criminelle, elle, est maintes fois attaquée par les réformateurs, car le particulier y fait face au pouvoir souverain : elle oppose la liberté individuelle du premier à l'impératif d'ordre et de sécurité du second. Si une bonne partie de l'historiographie relaie la légende, une autre, plus récente, la nuance en affirmant qu'il existait une certaine idée de « droits et garanties » de l'accusé à l'époque monarchique<sup>1330</sup>.

L'ordre juridique royal est davantage soucieux de chercher la vérité à travers les formalités judiciaires. C'est par le biais de cette recherche qu'il peut être aussi envisagé comme une garantie pour les sujets, car un juge « compétent » est chargé de trouver et de dire la vérité du droit à travers les formes juridiques spécifiques. Ainsi, il reconnaît et garantit l'existence d'une juridiction compétente (§1), qui doit suivre strictement une série de formes et de procédés pour pouvoir établir les faits objets du litige (§2).

### §1. La compétence du juge

La fonction de juger est « l'une des plus importantes & des plus honorables dont l'homme puisse être chargé »<sup>1331</sup>. Elle est revêtue de plusieurs dimensions : rendre la justice aux semblables, terminer les différends, venger les opprimés, être l'organe de la loi, voir la puissance s'abaisser devant elle et dicter ses décisions par une « sage & profonde équité »<sup>1332</sup>. En ce sens, les juges sont le pivot du pouvoir souverain, car ils

---

<sup>1329</sup> Voltaire est le principal colporteur, au XVIII<sup>e</sup> siècle, de cette légende. GARNOT, Benoît, *C'est la faute à Voltaire... Une imposture intellectuelle ?*, Paris, Belin, 2009.

<sup>1330</sup> Voir notamment : ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé...*, *op. cit.*, *passim*, et BLOT-MCAGNAN, Stéphanie, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : étude de la pratique angevine*, Rennes, PUR, 2010.

<sup>1331</sup> Verbo « juge ». GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, *op. cit.*, Tome XXXIII, 1780, p. 191.

<sup>1332</sup> *Ibid.*, p. 191.

« tiennent leur autorité du Roi, [qui] a reçu de Dieu le pouvoir de Juger »<sup>1333</sup>. Pour le monarque, déterminer qui peut juger n'est pas une tâche simple. Voilà pourquoi la législation royale s'attarde sur la compétence des juges au sens large<sup>1334</sup> : elle affirme l'existence d'un juge naturel (A) ; elle exige un juge formé dans la matière judiciaire (B) et responsable devant les justiciables (C).

### A. Le juge « naturel »

L'étude de Marjorie Dupuis-Berruex montre le caractère protéiforme de la notion de « juge naturel » dans la longue durée : elle renvoie d'une part à une dimension procédurale qui se traduit tant en garantie pour le justiciable – *judex suus* dans le droit romano-canonique du Moyen Âge<sup>1335</sup> – qu'en principe du respect de l'ordre ; elle porte d'autre part une dimension politique concrétisée dans les conflits entre la magistrature et la royauté évoqués plus haut<sup>1336</sup>. La première dimension est privilégiée dans cette étude, dans la mesure où la royauté souligne l'importance des règles qui permettent de déterminer le juge « naturel » de chaque justiciable.

Le premier critère permettant de le déterminer est territorial – *ratione loci*. Dans la procédure civile, il s'exprime par la maxime issue du droit romain *actor sequitur forum rei*, « de sorte que le demandeur doit faire ajourner le défendeur par devant son Juge naturel & domiciliaire »<sup>1337</sup>. Cependant, le critère s'applique de manière exclusive aux actions personnelles<sup>1338</sup>. La législation royale ne retranscrit jamais la maxime à la lettre. Elle qualifie rarement la compétence du juge du domicile du défendeur de

<sup>1333</sup> Verbo « juge ». FERRIERE, Claude-Joseph, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des termes de pratique, de Droit et de Coutumes*, Tome II, Bruxelles, La société, 1739, p. 96.

<sup>1334</sup> C'est-à-dire, la compétence pas seulement dans le sens « légal » mais aussi la compétence dans le sens d'aptitude

<sup>1335</sup> DUPUIS-BERREUX, M., *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France...*, op. cit., p. 35-119.

<sup>1336</sup> Voir *supra*, chapitre 3. C'est l'aspect, comme le remarque l'auteur, dont les études de Paolo Alvazzi del Fratte et Ulrike Mussig sur le sujet se concentrent.

<sup>1337</sup> L'HOMMEAU, P. de, *Maximes générales du droit françois, divisées en trois livres...*, op. cit., p. 125. Par ailleurs, Pierre de l'Hommeau classe cette affirmation dans le livre troisième en tant que « maxime générale du droit français des *droits des particuliers* », ce qui montre qu'il la considère comme un droit subjectif.

<sup>1338</sup> Pierre de l'Hommeau les résume ainsi : « La première, quand l'action est réelle, ou mixte participant de la personnelle & réelle [...], le demandeur peut faire convenir le défendeur [...], par devant le Juge des lieux, où sont les choses contentieuses situées, ou bien par devant le Juge du domicile du défendeur, au choix du demandeur. La seconde exception, quand plusieurs sont ajournés en action personnelle & hypothécaire par devant un Juge, & que la plupart d'iceux procède devant ledit Juge, les autres faisant la moindre partie ne peuvent décliner, attendu la connexité de la cause, & que *maior pars attahit ad se minorem*. La troisième en reddition de comptes d'une curatelle, & en rescision de transaction faite sur reddition de compte de curatelle, les parties doivent plaider devant le Juge, qui a fait la provision de curatelle [...]. La troisième [quatrième], en exécution de sentence, le condamné ne peut demander son renvoi par devant le Juge : car il doit répondre par devant le Juge qui a donné la sentence [...] – la cinquième concerne la matière criminelle, la sixième répète les règles des actions mixtes –. La septième exception est en rescision de contrat, quand l'on cumule le rescindant & rescissoire ensemble, auquel cas, aucuns tiennent [*sic*] que le demandeur peut convenir le défendeur par devant le Juge de la chose, ou de son domicile ». *Ibid.*, p. 126-127.

« naturelle », lui préférant le qualificatif d'« ordinaire », comme dans l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539<sup>1339</sup>. Pourtant, l'idée de faveur pour le défendeur est parfois évoquée. En effet, à la suite des doléances présentées par les États généraux, l'ordonnance d'Orléans de 1560 dispose que « l'office d'un bon roi est de faire rendre à ses sujets prompte justice *sur les lieux* ». En l'espèce, le texte vise les « juridictions extraordinaires » des requêtes du palais dans le ressort des différents parlements à l'exception de celui de Paris<sup>1340</sup>. L'éloignement des affaires judiciaires est ainsi perçu comme préjudiciable aux défendeurs. L'ordonnance de Michel de Marillac de 1626 y fait écho lorsqu'elle évoque la limitation des lettres de *committimus* du sceau de la grande chancellerie : plusieurs privilégiés, qui n'habitent pourtant pas la plupart du temps à Paris, « tiennent en telle subjection tous ceux qui ont affaire à eux en demandant ou défendant, par la crainte de les faire venir plaider en notre ville de Paris »<sup>1341</sup>. La royauté elle-même reconnaît que les privilèges qui tendent à faire échapper de la maxime *actor sequitur forum rei* portent atteinte aux droits naturels des justiciables<sup>1342</sup>. Une partie de la doctrine va jusqu'à affirmer, en outre, l'indépendance judiciaire du royaume<sup>1343</sup> ; ou plutôt, l'indépendance judiciaire de chaque « nation » qui ne saurait se passer d'une maxime « on ne peut pas plus juste & universellement reconnue »<sup>1344</sup>.

Hormis l'application de l'idée du juge « naturel du domicile » du défendeur, il existe un autre critère *ratione loci* pour les litiges tant en matière civile que criminelle : la proximité au regard des faits ou des choses. Le juge naturel est, dans ce cas, celui

---

<sup>1339</sup> ISAMBERT, Tome XII, p. 635. Comme le remarque Marjorie Dupuis-Berreux, l'évocation de l'idée de juge naturel est faite principalement de manière négative ; c'est-à-dire, par l'interdiction ou limitation des dispositifs qui enlèvent la connaissance à la juridiction ordinaire. DUPUIS-BERREUX, M., *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France...*, *op. cit.*, p. 131-135.

<sup>1340</sup> Article 34 de l'ordonnance d'Orléans janvier 1560, ISAMBERT, Tome XIV, p. 73 (nous soulignons). L'interdiction aux justiciables est prévue dans l'article 36 : « Ne pourront nos sujets ou autres, en vertu de quelque transport que ce soit [...] faire appeler ou ajourner l'un l'autre par devant les gens tenants lesdites requêtes du Palais à Paris [...] mais se pourvoiront par devant les juges ordinaires ». p. 74.

<sup>1341</sup> ISAMBERT, Tome XVI, p. 248.

<sup>1342</sup> Déclaration de Louis XV du 9 avril 1727 : « [...] Nous avons été informés de différents abus qui se sont introduits dans l'usage des lettres de *committimus*, qui s'expédient tant en notre grande chancellerie, qu'en celles établies près nos cours, au grand préjudice de nos sujets, dont les causes sont tirées des tribunaux de leurs juges naturels pour être portées dans des tribunaux éloignés : Et voulant y apporter le remède convenable, Nous nous sommes fait représenter l'ordonnance du feu Roi notre très-honoré seigneur & bisaïeul, du mois d'août 1669 ». AUGÉARD, Mathieu, *Arrests notables des différents tribunaux du Royaume*, Tome II, Paris, Huard, Nyon, 1756, CLXXXIV, *Déclaration du Roi, concernant le droit de committimus*, p. 827-828. Cité par : DUPUIS-BERREUX, M., *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France...*, *op. cit.*, p. 134-135.

<sup>1343</sup> La maxime suppose la protection du souverain à l'égard des autres justices souveraines, comme l'avance Maître Jovet : « Le Français n'étant obligé à autres Lois, ni Juges, que de la France [...] si l'étranger avait quelque chose à lui demander, il avait dû faire assigner par devant le juge de son domicile [...], & non pas le faire arrêter par emprisonnement de sa personne en Espagne, suivant la Loi du pays dont il n'était ni sujet ni justiciable ». JOVET, Laurent, *La doctrine des arrêts tirée de divers auteurs. Avec une table très-ample des chapitres & matières*, Paris, De Sommerville, 1663, p. 315.

<sup>1344</sup> JANETY, *Journal du Palais de Provence, ou, Recueil des arrêts rendus, depuis les derniers Journalistes, par le Parlement & la Cour des Aides de Provence*, Volume III, Aix, Vve. Adibert, 1782, p. 488.

« qui peut le plus promptement & avec le plus de facilité accomplir ce qui lui est demandé, [il] doit donc être *naturellement le Juge le plus compétent* »<sup>1345</sup>. L'épithète « naturel » est alors liée à sa fonction : le juge en tant qu'instance de vérification est, par la proximité aux faits, le juge « naturel » de l'affaire. Pour les actions réelles, le juge du lieu est « le Juge compétent dans ces actions, comme étant le plus à portée de faire exécuter ce qui est nécessaire pour la conservation du droit & de la possession du fonds »<sup>1346</sup>. Toutefois, en matière civile, le caractère dialogique de la procédure demeure : la volonté des parties détermine au fond la compétence du juge, soit en raison du domicile du défendeur, soit en raison de l'emplacement des biens – et même de la réalisation du contrat.

En matière criminelle, le flottement des critères s'observe jusqu'au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle. L'ordonnance de Roussillon de 1563 (article 19) est la première qui contient, de manière précise, le critère du lieu du délit, excluant celui du domicile<sup>1347</sup>. L'ordonnance de Moulins de 1566 (article 35) en fait une règle générale : « Voulons que la connaissance des délits appartienne aux juges des lieux où ils auront été commis, nonobstant que le prisonnier ne soit surpris en flagrant délit »<sup>1348</sup> ; elle est entérinée un siècle plus tard par l'ordonnance criminelle de 1670<sup>1349</sup>. Sur le plan doctrinal, la règle est cependant nuancée. Pratiquement toute la doctrine d'Ancien Régime affirme que le juge du lieu du délit ou du crime est « compétent » selon le critère *judex loci delicti*. Pourtant, le qualificatif de « naturel » n'est pas d'usage fréquent, même pratiquement inexistant pour se référer à une garantie de l'accusé. Le critère *judex loci delicti* est plutôt considéré comme une dérogation au droit commun justifiée par la répression du crime. D'ailleurs, plusieurs criminalistes prennent soin de distinguer la procédure qui doit être suivie, pour déterminer si l'accusé peut demander le renvoi du procès devant le juge de son domicile. Si le juge procède à la « civilisation » du procès – qui « active » la procédure ordinaire<sup>1350</sup> –, l'intéressé peut faire valoir la règle *actor sequitur forum*

---

<sup>1345</sup> JOS PREVOST, Claude et MESLE, Jean, *De la manière de poursuivre les crimes dans les differens tribunaux du royaume avec les loix criminelles depuis 1256 jusqu'au present*, Tome I, Paris, Mouchet et Prault, 1739, p. 2.

<sup>1346</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>1347</sup> La teneur de l'article laisse penser tout de même qu'il s'agit d'une compétence appliquée seulement en cas de flagrance : « Si le délinquant est pris au lieu du délit, son procès sera fait et jugé en la juridiction où le délit aura été commis, sans que le juge soit tenu le renvoyer en autre juridiction dont l'accusé ou prisonnier se prétendra domicilié ». ISAMBERT, Tome XIV, p. 165.

<sup>1348</sup> Article 35 de l'ordonnance de Moulins de 1566. ISAMBERT, Tome XIV, p. 198.

<sup>1349</sup> Article 1<sup>er</sup> du Titre I : « La connaissance des crimes appartiendra aux juges des lieux où ils auront été commis, et l'accusé y sera renvoyé, si le renvoi en est requis ». ISAMBERT, Tome XVIII, p. 372.

<sup>1350</sup> Voir *supra*, p. 144-151.

*rei*<sup>1351</sup>. Dans les deux cas, le défendeur peut tenter le refus de la compétence du juge à travers d'une exception déclinatoire. Dans les affaires civiles comme pénales susceptibles de suivre la procédure ordinaire, le défendeur doit soulever l'exception avant toute contestation de la demande, sous peine d'obtempérer à la compétence du juge.

Le critère *ratione loci* sous ses deux dimensions est cependant concurrencé par un critère *ratione personæ* justifié par l'ordre social. Le caractère « naturel » de la juridiction en fonction des origines ou de l'appartenance d'une personne à un certain ordre ou corps est à maintes reprises affirmé. Il apparaît comme une garantie judiciaire : premièrement, en raison des ordres – comme c'est le cas du *privilegium fori* ecclésiastique<sup>1352</sup>, mis à mal progressivement par la royauté – ; deuxièmement, en raison du principe de jugement par les pairs cher à la magistrature<sup>1353</sup> – ; enfin, en raison de la protection spéciale que le souverain accorde à un corps ou une personne *via* des lettres de *committimus*<sup>1354</sup> ou de garde-gardienne<sup>1355</sup>. Ces exemples sont, du point de vue de la nature *erga omnes* de la législation, dérogoires des principes et maximes générales développées dans les ordonnances. Ils supposent, par ailleurs, une rationalité différente de celle de la proximité du juge du domicile ou du juge du délit<sup>1356</sup>.

---

<sup>1351</sup> La meilleure illustration de cette hypothèse c'est le délit d'injure. L'accusateur peut prendre la voie civile et suivre la règle *actor sequitur forum rei* ou bien prendre la voie criminelle est suivre le *judex loci delicti*. Plusieurs auteurs en font référence : DAREAU, François, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire, ouvrage qui renferme particulièrement la jurisprudence du petit-criminel*, Paris, Prault, 1775, p. 400-401 ; DE FELICE, Fortunato Bartolomeo, *Code de l'humanité, ou Législation universelle, naturelle, civile, et politique*, Tome VIII, Yverdon, Felice, 1778, p. 44-45 ; SERPILLON, François, *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Partie 1, Lyon, Perisse, 1767, p. 537.

<sup>1352</sup> BOYER, Georges, « Notes sur la jurisprudence toulousaine du XV<sup>e</sup> siècle en matière de *privilegium fori* », *Mélanges Paul Fournier*, Paris, Sirey, 1982, p. 25-40 ; GENESTAL, Robert, « Les origines du privilège clérical », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Vol. 32 (1908), p. 161-212 ; *ID.*, *Le privilegium fori en France du décret de Gratien à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle*, 2 volumes, Paris, Leroux, 1924 ; MARTINEZ FAGUNEZ, Cesar, *Le contentieux des officialités en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Pau, 2005, 965 p. ; RODRIGUEZ-ARANGO DIAZ, Crisanto, *El fuero civil y criminal de los clérigos en el derecho canonico*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1959.

<sup>1353</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2-A.

<sup>1354</sup> « Ce mot latin, qui signifie *nous commettons*, est consacré dans le style de la chancellerie & du palais, pour exprimer un droit ou privilège que le Roi accorde aux officiers de sa maison & à quelques autres personnes, & à certaines communautés, de plaider en première instance aux requêtes du palais ou de l'hôtel, dans les matières pures-personnelles, possessoires, ou mixtes, & d'y faire renvoyer ou évoquer celles où ils ont intérêt, qui seraient commencées devant d'autres juges, pourvu que la cause soit encore entière, & non contestée à l'égard du privilégié [...]. Le droit de *committimus* a beaucoup de rapport avec ce que les jurisconsultes appellent *privilegium fori*, *aut jus revocandi domum* : ce privilège consistait à plaider devant un juge plus relevé que le juge ordinaire, ou devant un juge auquel la connaissance de certaines matières était attribuée » (souligné dans le texte). Voir : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v3-1630-0/>

<sup>1355</sup> « Garde - gardienne, ce sont des lettres accordées par le roi à des abbayes, chapitres, prieurés, & autres églises, universités, collèges, & autres communautés, par lesquelles le roi déclare qu'il prend en sa *garde* spéciale ceux auxquels il les accorde, & pour cet effet leur assigne des juges particuliers, par devant lesquels toutes leurs causes sont commises ; le juge auquel cette juridiction est attribuée, s'appelle *juge conservateur de leurs privilèges*. Ceux qui ont droit de *garde - gardienne* peuvent, en vertu de ces lettres, attirer leur partie adverse qui n'a point de privilège plus éminent, hors de la juridiction naturelle, soit en demandant ou défendant, pourvu que les lettres de *garde - gardienne* aient été vérifiées au parlement où le juge conservateur ressortit » (souligné dans le texte). Voir : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v7-732-39/>

<sup>1356</sup> Même si à l'origine certains « juridictions naturelles » octroyées par voie de privilège se fondaient sur l'idée de proximité, comme celui de la juridiction des requêtes de l'Hôtel. Dans de le préambule de l'ordonnance de 1669, les lettres de *committimus* sont justifiées « pour favoriser l'assiduité du service », ISAMBERT, Tome XVIII, p. 341.

Sur le plan doctrinal, la notion de « juge naturel » se présente principalement comme une garantie offerte aux justiciables. La législation royale retient les critères forgés depuis le Moyen Âge, sans en reprendre les mêmes termes. La compétence, au sens de prérogative, est alors étroitement liée au caractère « naturel » du juge d'une affaire. Or elle se réfère aussi à la « capacité de porter un jugement de valeur dans un domaine dont [la personne] a une connaissance approfondie »<sup>1357</sup>. En ce sens, la législation royale enjoint aux officiers de justice d'être formés à la *scientia juris*.

### **B. Le juge « formé »**

Si le roi « n'est pas un juriste »<sup>1358</sup>, ses juges doivent certainement l'être. La construction dogmatique du pouvoir royal que les légistes développent au Moyen Âge insiste sur le rôle principal des *legum doctores* dans l'exercice de la souveraineté<sup>1359</sup>. De ce fait, leur savoir s'institutionnalise : il est produit dans un enclos déterminé – l'université naissante au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>1360</sup> – et il a une vocation à s'exprimer dans les lieux où se concentre la puissance publique. Si la fonction du souverain justicier sera symboliquement reléguée dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle pour lui imposer celle du souverain législateur<sup>1361</sup>, celui-ci s'intéresse tout de même à maintenir une formation institutionnalisée pour ceux qui le déchargent de sa dette de justice<sup>1362</sup>.

Les ordonnances de réformation de la justice du XVI<sup>e</sup> siècle attestent cet intérêt. Elles confirment et exigent la formation des officiers de justice. Les juges doivent être « gradués »<sup>1363</sup>, ce qui suppose leur passage par l'université. Si la formation universitaire se dissocie progressivement de la pratique judiciaire depuis la seconde

<sup>1357</sup> D'après la définition *par extension* du CNRTL : <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/competence>

<sup>1358</sup> KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature...*, *op. cit.*, p. 39-61.

<sup>1359</sup> Plusieurs travaux visent en particulier les légistes du XIII<sup>e</sup> siècle : BOULET-SAUTEL, Marguerite, « Le concept de souveraineté chez Jacques de Revigny », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, p. 89-100 ; *ID.*, « Le *Princeps* de Guillaume Durand », *Vivre au royaume de France...*, *op. cit.*, p.101-109 ; *ID.*, « Jean de Blanot et la conception du pouvoir royal au temps de Louis IX », *Vivre au royaume de France...*, *op. cit.*, 111-122 ; KANTOROWICZ, Ernst, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politiix*, vol. 8, n°32, Quatrième trimestre 1995. Le pouvoir des légistes, p. 5-22. Pour une vision d'ensemble : COLSON, R., *Le fonction de juger...*, *op. cit.*, p. 9-14 et surtout KRYNEN, J., *L'Empire du roi...*, *op. cit.*, *passim*. Pour une réflexion plus théorique penchée sur l'époque moderne : DI DONATO, Francesco, « De la justice politique à la politique de la justice : doctrines et pratiques conflictuelles de la souveraineté dans l'État moderne », *Justice et État, Actes du XXIII<sup>e</sup> colloque international de l'AFHIP, Aix-en-Provence, 12-13 septembre 2013*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 193-210.

<sup>1360</sup> BASSANO, Marie, « Dominus domini mei dixit... » ; *Enseignement du droit et construction d'une identité des juristes et de la science juridique : Le studium d'Orléans (1230-1320)*, Thèse Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008.

<sup>1361</sup> RIGAUDIERE, Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n° 67, novembre 1993, p. 5-21 ; BEAUD, O., *La puissance de l'État...*, *op. cit.*, p. 55-108.

<sup>1362</sup> COLSON, R., *Le fonction de juger...*, *op. cit.*, p. 14-23.

<sup>1363</sup> Verbo « gradué », GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, *op. cit.*, Tome VIII, p. 186-187.

moitié du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1364</sup>, l'exigence ne sera jamais remise en cause. En effet, l'ordonnance d'Orléans de 1560 enjoint à tous officiers de justice et justices subalternes de pourvoir des personnes « de qualité requise » et d'examiner les nouveaux agents « avant que d'être reçus »<sup>1365</sup>. Celle de Moulins de 1566 requiert pour les charges de magistrature de « nommer personnes capables par nos ordonnances [...], versez en la jurisprudence et expérience des jugements », moyennant un examen<sup>1366</sup>. Celle de Blois de 1579 fait état d'une part de l'exigence d'assiduité et des conditions d'expédition de lettres du temps d'étude ; et d'autre part, des examens que doivent passer les conseillers des parlements. Elle donne en outre certains critères d'âge pour entrer dans les charges de judicature – 25 ans pour les officiers des parlements et des sièges présidiaux avec assiduité au barreau et aux plaidoiries, 40 ans pour les présidents des cours souveraines, 30 ans pour les lieutenants des baillis et sénéchaux<sup>1367</sup>. Les reformes d'Henri IV à la fin du siècle vont dans le même sens<sup>1368</sup>.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, la dégradation des universités<sup>1369</sup> oblige la royauté à légiférer pour éviter d'« introduire l'ignorance du droit » et pour qu'elles « soient conservées en leur splendeur et dignité, et afin que nosdits sujets se rendent plus dignes des charges et offices »<sup>1370</sup>. Par l'édit d'avril 1625, Louis XIII leur interdit de donner « aucunes lettres de licence ou doctorat en droit civil ou canon » à ceux qui n'auront pas les attestations nécessaires d'assiduité d'au moins six mois. De même, il enjoint aux agents de justice d'exiger lesdites lettres à ceux qui seront reçus aux charges de judicature<sup>1371</sup>. L'article 46 de l'ordonnance de Marillac de 1626 renouvelle, pour sa part, l'interdiction aux universitaires de donner des lettres de degré aux personnes n'ayant pas apportée un document pour attester les trois ans d'étude<sup>1372</sup>.

Les reformes de Louis XIV ne contredisent pas ce discours séculaire. L'édit de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1679 reconnaît dans son préambule que les études universitaires donnent à ceux qui se destinent à la justice « les moyens d'acquérir la

<sup>1364</sup> THIREAU, Jean-Louis, « L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI<sup>e</sup> siècle. Continuité ou rupture ? », *Annales d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 27-36.

<sup>1365</sup> Art. 9 et 10. ISAMBERT, Tome XIV, p. 73-79.

<sup>1366</sup> Art. 48 et 55. ISAMBERT, Tome XIV, p. 192.

<sup>1367</sup> Art. 83, et 105 à 109. ISAMBERT, Tome XIV, p. 402-403 et 407-408.

<sup>1368</sup> Pour le XVI<sup>e</sup> siècle, voir principalement : THIREAU, Jean-Louis, « Les facultés de droit françaises au XVI<sup>e</sup> siècle. Eléments de bibliographie (2<sup>e</sup> partie) », *RHFD*, n° 7, 1988, p. 177-203 ; BROCH, Julien, « Un document inédit relatif à la réforme de la faculté de droit sous le règne d'Henri IV », *RHFD*, n° 31, 2011, p. 389-390.

<sup>1369</sup> CURZON, Alfred de, « L'enseignement du droit français dans les universités de France aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles », *NRHDFE*, Vol. 43 (1919), p. 209-269. Pour les éléments bibliographiques : CHÈNE, Christian, « Les facultés de droit françaises du XVII<sup>e</sup> siècle à la Révolution. Eléments de bibliographie », *RHFD*, n° 3, 1986, p. 199-242.

<sup>1370</sup> Edit d'avril 1625. ISAMBERT, Tome XVI, p. 149.

<sup>1371</sup> Art. 1 et 2. *Ibid.*, p. 149.

<sup>1372</sup> ISAMBERT, Tome XVI, art. 46, p. 236.

doctrine et la capacité nécessaires, en leur imposant la nécessité de s'instruire des principes de la jurisprudence ». Le roi déplore l'incertitude des jugements, qui « provient principalement de ce que l'étude du droit civil a été presque entièrement négligée depuis plus d'un siècle [...] »<sup>1373</sup>. Ainsi, aux interdictions et précautions des ordonnances précédentes sont ajoutées d'autres précisions pour garantir que ceux qui arrivent aux charges de judicature soient formés en droit malgré l'absence d'études universitaires<sup>1374</sup>. La création de la chaire de droit français est, par ailleurs, un moyen de la royauté de pallier les insuffisances du savoir institutionnel face aux besoins de la pratique judiciaire<sup>1375</sup>. Si les gradués prétendant entrer aux charges de la judicature ne sont pas concernées par la nouvelle matière universitaire, c'est tout de même une exigence de longue date d'apprendre la pratique judiciaire au barreau et dans leur propre compagnie<sup>1376</sup>.

Le discours et les dispositifs normatifs monarchiques qui relient le savoir universitaire à l'exercice de la justice contrastent avec le dénigrement quasi-unanime du monde universitaire notamment à partir de la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>1377</sup>. Bien que dans d'autres disciplines la royauté juxtapose des nouveaux corps à celui de l'université – les académies, le Collège Royal – ; en matière de droit, l'université reste le cadre par excellence d'un savoir attaché à la tradition<sup>1378</sup>.

L'exigence de formation universitaire des juges ne sera jamais remise en cause jusqu'à la fin de l'Ancien Régime : un juge « compétent » est formé à l'université. Mais, outre la *scientia* dont il doit faire preuve, la garantie de sa compétence est liée tant aux injonctions légales qu'aux qualités morales que lui assignent une responsabilité lourde.

---

<sup>1373</sup> ISAMBERT, Tome XIX, p. 196.

<sup>1374</sup> Articles 6, 7, 12, 15, 17, 18, 19 et 20. *Ibid.*, p. 197-202.

<sup>1375</sup> L'article 14 l'affirme explicitement : « Et afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à la parfaite instruction de ceux qui entreront dans les charges de judicature, nous voulons que le droit français, contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes, soit publiquement enseigné ». *Ibid.*, p. 199 (nous soulignons).

<sup>1376</sup> GARNOT, B., *Histoire des juges en France...*, *op. cit.*, p. 85-87.

<sup>1377</sup> Les témoignages de l'époque sont très nombreux : négligence des étudiants, indulgence causée par l'indigence des professeurs – selon la formule de Patrick Ferté –, savoir engourdi, entre autres. Voir par exemple : LORRY, Paul-Charles, *Mémoire sur les moyens de rendre les études de droit plus utiles*, [s.l.n.], 1764, p. 4-28. Sur ce sujet, voir : BOULET-SAUTEL, Marguerite, « Molière, Orléans et le Droit », *Vivre au royaume de France...*, *op. cit.*, p. 797-810 ; CHÈNE, Christian, « Autonomie et privilèges : les universités d'Ancien Régime », *RHFD*, n° 29-30, 2009-2010, p. 29-38 ; FERTE, Patrick, « L'autonomie des universités françaises sous l'Ancien Régime : un bilan peu édifiant », *Annales du Midi : revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, Tome 121, n° 268, 2009 p. 545-568.

<sup>1378</sup> BISCAY, Myriam, « Réformes politiques et résistances des professeurs de facultés de droit au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle », *Cahiers Jean Moulin [En ligne]*, n° 1, 2016, disponible sur : <http://revues.univ-lyon3.fr/cjm/index.php?id=97> (consulté le 27 novembre 2019).

### C. Le juge « responsable »

Le juge peut être responsable de ses actions en tant que juge tant dans l’Au-delà qu’ici-bas.

#### i. L’Au-delà

Depuis le Moyen Âge, la royauté tente d’imposer quelque discipline aux juges. Or l’acte de juger est un attribut du divin que certains hommes se voient attribuer, non sans dérouter le message du Nouveau Testament<sup>1379</sup>. Imposer une discipline aux juges et déclarer leur responsabilité pour les actes qu’impliquent leur fonction est encore juger, ce qui produit, d’après Robert Jacob « une perpétuelle mise en miroir qui renvoie chaque juge, à l’occasion de chaque jugement, au jugement supérieur d’un autre juge »<sup>1380</sup>. Si théoriquement le roi peut juger les juges de son royaume, les ordonnances rappellent davantage le jugement divin. Déjà à l’époque de Louis IX, la royauté tente d’imposer une moralité aux juges qui passe principalement par le serment qu’ils prêtent à l’entrée aux charges. L’ordonnance de 1254 évoque à plusieurs reprises le verbe « jurer » – *juramento subscripto, jurabunt, juramenta* – ; et notamment, dans l’article 2, elle ordonne aux baillis et sénéchaux de rendre justice « *secundum jura, usus, et consuetudines in locis singulis approbatas* »<sup>1381</sup>. C’est le début d’une déontologie des juges d’origine royale qui se confirme au long du Moyen Âge<sup>1382</sup> et à l’époque moderne.

L’ordonnance de Louis XI de 1499 instaure les mercuriales, séances qui avaient à l’origine une fonction disciplinaire<sup>1383</sup>. L’objectif premier du roi est de faire garder les ordonnances, et notamment celles « qui touchent le fait de notredit cour de parlement [...], nosdits présidents, conseillers et autres supposts [*sic*] d’icelle cour »<sup>1384</sup>.

<sup>1379</sup> Voir JACOB, R., *La grâce des juges...*, op. cit., p. 311-312.

<sup>1380</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>1381</sup> L’absence d’un mot assimilable à la loi montre qu’à ce moment l’ordre juridique ne s’identifie pas forcément avec l’ordre royal.

<sup>1382</sup> Au XIV<sup>e</sup> siècle, les ordonnances royales répètent l’obligation du serment et multiplient les interdictions aux juges. L’ordonnance de 1302, le fait dans plusieurs articles : l’article 15 pour le serment judiciaire ; les articles 22, 23, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49 à 55, en ce qui concerne la discipline des juges (ISAMBERT, Tome II, p. 769, 771-772, 776-779). L’ordonnance de Philippe VI de 1344 (ISAMBERT, Tome IV) en fait de même dans plusieurs disposition (n. 4 de la p. 501 concernant les commissaires du parlement ; n. 14 et 15 de la p. 503 concernant le serment et le secret des cours ; n. 2 et 7 de la p. 504 concernant encore le secret et l’obligation d’écrire les arrêts de leur propre main). L’ordonnance de Charles VI de 1388 dans son article 7 dispose que « tous nosdits sénéchaux, baillis et autres officiers quelconques exerçant juridiction, jurent d’ores-en-avant aux Saints Evangiles de Dieu, que durant le temps qu’ils exerceront les offices à eux commis, ils feront juste et bon jugement à toutes personnes [...], en gardant diligemment les usages des lieux, et les coutumes approuvées d’ancienneté », et les articles suivants dressent encore une liste de comportements et interdictions (ISAMBERT, Tome VI, p. 648 et ss.).

<sup>1383</sup> L’ordonnance dispose que les mercuriales doivent se tenir tous les quinze jours, ou au moins une fois par mois.

<sup>1384</sup> ISAMBERT, Tome XI, p. 341.

La description des éventuels méfaits des magistrats concerne principalement : l'inapplication des ordonnances, l'irrévérence envers l'autorité du roi et leur hiérarchie, l'absentéisme, la négligence des « procès et matières » dont ils sont chargés et les excès d'autorité qui feraient « chose repréhensible [...] à l'honneur et gravité de ladite cour »<sup>1385</sup>. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 maintient l'objectif disciplinaire de ces assemblées, ainsi que les actes royaux postérieurs<sup>1386</sup>. Cependant, ces actes font état de la transformation progressive des mercuriales : elles deviennent des séances solennelles de plus en plus espacées lors desquelles les « gens du roi » – procureur ou avocat général du roi – exhortent les juges à accomplir correctement leur fonction<sup>1387</sup>. En ce sens, plus que d'un mécanisme de responsabilité devant le pouvoir politique, il s'agit d'un rappel du jugement eschatologique.

## ii. *L'ici-bas*

La législation royale cherche tout de même les moyens pour que la compétence du juge – dans le sens d'aptitude – soit assurée sous peine d'en être responsable des méfaits. Plusieurs sont les dispositifs que la royauté propose pour pallier les déficiences des juges et pour les responsabiliser, tant par certaines initiatives telles que les Grands Jours<sup>1388</sup>, que par les ordonnances. Celles-ci donnent aux justiciables trois moyens principaux pour faire valoir la responsabilité des juges : la récusation, les nullités de forme et la prise à partie du juge. Le premier concerne son impartialité, le deuxième sa diligence, le troisième sa probité.

La récusation existe de longue date dans la doctrine romano-canonique<sup>1389</sup>. Dans la législation royale, elle apparaît avec l'ordonnance de 1493<sup>1390</sup> et sera fixée

---

<sup>1385</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>1386</sup> ISAMBERT, Tome XII, p. 626-627. Les édits de 1549, art. 22 et de 1551, art. 25 (Tome XIII, p. 158 et 198) ; l'ordonnance de Moulins de 1566, art. 3 (Tome XIV, p. 191) ; l'ordonnance de 1579, art. 144 (Tome XIV, p. 415-416). L'ordonnance de 1626, art. 79, malgré son inapplication est plus explicite sur les sujets traités aux mercuriales : « la discipline de nos parlements, règlement des mœurs, modération des épices et salaires, et autres choses concernant l'honneur et dignité des juges, et l'expédition des causes [...] » (Tome XVI, p. 250).

<sup>1387</sup> « De bonne heure, elles se muèrent en assemblées au cours desquelles un orateur, appartenant souvent au parquet des gens du roi, prononçait une « remontrance », « harangue » ou « mercuriale » destinée à stigmatiser les manquements, à rappeler à leurs devoirs juges, avocats, procureurs et sergents. Telle est l'origine de nos actuels discours de rentrée. Conservées en abondance, les mercuriales constituent une des sources les plus prolixes de la morale judiciaire des magistrats de l'Ancien Régime [...]. Avant de juger les juges, les prêcher avait été un exercice des plus pratiqués ». JACOB, R., *La grâce des juges...*, *op. cit.*, p. 317.

<sup>1388</sup> Bien qu'il s'agisse d'un moyen important que la royauté a pu utiliser pour rendre les juges responsables de leurs méfaits, les Grands Jours, ainsi que le recours aux intendants, aux maîtres des requêtes et au Conseil du roi, demeurent dans la sphère de ce qu'on a pu qualifier de « justice retenue » du roi. Voir *infra*, p. 341-342.

<sup>1389</sup> BERNABE, Boris, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, LGDJ, 2009, Première Partie.

<sup>1390</sup> Article 64. ISAMBERT, Tome XI, p. 236

définitivement dans l'ordonnance de 1667<sup>1391</sup>. Elle permet aux parties de demander la mise à l'écart d'un juge qui a saisi l'affaire pour différentes raisons qui touchent à « sa personne » – dans l'hypothèse où lui-même ne s'écarte pas *de motu proprio* du procès<sup>1392</sup>. En matière civile, les récusations peuvent être toujours remédiées par la volonté des parties. En revanche, en matière criminelle elles sont de rigueur, car les parties ne sont pas maîtres « de compromettre du péril de [leur] vie, qui est à la République, qui veille à la conservation des particuliers »<sup>1393</sup>.

L'ordonnance de Louis XIV dresse les causes de récusation<sup>1394</sup>, ainsi que son opportunité et ses modalités. Malgré les ambiguïtés de la doctrine quant à sa nature, et malgré le fait que l'ordonnance de 1667 organise la récusation autour la protection de l'*officium judicis*<sup>1395</sup>, elle est présentée comme une garantie des justiciables. Guy du Rousseaud de la Combe (†1745)<sup>1396</sup>, dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, qualifie la récusation comme « étant du droit naturel, mais encore du droit des gens & du droit écrit civil, parce que la seule pensée qu'un Juge est suspect, diminue dans l'esprit de celui qui a cette pensée, jusqu'à la probité du juge »<sup>1397</sup>. Quelques décennies plus tard, Guillaume Le Trosne (†1780)<sup>1398</sup> affirme qu'à travers la récusation, la loi a voulu que « l'accusé assez occupé du soin de sa défense [...], fût tranquille du côté de ses Juges »<sup>1399</sup>. De même, certains auteurs relient la récusation avec la liberté des sujets : Joseph Bernardi affirme que le « droit de récusation est une des bases de la liberté civile »<sup>1400</sup>. Francesco Mario Pagano (†1799) – juriste napolitain représentant des Lumières italiennes<sup>1401</sup> – considère, lui, qu'elle est un « asile sacré contre l'oppression,

<sup>1391</sup> Titre 24 de l'ordonnance. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 149-153.

<sup>1392</sup> « Il y a par conséquent cette différence entre la Récusation & l'Incompétence, & même l'évocation, qu'au lieu que celles-ci tendent à dépouiller le Tribunal entier de la connaissance du Procès Criminel, la Récusation ne frappe que sur la personne seule du Juge ; de manière que si elle se trouve fondée, elle n'a d'autre effet que de faire remplacer ce Juge par d'autres Officiers du même Tribunal », MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel...*, op. cit., p. 491. La récusation du juge par lui-même est consacré dans l'article 17 de l'ordonnance de 1667.

<sup>1393</sup> LASSERE, L., *L'art de procéder en justice...*, Seconde édition, Paris, Le Gras, 1680, p. 135.

<sup>1394</sup> La parenté ou alliance du juge avec l'une des parties du différend (quatrième degré au civil, cinquième au criminel) ; le fait que le juge ait un différend sur une question similaire à celle de l'affaire à saisir ; qu'il ait donné conseil à une des parties ou ait connu auparavant le différend ; si le juge est justiciable d'une des parties du différend ; les menaces ou l'inimitié capitale avec l'une des parties ; si le juge ou ses parents ou alliés ont reçu un bénéfice d'une des parties du différend ; si le juge est « protecteur, syndic, bénéficiaire, tuteur, subrogé tuteur, curateur, héritier présomptif, maître ou domestique » de l'une des parties ; et les autres « moyens de fait et de droit ». Voir l'explication de : BERNABE, B., *La récusation des juges...*, op. cit., p. 220-250.

<sup>1395</sup> BERNABE, B., *La récusation des juges...*, op. cit., p. 215-220.

<sup>1396</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 390-391.

<sup>1397</sup> ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance...*, op. cit., p. 151.

<sup>1398</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 657-658.

<sup>1399</sup> LE TROSNE, Guillaume, *Vues sur la justice criminelle. Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, Paris, Debure, 1777, p. 33

<sup>1400</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les Révolutions du droit françois...*, op. cit., p. 376.

<sup>1401</sup> Sur l'auteur, voir l'article suivant avec les références bibliographiques : BERTI, Francesco, et DARIO, Ippolito, « Francesco Mario Pagano : la liberté garantie par la loi », *Archives de philosophie*, Tome 80, no. 3, 2017, 477-490.

et le plus ferme appui de la liberté civile », car « celui qui doit être jugé par un juge qu'il regarde comme son ennemi, ou qu'il croit prévenu pour son adversaire n'aura jamais de confiance dans les lois »<sup>1402</sup>.

Les nullités dans le procès judiciaire sont également un moyen de demander la responsabilité des actes des juges. Les ordonnances de Louis XIV énoncent nombre de cas des nullités causées par les juges qui sont susceptibles de sanction : le non-renvoi du procès pour incompétence ; les commissions que les prévôts font aux archers, notaires et tabellions ; l'obligation du prévôt d'informer à l'accusé au moment du premier interrogatoire qu'il sera jugé prévôtalement ; le refus de signature ; la manière de recevoir les plaintes ; les formalités liées à la prise des témoignages et à l'interrogatoire de l'accusé ; la responsabilité du juge lorsque le récolement des témoignages ou le procès en général ont été déclarés nuls ; les formalités des cas des « muets volontaires » en matière criminelle ; leur descente sur les lieux ; la nomination des séquestres<sup>1403</sup>. Il en va de même pour les huissiers, sergents et appariteurs concernant les formalités des ajournements, et les formalités lors de la saisie des biens<sup>1404</sup> ; ainsi que pour les procureurs et greffiers en ce qui est de leur compétence en matière civile<sup>1405</sup>. Dans la plupart des cas, la déclaration de nullité s'accompagne d'une amende, et parfois de la possibilité de prise à partie du juge. La liste, qui n'est en rien exhaustive, démontre que la royauté entend contrôler strictement plusieurs actes des juges pour rétrécir leur marge de manœuvre. C'est ce à quoi s'oppose Lamoignon dans ses interventions lors des conférences sur les ordonnances – opposition, comme on le sait, peu efficace<sup>1406</sup>. La doctrine, pour sa part, fait largement écho de l'usage des nullités comme garantie des justiciables, ce qui fait toute son « audace » – selon Antoine Astaing – face à une procédure criminelle très rigoureuse<sup>1407</sup>.

---

<sup>1402</sup> PAGANO, Francesco Mario, *Considérations sur la procédure criminelle, ouvrage traduit de l'italien par M. de Hillerin Ecuyer, Avocat en parlement...*, Strasbourg, Imprimerie ordinaire du roi, 1789, p. 173.

<sup>1403</sup> Des fins de non-procéder : ordonnance de 1667, Titre VI, art. 1-3. Pour les juges intimes : ordonnance de 1667 Titre XXV, art. 5. En matière pénale l'incompétence : ordonnance de 1670, Titre I, art. 4. Commissions aux archers, notaires et tabellions : ordonnance de 1670, Titre II, art. 5. Injonction aux prévôts : ordonnance de 1670, Titre II, art. 13. Refus de signature : ordonnance de 1670, Titre II, art. 24. Les plaintes : ordonnance de 1670, Titre III, art. 2. Les témoins : ordonnance de 1670, Titre VI, art. 5. L'interrogatoire de l'accusé : ordonnance de 1670, Titre XIV, art. 2 et 13. Responsabilité pour témoignages nuls : ordonnance de 1670, Titre XV, art. 24. Les « muets volontaires » : ordonnance de 1670, Titre XVIII, art. 9. La descente sur les lieux : ordonnance de 1667, Titre XXI, art. 1 et pour les commissaires art. 6. La nomination des séquestres : ordonnance de 1667, Titre XIX, article 5.

<sup>1404</sup> Pour les ajournements : ordonnance de 1667, Titre II, art. 1-4 et 16, Titre V, art. 2. Pour la saisie des biens : Titre XIX, article, 8, 9.

<sup>1405</sup> Pour les contestations en cause : ordonnance de 1667, Titre XIV, art. 1, 5, 6.

<sup>1406</sup> KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 191-212.

<sup>1407</sup> ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé dans la procès criminel...*, *op. cit.*, p. 71-184.

La prise à partie du juge est le moyen par lequel un justiciable peut « intimé le Juge en son propre & privé nom, afin de *le rendre responsable de ses dommages & intérêts* »<sup>1408</sup>. La procédure existe dans la législation depuis l'édit de 1540 de François I<sup>er</sup><sup>1409</sup>, et est fixée par l'ordonnance de 1670 de Louis XIV<sup>1410</sup>. Les méfaits des juges envisagés par les ordonnances sont graves parce qu'intentionnels : le déni de justice, le dol, la fraude, la concussion, la violation flagrante des dispositions de la loi (qui inclut l'incompétence absolue en matière criminelle)<sup>1411</sup>. La doctrine interprète de manière stricte les causes, en opérant une distinction entre fautes volontaires et involontaires<sup>1412</sup>. Quant aux formalités de la prise à partie, elles sont rigoureuses : en premier lieu, en cas de déni de justice les sommations aux juges qui ont un procès « en état » doivent être faites deux fois « de huitaine en huitaine » pour les juges ressortissant des cours souveraines ou de trois jours en trois jours pour les autres juges, et doivent être prouvées. En deuxième lieu, les termes de la prise à partie doivent être clairs – exprimer nettement qu'il s'agit d'un méfait intentionnel – et respectueux<sup>1413</sup>. En troisième lieu, le justiciable doit avoir la permission de la Cour souveraine du ressort<sup>1414</sup>. De ce dernier point, une partie de la doctrine a pu déduire que la compétence de juger le déni de justice revient à ladite Cour souveraine, alors qu'une autre considère que la compétence revient au supérieur hiérarchique immédiat du juge pris à partie<sup>1415</sup>.

<sup>1408</sup> MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel...*, op. cit., p. 495.

<sup>1409</sup> Article 2. ISAMBERT, Tome XII, p. 709.

<sup>1410</sup> Titre XXV. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 153-154.

<sup>1411</sup> MUYART de Vouglans classe les causes de la prise à partie des juges en : causes tirées du droit romain – « la fraude, la haine & la concussion, *per fraudem, inimicitias & sordes* – et causes fondées sur les ordonnances – incompétence absolue et déni de justice –. MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel...*, op. cit., p. 495.

<sup>1412</sup> Voir : METHY, Catherine, « Le juge entre prise à partie et récusation : résistance et compromis dans l'ordonnance civile de 1667 », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 101.

<sup>1413</sup> Pour les sommations, articles 3 et 4 du Titre XXV de l'ordonnance de 1667. L'arrêt de règlement du parlement de Paris du 4 juin 1699 affirme que les justiciables, lorsqu'ils prennent à partie les juges, doivent « se contenter d'expliquer simplement & avec modération les faits & les moyens qu'ils estimeront nécessaires à la décision de leur cause, sans se servir de termes injurieux », cité par : FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, op. cit., Tome II, p. 419. Pour une vue d'ensemble des formalités de la procédure : RODIER, Marc-Antoine, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667, relatives aux usages des cours de parlement...*, Toulouse, Brosses, 1761, p. 522-530.

<sup>1414</sup> Dans le ressort du parlement de Paris, c'est d'abord l'arrêt de la Chambre de la Tournelle du 5 mai 1693 qui établit la règle. Quelques années plus tard, l'arrêt de règlement du 4 juin 1699 l'entérine : « défenses soient faites d'intimer & prendre à partie en son nom un Juge, en vertu d'une simple Commission obtenu en Chancellerie, ni de faire intimer les Juges en leur propre & privé nom sur l'appel des Jugements pour eux rendus, sans en avoir auparavant obtenu la permission expressément par Arrêt de la Cour, à peine de nullités des procédures & de telle amende qu'il conviendra ». Les deux arrêts se trouvent dans : BRUNEAU, Antoine, *Nouveau traité des criées, contenant les procédures pour faire toutes sortes de décrets, suivant les coutumes, ordonnances, arrêts & réglemens sur ce intervenus...*, Paris, Le Febvre, 1704, p. 68.

<sup>1415</sup> Les termes de la discussion sont résumés par Daniel Jousse : d'une part, la prise à partie doit être décidée par les Cours souveraines sur la base de l'article 147 de l'ordonnance de Blois ; ainsi que par la pratique jurisprudentielle (arrêts du 5 septembre 1671, 30 juillet 1678, septembre 1693, arrêt de règlement du 4 juin 1699 précité, et du 18 août 1702). D'autre part – et c'est l'opinion à laquelle Jousse est favorable –, l'ordonnance de 1670 porte sur la correction des officiers royaux, laquelle appartient aux Baillis et Sénéchaux suivant les édits et ordonnances anciens (ordonnance de Philippe le Bel de 1302 et édit de Crémieu de 1536). Le constat est le même pour les prévôts de maréchaux. JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Tome II, Paris, Debure, 1757, p. 417-420.

Pour la prise à partie des juges souverains, la plainte doit être faite devant le chancelier et la décision revient au Conseil du roi. Enfin, la doctrine constate qu'elle est d'application limitée, même si le dispositif a pu avoir une certaine efficacité au point d'être envisagé comme une vraie garantie<sup>1416</sup>.

La législation royale d'Ancien Régime s'attarde largement sur la compétence des juges, auxquels le souverain décharge sa dette de justice. Entre les injonctions morales, les critères d'établissement de la compétence et de l'impartialité, et moyens de sanction des méfaits des juges, la royauté entend donner une garantie aux justiciables. Il en va de même pour les règles concernant les preuves.

## §2. *L'établissement des faits*

« *Da mihi factum, dabo tibi jus* » : « donne-moi les faits, je te donnerai le droit », *dixit* le principe. Or les faits ne se présentent en eux-mêmes – sauf dans le cas de la flagrance qui est dérogatoire<sup>1417</sup> –, mais à travers les moyens par lesquels ils sont reconstitués. Les formes de la preuve sont ainsi nécessaires dans le processus d'enquête qui permet de produire la vérité. Que la législation royale s'attarde sur les modes de preuve est en soi une garantie judiciaire, car elle détermine les formes qui permettront de reconstituer les faits : il en découle un système « légal » des preuves (A), tant orales (B) que documentaires (C).

---

<sup>1416</sup> Les ouvrages réfèrent quelques arrêts de prise à partie des juges, mais certains témoignages comme celui de François Serpillon affirment la maigre efficacité du dispositif : « La Jurisprudence des arrêts semble être plus favorable aux Juges, en ce que les Cours déclarent très rarement une prise à partie bien fondée, si l'on n'allègue qu'une erreur évidente en fait ou droit » SERPILLON, François, *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667...*, *op. cit.*, p. 476-477. Jean-Antoine Soulatges affirme par exemple que des différentes causes de prise à partie, la seule à être réellement appliquée est le déni de justice. Il considère cependant que, en matière criminelle : « si le Juge avait rendu la Sentence par dol ou concussion, & que les faits fussent prouvés ; comme aussi, si hors le cas du flagrant délit, il informait contre quelqu'un, sans plainte, dans dénonciation, sans Partie & sans corps de délit ; ou qu'il fit arrêter un domicilié non mal famé, sous un faux bruit du Public. Il en serait encore de même, si un Procureur du Roi ou Fiscal ; avait fait arrêter un domicilié, sans dénonciation, sur son réquisitoire & à sa requête ; dans tous ces cas & autres semblables, le Juge & le Procureur du Roi ou Fiscal, pourraient être pris à partie ». SOULATGES, Jean-Antoine, *Traité des crimes, divisé en deux parties...*, Tome I, *op. cit.*, 1762, p. 160.

<sup>1417</sup> Sur ce sujet, voir la thèse (en cours) de Baptiste Bochart sur *La flagrance, de l'ordonnance criminelle de 1670 jusqu'en 1810*.

### A. La théorie des « preuves légales » et le système légal des preuves

Donner les moyens pour établir les faits signifie que l'agent chargé de le faire agit en quelque sorte de manière « mécanique » face au poids de l'évidence : il ne crée rien mais dévoile la vérité<sup>1418</sup>. Depuis le Moyen Âge, le système judiciaire de la royauté française repose sur la capacité à édicter des règles susceptibles de donner une *probatio plenissima*, tirée des droits savants et de la technique de l'*inquisitio*<sup>1419</sup>. En ce sens, le système légal qui en découle – sans jamais dévoiler ses origines doctrinales – permet aux justiciables la protection de leur personne à travers la rigueur qu'il impose aux juges.

Or la rigueur du système conduit pour les crimes les plus graves à une autre rigueur sur l'accusé : il faut obtenir son aveu moyennant la « question », afin « de compléter une preuve insuffisante, dans le système de preuves légales, pour asseoir un jugement de condamnation »<sup>1420</sup>. Si dans la logique d'un tel système la torture peut être envisagée comme un moyen de protection de la liberté de l'accusé<sup>1421</sup> ; la royauté entend contrôler son utilisation avec la législation.

L'ordonnance de 1498 définit les conditions de décision et d'exécution, et limite la torture à une seule fois, sauf s'il existe de nouveaux indices<sup>1422</sup>. Celle de 1539 est, quant à elle, favorable à l'absolution « si par la question ou torture, l'on ne peut rien gagner à l'encontre de l'accusé »<sup>1423</sup>. En revanche, l'ordonnance de 1670 se montre

<sup>1418</sup> Adhémar Esmein illustre cette idée : « La grande maxime de l'ancien droit, c'est qu'on doit juger "*secundum allegata et probata*". Le juge est comme un clavier, qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches ». ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France...*, op. cit., p. 260.

<sup>1419</sup> Sur le sujet : CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, op. cit., p. 198-207 ; ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, p. 260-283 ; FOUCAULT, M., *Mal faire, dire vrai...*, op. cit., p. 205-206 ; GUILHERMONT, Edith, *La présomption d'innocence dans le discours doctrinal*, Thèse en Droit, Université de Perpignan Via Domitia, 2006, p. 51-52 et 177 ; LEVY, Jean-Philippe, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sirey, 1939 ; *ID.*, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge », *La preuve, Recueils de la Société Jean Bodin*, XVII, 1965, p. 137-167 ; STYLIOS, Alexandre, *L'aveu dans les traditions occidentales...*, op. cit., p. 320-327.

<sup>1420</sup> BONGERT, Yvonne, « Le "*pro modo probationum*" : intime conviction avant la lettre ? », *RHDFE*, Vol. 78, No. 1 (Janvier-Mars 2002), p. 16. Louis Lasseré souligne ce point : « En matière criminelle, il n'en est pas de même que dans les causes civiles, la confession de l'accusé ne fait preuve du délit commis, qu'autant qu'elle se trouve conforme à la déposition des témoins, ou aux indices du fait; que si elle n'est du tout conforme à l'une de ces deux choses elle ne fait point de preuve contre l'accusé, qui se décèle lui-même; & il ne suffit de dire, *habemus fatentem reum* ; il faut de plus avoir la déposition uniforme des témoins, ou bien le rapport & la convenance des indices du fait, sans lesquelles choses, on ne peut asseoir de condamnation contre l'accusé », LASSERÉ, L., *L'art de procéder en justice...*, Troisième édition, Paris, Huberson, 1698, p. 111.

<sup>1421</sup> Voir *supra*, p. 155-156. Il faut toutefois nuancer la portée de cette affirmation. La pratique des cours souveraines aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles n'est pas forcément la plus favorable aux justiciables : en absence d'aveu, les cours souveraines n'acquittent pas complètement les accusés mais ils infligent de peines moins importantes, comme le montre Yvonne Bongert dans l'article précité.

<sup>1422</sup> Articles 112 à 114. ISAMBERT, Tome XI, p. 365-366.

<sup>1423</sup> « Nous voulons lui être fait droit sur son absolution, pour le regard de la partie civile, et sur la réparation de la calomnieuse accusation ; et à cette fin les parties ouïes en jugement pour rendre leurs conclusions, l'un à l'encontre de l'autre, et être réglées en procès ordinaire, si métier est, et si les juges y voient la matière disposée ». Art. 164. ISAMBERT, Tome XII, p. 634.

moins protectrice de l'accusé sujet à la torture : elle dispose qu'il peut être condamné « à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives, excepté toutefois celle de mort », malgré le fait qu'il n'a rien avoué<sup>1424</sup>. Ainsi, le système légal des preuves qui repose sur l'aveu des accusés en tant que garantie est mise à mal par la législation elle-même au travers de la condamnation *pro modo probationum*<sup>1425</sup>. Sur le plan dogmatique, une partie de la doctrine s'y oppose principalement pour deux raisons : elle affaiblit les lois en laissant le juge arbitrer la peine sans avoir la certitude sur les faits et heurte la maxime d'après laquelle il vaut mieux absoudre un coupable que punir un innocent<sup>1426</sup>.

Quoi qu'il en soit, la législation royale entend pallier les défaillances du système de la preuve qu'elle-même encourage. La valeur des preuves étant « objective », la royauté a intérêt à préciser de manière pointilleuse les règles que déterminent leur validité à l'intérieur d'un procès judiciaire.

### ***B. Les règles relatives à la preuve testimoniale***

Les droits savants au Moyen Âge donnaient la primauté à la preuve par témoins : « témoins passent lettres »<sup>1427</sup>. De ce fait, ils ont construit une doctrine tant sur les témoins que sur le témoignage. Sur le premier, le discours dogmatique insiste sur le rôle public de la personne qui témoigne, mise en parallèle avec l'office du juge. Ainsi,

---

<sup>1424</sup> Article 2 du Titre XIX. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 412.

<sup>1425</sup> Voir notamment les exemples apportés par : BONGERT, Y., « Le "*pro modo probationum*" : intime conviction avant la lettre..., *op. cit.*, p. 24-39 ; ainsi que le regard de la doctrine : ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé dans la procès criminel...*, *op. cit.*, p. 357-361.

<sup>1426</sup> Dans le premier cas, d'Aguesseau écrit dans sa correspondance du 15 septembre 1739 : « J'ai reçu les motifs des condamnations que vous avez prononcées contre [...] et, par l'examen que j'en ai fait, il m'a paru que ces condamnations n'étaient pas régulières quand il serait vrai que les lois n'auraient pas réglé les peines qu'on doit prononcer pour chaque crime, il est certain qu'on ne peut en prononcer aucune que dans le cas où l'on a acquis la preuve complète de quelque crime contre un accusé. Cette maxime est confirmée par l'article 19 de la déclaration du roi du 5 février 1731, puisque, suivant les dispositions de cet article, les officiers des présidiaux et des maréchaussées sont obligés de marquer distinctement dans leurs jugements les crimes dont les accusés sont atteints et convaincus, et qu'il n'est pas naturel de déclarer des accusés atteints et convaincus de crime dont on n'a pas acquis de preuves complètes contre eux. En partant de ce principe qui est incontestable, je crois devoir vous observer que les témoins que vous avez entendus contre les nommés [...], avant chacun déposé des faits différents, et les accusés n'étant convenus d'aucun de ces faits, vous ne deviez pas regarder ces particuliers comme convaincus de quelque crime, et vous ne pouviez, par conséquent, les condamner à aucune peine; vous étiez seulement autorisé à ordonner qu'ils seraient appliqués à la question pour tirer de leur bouche l'aveu de leur crime, et s'ils l'avaient soutenue sans rien avouer, vous ne pouviez ordonner qu'un plus amplement informé. *Suivez donc plus exactement à l'avenir la lettre et l'esprit des ordonnances, et déclarations du roi, et craignez de vous rendre coupables vous-mêmes, en vous donnant la liberté de condamner arbitrairement les accusés auxquels vous avez instruit le procès* ». H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome XI, p. 170 (nous soulignons). Dans le second cas, voir par exemple : L'HOMMEAU, P. de, *Maximes générales du droit français, divisées en trois livres...*, *op. cit.*, p. 139 ; MAYNARD, Gérard de, *Notables et singulieres questions du droit escrit. Decises ou préjugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose*, Paris, Fouet, 1603, p. 327<sup>ro</sup> ; BRUNEAU, A., *Observations et maximes sur les matières criminelles...*, *op. cit.*, p. 294 ; DE LA BIGOTIERE, R., *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont dans les fonctions publiques...*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>1427</sup> L'adage est encore évoqué sous l'Ancien Régime, davantage pour l'inverser : LOYSEL, Antoine, *Institutes coutumières de Monsieur Loysel, avocat au parlement...*, Tome II, Paris, Samson, 1774, p. 199-00.

le témoin exerce un *officium testis*, que de surcroît l'oblige à témoigner<sup>1428</sup>. Son rôle public et d'auxiliaire du juge dans la quête de vérité lui impose une responsabilité devant Dieu, engagée par l'intermédiaire d'un serment<sup>1429</sup>. Les témoins doivent enfin avoir certaines « qualités » physiques et mentales, mais aussi morales.

Concernant les témoignages, la procédure cherche à « enlever aux particuliers la possibilité de peser sur l'issue du procès autrement que par leur soutien à la cause de la vérité »<sup>1430</sup>. Elle exige que le témoignage soit fait de vive voix ; elle impose le secret et la prise individuelle des témoignages ; elle ressemble plus à un interrogatoire qu'à une déposition libre ; elle exige du juge qu'il scrute minutieusement les gestes et attitudes du témoin, ainsi qu'il lui demande que les réponses soient détaillées<sup>1431</sup>. Partant, le témoin n'est pas là pour étaler la thèse d'une partie en justice, mais pour « dire vrai ».

C'est de ce cadre du droit savant que la législation royale s'inspire pour élaborer la procédure des témoignages en justice, et ce malgré le recul de la valeur de cette preuve à partir du XVI<sup>e</sup> siècle. Certaines maximes ne sont pas forcément reprises dans la législation, mais sont une évidence pour l'ensemble de juristes. Parmi elles, la règle des deux témoins est centrale : la doctrine l'évoque de manière unanime soit par la maxime de droit romain *testis unus, testis nullus*, soit par l'exemple vétérotestamentaire de Moïse<sup>1432</sup>. La deuxième maxime, évoquée par Pierre Ayrault, se traduit par la nécessité du contradictoire entre accusés et témoins ; de telle sorte qu'un accusé ne peut jamais être condamné sans connaître les témoignages déposés contre lui<sup>1433</sup>. En matière civile, la doctrine précise davantage la qualité et le nombre des témoins ainsi que la manière de procéder à la preuve<sup>1434</sup>.

Malgré la subordination théorique de la preuve testimoniale à la preuve écrite, celle-là a une importance majeure dans les procédures criminelles. En effet, le délit ou

---

<sup>1428</sup> PETITJEAN, Michel, « Quelques remarques sur les témoins et leurs témoignages d'après la doctrine médiévale », *Les témoins devant la justice. Une histoire des statuts et des comportements*, Benoît Garnot (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 55-65 ; MAUSEN, Yves, « *Officium testis* : au service de la vérité. Aperçus sur le témoin judiciaire médiéval », *Hypothèses*, Volume 3, No. 1, 2000, p. 87 à 94 ; ID., *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles)*, Milano, Dott. A Giuffrè, 2006.

<sup>1429</sup> MAUSEN, Y., « *Officium testis* : au service de la vérité... », *op. cit.*, 90-91.

<sup>1430</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>1431</sup> Voir par exemple : « quant aux témoins, leur grâce, leur parole tremblant ou assurée, les frivoles ou bonnes, & apparentes raisons de leur dire : de rechercher exactement de *cui bono* de Cassius ». AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 2, §1.

<sup>1432</sup> Voir par exemple : GAYOT DE PITAVALL, François de, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidés*, Tome VIII, La Haye, Neaulme, 1737, p. 340-341.

<sup>1433</sup> AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 3, §2.

<sup>1434</sup> Voir : DANTY, N., *Traité de la preuve par témoins en matière civile, contenant le Commentaire latin & françois de M. Jean Boiceau...*, Sixième édition, Paris, Delalain, 1769, p. 50-59.

le crime laisse souvent moins de traces « documentaires »<sup>1435</sup>, le juge doit davantage condamner sur la base des témoignages reçus en l'absence de confession. On va alors s'attarder sur les formalités de la preuve testimoniale dans la procédure criminelle. L'édit de François I<sup>er</sup> de 1536, sur le fait de la justice en Bretagne, rappelle le serment et le secret du témoignage, ainsi que les règles relatives à la confrontation du témoin avec l'accusé et les éventuels reproches que ce dernier peut formuler<sup>1436</sup>. Ces règles sont étendues au royaume dans l'ordonnance de 1539, avec toutefois cette précision : l'accusé doit alléguer les reproches – de vive voix ou par écrit – avant la lecture de la déposition du témoin<sup>1437</sup>.

L'ordonnance de 1670 entend unifier l'usage de la preuve testimoniale en lui donnant des formes soigneusement déterminées, auxquelles s'ajoutent les commentaires de la doctrine parfois favorables à l'accusé – principalement Daniel Jousse (†1781)<sup>1438</sup>, François Serpillon, Guy du Rousseaud de la Combe et Pierre-François Muyart de Vouglans (†1791)<sup>1439</sup>. Au Titre VI, relatif aux Informations, elle dispose : *primo*, qui peut administrer les témoins<sup>1440</sup> ; *secundo*, l'arbitraire des juges concernant le critère d'âge pour pouvoir témoigner<sup>1441</sup> ; *tertio*, l'obligation faite aux témoins de comparaître sous peine d'amende<sup>1442</sup> ; *quarto*, leur obligation de présenter l'exploit de comparution – sauf en cas de flagrance –<sup>1443</sup> ; *quinto*, le serment qu'ils

<sup>1435</sup> A l'exception bien entendu des délits ou crimes qui supposent l'existence de document, comme le faux, l'usure, les libelles diffamatoires, etc.

<sup>1436</sup> Art. 17-18. ISAMBERT, Tome XII, p. 519-520.

<sup>1437</sup> Art. 154. *Ibid.*, p. 632.

<sup>1438</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 564-566.

<sup>1439</sup> *Ibid.*, p. 762-763.

<sup>1440</sup> Titre VI, art. 1. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 381. Daniel Jousse rappelle que l'énonciation des procureurs royaux et seigneuriaux n'exclue pas les juges. JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, Debure, 1763, p. 144-145. Les commentaires doctrinaux de cet article s'attardent sur la compétence du juge d'informer hors de son ressort. Certains auteurs affirment l'incompétence des juges, sauf s'ils obtiennent une autorisation du parlement du ressort. François Serpillon affirme le contraire, limitant l'interdiction aux juges seigneuriaux. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 1, *op. cit.*, p. 443.

<sup>1441</sup> Titre VI, art. 2. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 381. Les enfants même impubères sont aptes pour témoigner. Serpillon évoque également dans son commentaire la capacité des femmes d'être témoins. Les personnes sourdes et les muets peuvent le faire par signes, les personnes aveugles sont aussi acceptées pour ce qu'ils ont entendu. En outre, les procureurs et avocats ne sont obligés de témoigner de ce que leur partie leur a confié. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 1, *op. cit.*, p. 445-449. Rousseaud de la Combe considère qu'il « serait trop dur de vouloir obliger des enfants de déposer dans une information faite contre leurs pères & mères », sauf en cas de lèse-majesté. Il rajoute par ailleurs la différence entre obligation de déposer le témoignage et de comparution à l'assignation. ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>1442</sup> Titre VI, art. 3. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 381. L'amende est fixée dans les ordonnances de 1667 et de 1670 à 10 livres. La prise de corps est aussi envisagée, mais Serpillon dit qu'on « agit rarement avec cette sévérité contre des témoins qui souvent ont des excuses, ou que l'on ne veut pas rebuter ». SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 1, *op. cit.*, p. 452. Daniel Jousse affirme pour sa part que certains juges ne peuvent pas contraindre par corps (les commissaires du Châtelet de Paris et les juges d'Eglise), ni condamner à amende (les juges d'Eglise). JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1443</sup> Titre VI, art. 4. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 382. « Tout témoin doit être assigné – dit Daniel Jousse – ; autrement il devient suspect, & il pourrait arriver que l'Accusé ou ses parents en fissent paraître qui leur seraient favorables ». JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 148.

doivent prêter<sup>1444</sup> ; *sexto*, les personnes compétents pour transcrire la déposition<sup>1445</sup> ; *septimo*, les formalités lors de la déposition (prise de témoignages séparées, secrètes et signatures)<sup>1446</sup> ; *octavo*, les éventuels frais demandés par le témoin<sup>1447</sup>.

Le Titre XV de l'ordonnance de 1670, relatif au récolement et à la confrontation des témoins, dispose quant à lui : premièrement, sur la responsabilité des témoins défaillants et contumaces<sup>1448</sup>. Deuxièmement, sur la compétence exclusive des juges de demander le récolement des témoignages (sauf en cas d'« urgente nécessité »)<sup>1449</sup>. Troisièmement, sur les formalités lors du récolement : elles doivent être faites individuellement, le témoin doit prêter serment, l'on doit lui faire lecture de la première déposition, le témoin peut faire des éventuels additions ou suppressions, le récolement doit être signé<sup>1450</sup>. Quatrièmement, sur l'écart des témoignages non confrontés (sauf

---

<sup>1444</sup> Titre VI, art. 5. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 382. Les témoins « seront enquis de leur nom, surnom, âge, qualité, demeure, et s'ils sont serviteurs ou domestiques, parents ou alliés des parties, et en quel degré ». Jousse en donne les raisons : « La précaution [...] est nécessaire, afin que les moyens de reproches puissent par-là être découverts avec plus de facilité ». JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 149. Serpillon souligne la rigueur des formalités : « Un seul de ces mots oublié [nom, surnom, âge, etc.] fait une nullité ; & comme c'est le Juge qui en répond, il ne doit pas s'en rapporter à son Greffier, la formalité au Criminel est essentielle ». SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 1, op. cit., p. 463.

<sup>1445</sup> Titre VI, art. 6. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 382. La personne compétente est exclusivement le greffier ou les commis au greffe de la juridiction, les juges sont interdits de commettre ses clerks sauf légitime empêchement. Jousse et Rousseaud de la Combe évoquent un minimum d'âge de 25 ans pour la personne commise. Serpillon rajoute qu'il est « défendu aux Juges d'écrire eux-mêmes les procédures ». En outre, les auteurs affirment la possibilité de récusation des greffiers, au civil jusqu'au quatrième degré, au criminel, jusqu'au cinquième. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 1, op. cit., p. 471 et 476 ; JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 152. ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 237-238.

<sup>1446</sup> Titre VI, art. 9 et 11. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 382. Les procureurs du roi ou fiscaux ne peuvent pas être présents. En plus du juge et du greffier, les seules personnes permis au moment du récolement sont les interprètes (voir : JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 157-158). Tous sont obligés de signer et le juge de coter et signer chaque page de la déposition. Serpillon considère que le juge est seulement compétent pour « examiner » et non pour interroger le témoin. Pourtant, il ajoute que le juge doit « non seulement recevoir les dépositions [des témoins], mais encore examiner leur assurance, & leur façon de s'expliquer ». SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 1, op. cit., p. 479.

<sup>1447</sup> Titre VI, art. 13. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 382. C'est au juge de déterminer « la taxe pour les frais et salaires du témoin ». Voir sur ce sujet : PIANT, Hervé, « Le prix de la vérité : témoignage argent et vérité dans la justice française d'Ancien Régime. Une analyse de la "taxe" des témoins », *Les témoins devant la justice...*, op. cit., p. 209-220.

<sup>1448</sup> Titre XV, art. 2. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Ils peuvent être condamnés à payer une amende et éventuellement contraints par corps (sauf les ecclésiastiques selon Jousse). ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 331. JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 301. Serpillon remarque que l'absence des témoins lors du recollement et la confrontation ne veut pas dire que les juges peuvent prononcer l'absolution de l'accusé, mais seulement l'élargissement provisoire, selon la Déclaration du roi du 18 novembre 1679. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, op. cit., p. 697.

<sup>1449</sup> Titre XV, art. 3. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Aucun récolement peut être faite sans jugement, sauf en cas de risque de dépérissement de la preuve (maladie, vieillesse ou voyage imminent du témoin). Dans ce cas, le juge peut sur réquisition de la partie civile ou du procureur se transporter à la maison du témoin avec l'accusé pour réaliser la confrontation. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, op. cit., p. 700 ; ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 332.

<sup>1450</sup> Titre XV, art. 5. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Le récolement doit être fait « dans le lieu où se rend la Justice, ou dans la Chambre du Conseil, ou de la Geôle » et pas à la maison du juge ou ailleurs (JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 303). Rousseaud de la Combe et Serpillon réfèrent quelques arrêts des cours souveraines qui ont cassé ce type de récolements. En outre, la signature du greffier n'est pas nécessaire. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, op. cit., p. 701 ; ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 333.

pour les témoins décédés pendant la contumace)<sup>1451</sup>. Cinquièmement, sur la possibilité de faire lecture au juge des témoignages à la décharge de l'accusé malgré l'absence des formalités de récolement et de confrontation<sup>1452</sup>. Sixièmement, sur la poursuite et punition en tant que faux témoins de ceux qui « rétracteront leurs dépositions [...] dans des circonstances essentielles »<sup>1453</sup>. Septièmement, sur les formalités de la confrontation : elle doit être écrite dans un cahier séparé ; l'accusé et le témoin doivent prêter serment en présence l'un de l'autre ; l'accusé doit faire les reproches au témoin en sa présence et celui-ci doit répondre, après quoi le récolement est lu et les réponses des deux doivent être consignées par écrit ; la possibilité de l'accusé de faire remarquer au juge « quelque contrariété ou circonstance qui puisse éclairer le fait et justifier son innocence » dans la déposition du témoin ; la signature des pièces par l'accusé, le témoin et le juge<sup>1454</sup>. Huitièmement, sur l'interdiction de proposition des reproches après la confrontation (sauf s'ils sont « justifiés par écrit »)<sup>1455</sup>. Neuvièmement, sur l'interdiction de produire des témoignages après l'information sous peine d'amende pour le témoin et la partie<sup>1456</sup>.

La législation royale conjuguée à la jurisprudence détermine avec précision les règles relatives à la qualité des témoins, aux formes du témoignage et de manière générale à la preuve testimoniale dans un procès criminel. La doctrine, pour sa part, les

---

<sup>1451</sup> Titre XV, art. 8. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Pour Serpillon, il s'agit d'une « peine de sa fuite [de l'accusé] & de sa désobéissance à justice ». Cependant, l'auteur considère que « si le témoin qui a été recollé décède, sans avoir été confronté, après que la contumace a cessé par la représentation volontaire ou forcée de l'accusé, la déposition du témoin quoique recollé ne peut faire preuve [...] ; l'Ordonnance qui tend toujours à la décharge, doit être interprétée dans ce cas en faveur de l'accusé », SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, *op. cit.*, p. 704-705 (nous soulignons). Daniel Jousse affirme que seulement les témoignages à la charge de l'accusé peuvent faire preuve « quoiqu'ils n'aient été ni récolés, ni confrontés », JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>1452</sup> Titre XV, art. 10. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Voir la note de bas de page précédente.

<sup>1453</sup> Titre XV, art. 11. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Serpillon rapporte un arrêt du parlement de Dijon du 2 août 1755 dans lequel deux témoins sont condamnés pour faux et subornation aux galères perpétuelles l'un et aux galères pendant neuf ans l'autre. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, *op. cit.*, p. 707. Le témoin peut être arrêté et emprisonné au moment du récolement. JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 308-309 ; ROUSSEAU DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 334-335.

<sup>1454</sup> Titre XV, art. 13-18 et 22. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 401. Sur les reproches, Serpillon réfère les opinions de Jean Imbert et d'Adam Theveneau, lesquels affirment que le juge peut d'office suppléer les reproches si l'accusé ne les connaît pas ; mais il faut que ces reproches soient « notoires, & de droit », SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, *op. cit.*, p. 707. Rousseau de la Combe précise que s'il y a plusieurs témoins et complices et plusieurs accusés, les confrontations doivent se faire à chaque fois séparément pour chaque accusé et chaque complice avec chaque témoin. ROUSSEAU DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 335-337.

<sup>1455</sup> Titre XV, art. 19-20. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 402. Daniel Jousse observe qu'il y a différence avec le procès civil, dans lequel les reproches peuvent être « fournis dans la huitaine de la communication du Procès-verbal de l'enquête ». JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 313. Serpillon réfère l'opinion de Theveneau et Ayrault, lesquels critiquent l'exigence de proposition des reproches sur le champ. SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, *op. cit.*, p. 731-732.

<sup>1456</sup> Titre XV, art. 21. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 402. La sanction est de fait laissée à l'arbitraire du juge, comme l'a demandé Lamoignon lors des conférences sur l'ordonnance. Voir : SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 2, *op. cit.*, p. 733-734.

interprète d'une manière plus ou moins favorable à l'accusé, en affirmant certaines comme des véritables garanties judiciaires. Or l'établissement des faits se fait aussi avec les documents qui les attestent, ce qui exige de légiférer sur ce sujet.

### *C. Les règles relatives à la preuve documentaire*

« Lettres passent témoins » c'est l'adage qui l'emporte depuis le XVI<sup>e</sup> siècle ; c'est dire que la preuve écrite prend plus d'importance à cette époque, et ce même à l'initiative de la royauté. En matière civile, la supériorité de la preuve écrite est consacrée dans l'ordonnance de 1566 à l'article 54 : « toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres [...], seront passées contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçue toute preuve desdites matières »<sup>1457</sup>. Mais l'ordonnance affirme aussi la supériorité de la preuve écrite en matière de « vœu monacal » ainsi que pour les jugements condamnatoires ou absolutoires en cas de reproches aux témoins<sup>1458</sup>. L'adage « lettres passent témoins » est par ailleurs entériné dans l'ordonnance de 1667, car l'article 2 du Titre XX réitère la règle de l'ordonnance de 1566<sup>1459</sup>. De même, les articles 7 à 17 déterminent la manière de la preuve écrite de l'état des personnes (baptême, mariage, sépulture, tonsure, ordre, vêtue, noviciat ou profession). L'article 18 enjoint aux dépositaires desdits actes « de les représenter pour en être pris des extraits ; et à ce faire contraints [...], à peine de saisie du temporel et de privation de leurs droits, exemptions et privilèges à eux accordés [...] »<sup>1460</sup>. Ces dispositions n'empêchent pas cependant que les faits avancés par les justiciables puissent être prouvés de façon testimoniale en l'absence du document ou dans d'autres cas prévus par l'ordonnance et la doctrine<sup>1461</sup>.

Pour la doctrine, la valeur de la preuve littérale dépend de deux conditions. La première est que l'acte doit contenir la preuve des faits dont il s'agit. En matière civile, c'est le document qui contient l'établissement de la chose objet du litige qui écarte

---

<sup>1457</sup> L'intention dans l'ordonnance est claire : il s'agit « [d'] obvier à multiplication [*sic*] de faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont advenaient plusieurs inconvénients et involutions de procès ». ISAMBERT, Tome XIV, 203.

<sup>1458</sup> Article 55. *Ibid.*, p. 203.

<sup>1459</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 137.

<sup>1460</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 140. L'article 35 de la déclaration de 1736 précise les sanctions

<sup>1461</sup> Art. 3 et 4. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 137. Daniel Jousse énonce encore plusieurs cas dans lesquels la preuve doit se faire par témoins : la location d'immeuble pendant un certain nombre d'années, la vente faite en marché ou foire, les actes authentiques perdus, soustraits ou péris, en matière de quasi-contrats, délits, les mauvais traitements du mari à la femme, les recelés et détournements des effets d'une succession ou d'une Communauté, les quasi-délits, etc. JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile d'avril 1667*, Tome II, Paris, Debure, 1769, p. 312-314.

immédiatement la preuve testimoniale, comme l'explique une partie des auteurs : un document qui établit un prêt de 66 livres ne peut pas être remis en cause par les témoignages qui affirment qu'il s'agit d'une dette de 60 livres et que l'excédent est causé par les intérêts<sup>1462</sup>. En matière criminelle, certains délits et crimes privilégient la preuve documentaire, à savoir : le faux, l'usure, le parjure, la conspiration et les libelles diffamatoires<sup>1463</sup>. Si la condition de concordance de l'acte aux faits semble aller de soi, elle n'est guère évidente. Ainsi, la doctrine fait la distinction entre les preuves littérales et les écrits qui donnent « commencement de preuve ». Ces derniers attestent « non de la vérité totale du fait, mais de quelque fait qui y conduit, ou qui en fait partie »<sup>1464</sup>. Ils doivent « résulter d'un acte public, dans lequel le défendeur a été *Partie*, ou d'un acte sous signature privée, duquel on puisse induire de fortes présomptions de la sincérité de la demande »<sup>1465</sup>.

La seconde condition est que l'acte doit être authentique d'une autorité publique ou reconnu comme tel s'il s'agit d'un document privé. Cette condition permet aux justiciables de le remettre en cause pour cause de nullité et de faux. Dans le premier cas, l'acte est écarté de la procédure pour « les ratures, les renvois non approuvés et les interlignes », ou bien « le défaut de représentation de la minute ou original sur lequel on prétend qu'a été faite l'expédition de l'acte »<sup>1466</sup>. Dans le second cas, la partie peut affirmer la fausseté de l'écrit apporté par son adversaire, soit qu'il le soit dès son origine, ou qu'il ait été par la suite falsifié en tout ou en partie. L'accusation de faux, en tant que chef principal ou en tant qu'incident à l'intérieur d'une procédure, est réglée par l'ordonnance de juillet 1737<sup>1467</sup> et amplement commentée par la doctrine<sup>1468</sup>. Elle

<sup>1462</sup> Voir par exemple : POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Tome II, Paris, Debure, 1777, p. 300.

<sup>1463</sup> « Il en a [des actes] qui forment le Crime par eux-mêmes, tels que sont les *Contrats usuraires, les Libelles diffamatoires, & les Ecrits séditieux* ». MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel...*, op. cit., p. 800 (nous soulignons). Le *Journal du Palais* rapporte une opinion nuancée sur la clarté des écrits : « En bonne jurisprudence, la preuve littérale est celle où la preuve du fait dont il s'agit, se trouve établie par les termes précis, & par la foi du titre qui est rapporté. Or pour cela il faut que ce soit écrit précisément. Par exemple, s'il s'agit d'injures, il faut qu'elles y soient écrites en termes exprès ; s'il s'agit d'un complot d'assassinat, il faut que ce complot y soit écrit pour en faire une preuve littérale [...] », *Journal du Palais, ou recueil des principales décisions de tous les Parlemens & Cours souveraines de France*, Volume III, Paris, Thierry et Guignard, 1681, p. 283. L'article 5 du Titre XXV de l'ordonnance de 1670 permet par ailleurs l'instruction et jugement des procès sans information lorsqu'il y a « preuve suffisante par les interrogatoires et par pièces authentiques ou reconnues par l'accusé, et par les autres présomptions et circonstances du procès ». ISAMBERT, Tome XVIII, p. 415.

<sup>1464</sup> SERPILLON, François, *Code Civil, ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667...*, op. cit., p. 321.

<sup>1465</sup> *Ibid.*, p. 321 (nous soulignons).

<sup>1466</sup> MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel...*, op. cit., p. 799. Voir également : ROUSSEAU DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 247-278.

<sup>1467</sup> ISAMBERT, Tome XXII, p. 1-30.

<sup>1468</sup> Voir : POTHIER, Robert-Joseph, *Traité de la procédure civile*, dans : *ŒUVRES posthumes de M. Pothier*, Tome III, Orléans-Paris, Massot-Barrois, 1778, p. 333-346 ; SERPILLON, François, *Code du faux, ou Commentaire sur l'ordonnance du mois de juillet 1737*, Lyon, Regnault, 1774 ; SOULATGES, Jean-Antoine, *Nouveau code du faux, ou l'esprit de*

permet aux justiciables – les parties d'un procès civil ou l'accusé en matière criminelle – de contrer les preuves littérales produites à leur rencontre<sup>1469</sup>. En ce sens, l'inscription en faux se présente comme une garantie de véridiction, dont les parties ne doivent pas user légèrement – comme le rappelle régulièrement la doctrine<sup>1470</sup>.

Les moyens que la législation royale et la jurisprudence octroient aux justiciables pour l'établissement des faits montrent que les formes de la preuve, forgées dans le cadre des droits savants, deviennent « juridiques » (c'est-à-dire, légales ou étatiques). La doctrine insiste, pour sa part, sur les aspects favorables aux accusés en matière criminelle, qui reposent principalement sur la figure du juge ; tout en accusant un « défaut d'intelligence » et un « manque de courage » concernant les transformations majeures du système de la preuve depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1471</sup>. En revanche, elle développe davantage les garanties judiciaires issues du formalisme.

## Section 2. Le développement doctrinal des garanties judiciaires

La législation exige aux différentes juridictions de nombreux formalismes, qui sont autant de garanties offertes aux justiciables contre l'arbitraire. La doctrine, quant à elle, s'efforce de fixer les contours de ces normes parfois ambiguës à travers ses commentaires sur les ordonnances et les différents règlements de la justice. Ce travail vise en principe l'amélioration progressive de la procédure légale ; il ne se présente pas comme une critique de la politique judiciaire de la royauté.

Pour la doctrine, le souci d'ordre social l'emporte globalement sur les droits de l'accusé, tout comme dans le discours royal. Pendant les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, elle approuve largement la rigueur de la justice en vertu du principe *ne crimina remaneant*

---

*l'ordonnance du mois de juillet 1737...*, Toulouse, Rayet, 1780 ; *Traité du faux, ou l'Ordonnance de France du mois de Juillet 1737, concernant le Faux Principal & Incident, & la Reconnaissance des Ecritures & Signatures en Matière Criminelle : Conférée avec les Ordonnances de Lorraine, réduite en pratique et stile*, Bar-le-Duc, Briflot, 1757.

<sup>1469</sup> « L'inscription en faux, est une voie, dont on se sert pour détruire & faire déclarer fausse une pièce, que la partie adverse a produite, ou communiqué dans la cause ». FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome II, p. 36.

<sup>1470</sup> Voir par exemple : BLÉGNY, Etienne de, *Traité contenant la manière de procéder à toutes vérifications d'écritures contestées en justice*, Paris, Cavalier, 1698, *passim*.

<sup>1471</sup> « [...] Puisque les criminalistes n'ont pas manifesté une opposition franche au principe du recours à la violence dirigée contre l'accusé indicié [*sic*] mais non convaincu : ils ont préféré emprunter des chemins détournés, au risque de... perdre leurs lecteurs. C'est ce que dit avec force un abolitionniste célèbre [Friedrich von Spee] : si l'on mettait "une seule fois pour un quart d'heure à la torture" tous ces criminalistes, "toute leur sagesse et magnifique philosophie s'en irait par terre" » ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel...*, *op. cit.*, p. 415 (souligné dans le texte).

*impunita*<sup>1472</sup>, même si quelques critiques s'abattent sur la sévérité des procédures. De même, elle accepte largement la valeur symbolique de la crainte manifestée dans l'ordonnance criminelle de 1670, pour contraindre « ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leur devoir »<sup>1473</sup>.

L'époque de cette étude peut être scindée avec les ordonnances de procédure de Louis XIV, mais les éléments dogmatiques de la littérature procédurale attestent une continuité. La réflexion doctrinale sur les garanties judiciaires suit deux moments. D'abord, le respect des formes de l'instruction, véritable « âme du procès » (§1) et ensuite le recours hiérarchique, garant du respect de la procédure de la justice d'origine étatique (§2).

### **§1. L'instruction, « âme du procès »**

*L'ordre et l'instruction judiciaire* de Pierre Ayrault qualifie ainsi ce moment central de la procédure. Il affirme par ailleurs que l'instruction est « la plus noble, & la plus difficile partie » du procès. Cette valorisation de l'instruction se retrouve de manière quasi uniforme dans la doctrine, qui souligne l'importance du respect de la procédure légale lors de l'instruction (A) ; en indiquant et classifiant les formalités nécessaires et secondaires (B).

#### **A. Le principe de légalité de l'instruction**

Avant le principe de légalité des délits et des peines, la doctrine conçoit le respect de l'instruction comme la garantie par excellence d'une bonne justice. En effet, l'*officium judicis* consiste moins à la décision de justice en elle-même, qu'à « rendre l'accusation en état de juger ». Pierre Ayrault affirme que l'absolution, la condamnation, le *non liquet* ou l'*amplius* étaient laissés à Rome aux parties privées ;

---

<sup>1472</sup> Sur la maxime : CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, op. cit., p. 190 ; FRAHER, Richard M., « The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages : "Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita" », *Articles by Maurer Faculty*, Paper 1854, 1984, disponible sur : <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1854> (consulté le 21 mai 2020) ; PENNINGTON, Kenneth, « Innocent III and the *Ius Commune* », *Grundlagen des Rechts : Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Richard Helmholz, Paul Mikat, Jörg Müller, Michael Stolleis (Rechtsund Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der GörresGesellschaft, NF 91; Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh), 2000, p. 352-354, disponible sur Academia.edu : [http://academia.edu/37627206/Innocent\\_III\\_and\\_the\\_Ius\\_commune](http://academia.edu/37627206/Innocent_III_and_the_Ius_commune) (consulté le 4 janvier 2020).

<sup>1473</sup> Préambule de l'ordonnance criminelle de 1670. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 372.

alors que les formalités de l’instruction « ne se peuvent commettre qu’au Magistrat qui a le serment de la République »<sup>1474</sup>. Mais, en quoi consiste cette instruction ? L’auteur apporte une longue liste de devoirs qu’il appartient au juge d’assurer :

« Y apporter [à l’accusation] telle prudence, telle discrétion, telle équité & autorité qu’il n’y ait rien omis de la formalité & solennité qu’y désirent les Lois ; y user de la diligence & dextérité requise à discerner la fidélité, ou prévarication & calomnie d’un demandeur : la simplicité, ou rusée façon d’un accusé : sa constance, sa couleur, son visage ; quant aux témoins, leur grâce, leur parole tremblante ou assurée, les frivoles, ou bonnes & apparentes raisons de leur dire [...] & au surplus, tenir la main roide à ce que toutes personnes qui ont à voir & exercer fonction & ministère en ce qui dépend de l’accusation n’excèdent leur charge & leur devoir [...] »<sup>1475</sup>

Il s’agit, encore une fois, de la déontologie applicable aux juges au moment de l’instruction<sup>1476</sup>. Au XVII<sup>e</sup> siècle, certains auteurs modifient légèrement la maxime d’Ayrault, sans en modifier le sens : Géraud de Maynard (†1607)<sup>1477</sup> voit aussi dans l’enquête « l’âme du procès » et réfléchit sur son importance<sup>1478</sup>. Claude Lebrun de La Rochette († vers 1630)<sup>1479</sup> fait de même, justifiant que c’est « sur [l’enquête] que le Juge assied le fondement de sa sentence, selon les choses vérifiées ». Il conclut que les enquêteurs doivent être « hommes de doctrine, prudhomme, intégrité, & expérience »<sup>1480</sup>, sans mentionner explicitement les juges. Cependant, si ceux-ci ne sont pas forcément les enquêteurs, ils sont bien chargés – et cela veut dire aussi qu’ils sont responsables – de l’ensemble de l’instruction. Rousseaud de la Combe affirme en ce

<sup>1474</sup> AYRAULT, P., *L’ordre, formalité et l’instruction judiciaire...*, op. cit., p. 2, §1.

<sup>1475</sup> *Ibid.*, 2, §1.

<sup>1476</sup> Claude-Marin Saugrin affirme en ce sens qu’il « y eût été de périlleuse conséquence de commettre l’instruction d’un procès criminel, où il peut aller toute à la fois des biens, de l’honneur & de la vie d’une personne, à un Gentilhomme plus nourri au fait des armes, qu’il ne peut être versé & entendu & ce qui est des formes & procédures judiciaires, répugnantes à sa profession. Et s’il est vrai d’ailleurs – continue l’auteur – qu’il n’y a point de petites fautes en fait de guerre, aussi en la Justice y a-t-il des formalités tellement essentielles, qu’on ne saurait s’en dévoyer tant soit peu, & omettre la moindre solennité requise, ce à quoi tend le plus un accusé, que tout aussitôt il n’eût la bouche ouverte pour s’en plaindre, & empêcher par ce moyen, comme l’impunité la plus sûre, que son procès ne lui puisse être jamais fait & parfait : l’instruction, comme on le dit communément, *c’est l’âme du procès*, qui ne doit être (comme la plus noble & difficile partie du Juge) commise qu’à un qui s’en puisse bien & dignement acquitter ». SAUGRIN, Claude-Marin, *Code des chasses, ou Nouveau traité du droit des chasses, suivant la jurisprudence de l’ordonnance de Louis XIV du mois d’août 1669*, Tome I, Paris, Prault, 1753, p. 239-240.

<sup>1477</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 719-720.

<sup>1478</sup> « Les anciens ont appelé l’Enquête l’âme du procès, étant de besoin pour icelle de former & créer, & forme & crée demeurer en son être, pour en produire les effets qu’on attend, & de l’espérance qu’on en a de bien solider & fonder [sic], non seulement ses principes & commencement, mais encore ses progrès ». DE MAYNARD, Gérard, *Notables et singulieres questions du droit escrit...*, op. cit., p. 309<sup>v</sup>°.

<sup>1479</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 624-625.

<sup>1480</sup> LE BRUN DE LA ROCHETTE, C., *Le proces civil et criminel divise en cinq livres...*, op. cit., p. 103.

sens que, « tout Juge doit instruire & juger un procès criminel lui-même & en personne, sans y pouvoir commettre ni déléguer ». Il exclut de même les juges interdits ou en décret d'ajournement personnel voire de prise de corps, à peine de nullité de la procédure et des jugements, et affirme qu'ils seront obligés de payer les dommages et intérêts envers les parties<sup>1481</sup>.

Or, si l'injonction morale est récurrente dans la doctrine, celle-ci souligne davantage que les formalités et solennités sont consacrées dans les lois. Louis Le Caron soutient, par exemple, que les juges ne peuvent s'excuser de « malverser » en leur office en cas d'inobservance des formes de l'instruction du procès criminel, car elles sont « exactement prescrites par les Ordonnances »<sup>1482</sup>. D'Aguesseau regrette dans une de ses lettres que les juges – pourtant « pleins d'amour pour la justice », et « très éclairés sur des points de droit beaucoup plus obscurs » – ne travaillent pas « l'ordonnance à la main » et tombent « dans des méprises ou dans des inadvertances sur la forme de l'instruction [...] »<sup>1483</sup>. Daniel Jousse fait un parallèle avec le arts et la méthode qu'ils doivent suivre, pour déduire que l'« Art de la justice » a sa méthode et ses règles : « la forme est tellement essentielle à la manière [d']administrer [la justice], que sans cette forme la Justice perd son nom & n'est plus qu'un pouvoir arbitraire & une précipitation de Jugement »<sup>1484</sup>. Il identifie cette forme avec les ordonnances, lesquelles la nomment « style », procédure et même instruction<sup>1485</sup>. Enfin, Muyart de Vouglans résume l'importance de l'instruction dans ses *Institutes au droit criminel* : il évoque la finalité épistémologique, la distinction avec le jugement, la légalité qu'elle implique, le droit naturel de la défense qu'elle induit, et les devoirs et la responsabilité du juge<sup>1486</sup>.

<sup>1481</sup> ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 101.

<sup>1482</sup> LE CARON, L., *Responses ou décisions du droit françois...*, op. cit., p. 487v°.

<sup>1483</sup> D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, op. cit., Tome XI, p. 538.

<sup>1484</sup> JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Tome I, Paris, Debure, 1769, p. vi-vii de la préface.

<sup>1485</sup> « Cette méthode à laquelle les Ordonnances de nos Rois ont donné le nom, tantôt de Style & tantôt de Procédure est aussi appelée Instruction, parce qu'elle sert à instruire le Juge, & à le rendre capable de juger, en lui faisant voir la vérité des faits d'une manière évidente publique. Il ne suffit pas que le Juge sache par lui-même & comme personne privée la vérité des faits ; il faut encore que cette vérité lui soit manifestée suivant certaines règles : *Non sufficit ut Judex sciat, sed necesse est ut ordine Juris videat* ; parce que le Juge ne doit rendre son Jugement que relativement à cette preuve ». *Ibid.*, p. viii de la préface (souligné dans le texte).

<sup>1486</sup> « De toutes les parties du Procès Criminel, il n'en est point, sans contredit, de plus importante que l'INSTRUCTION, dont l'objet particulier est de préparer, rechercher, or donner, & composer tout ce qui est nécessaire pour parvenir à la condamnation ou à l'absolution de l'Accusé ; c'est pour cela que les Auteurs l'appellent l'âme du Procès, & qu'ils lui donnent la préférence sur le Jugement même en ce que, disent-ils, celui-ci est en quelque façon arbitraire, & dépend de la volonté du Juge; au lieu que l'Instruction est de nécessité & de la Loi ; & que comme on ne doit point interpréter en mal les actions d'autrui, on ne peut se dispenser, quelque notoire que soit le Crime, d'entendre ou mettre en demeure l'Accusé, dont la Défense est de Droit Naturel.

D'une manière plus générale, la doctrine rappelle sans cesse l'importance de la forme à l'intérieur du procès judiciaire. Charles Desmarquets (†1740)<sup>1487</sup> affirme qu'elle l'emporte sur le fond : « inutilement saurait-on penser, si on ne pouvait s'exprimer ; inutilement saurait-on le fond si on ne pouvait donner aux Actes une forme qui leur est nécessaire, & qui en est comme l'être »<sup>1488</sup>. L'avocat Pierre Biarnoy de Merville (†1740)<sup>1489</sup> rappelle dans son ouvrage *Règles pour former un avocat...* que souvent la forme l'emporte sur le fond, parce que les moyens tirés de la procédure sont issus des ordonnances royales<sup>1490</sup>. Le Mercier de la Rivière (†1801)<sup>1491</sup> et Guillaume-François Le Trosne, tous les deux physiocrates, changeant légèrement la forme du discours, n'en affirment pas moins la légalité de l'instruction. Le premier affirme que le juge est « obligé » de marcher sur les voies qui l'amènent à la connaissance de la vérité des faits et c'est la loi qui juge : le jugement est « l'ouvrage de la loi », les procédés sont « l'ouvrage du magistrat »<sup>1492</sup>. Le second insiste sur le fait que l'instruction doit « être assujettie à des formes fixes & régulières » ; voilà pourquoi la loi prescrit « non seulement tous les actes qui doivent en composer la suite [de l'instruction] mais la forme de chacun d'eux ». Le Trosne conclut que la loi « quelque jalouse qu'elle soit de la punition des crimes, l'est encore plus de l'observation scrupuleuse des formes qu'elle a établies »<sup>1493</sup>. Pour Eustache-Nicolas Pigeau (†1818)<sup>1494</sup> les formalités donnent un « degré de foi » aux actes, pour « mériter la confiance de la Justice »<sup>1495</sup>. Enfin, Jacob-Nicolas Moreau – qui n'est pas pour autant

---

En un mot, le Juge doit y faire une attention d'autant plus sérieuse, qu'il ne peut la négliger sans compromettre tout-à-la-fois, & l'intérêt public, en ce que l'Instruction mal faite peut occasionner l'impunité des Crimes par le dépérissement des Preuves ; & son intérêt particulier, en ce qu'il est tenu de refaire cette Instruction à ses propres frais suivant la disposition de nos Ordonnances ». MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume...*, Paris, Le Breton, 1757, p. 217.

<sup>1487</sup> Une brève indication bibliographique affirme qu'il était procureur au Châtelet de Paris. *La France littéraire...*, Tome II, Paris, Vve. Duchesne, 1769, p. 36.

<sup>1488</sup> DESMARQUETS, Charles, *Nouveau stile du Châtelet de Paris, et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, tant en matière civile, criminelle, que de police*, Paris, Despilly, 1771, p. iv de la préface.

<sup>1489</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 109-110.

<sup>1490</sup> BIARNOY DE MERVILLE, Pierre, *Règles pour former un avocat, tirées des plus fameux auteurs, tant anciens que modernes*, Paris, Mesnier, 1740, p. 207.

<sup>1491</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 640-641.

<sup>1492</sup> LE MERCIER DE LA RIVIERE, Pierre-Paul, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Paris, Librairie Geuthner, 1910, p. 196.

<sup>1493</sup> LE TROSNE, Guillaume-François, *Vues sur la justice criminelle...*, op. cit., p. 41-43.

<sup>1494</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 814.

<sup>1495</sup> « C'est une maxime de notre droit que la forme emporte le fond ; c'est-à-dire, qu'un défaut de formalité exigée par les Lois, fait rejeter la demande la mieux fondée, sauf à la réitérer en observant les règles. Des personnes d'ailleurs très intelligentes, mais très peu versées dans la science de la procédure, ont blâmé cette maxime, & soutenu que la maxime contraire devrait avoir lieu ; mais elles n'ont pas fait attention que sans l'observation de ces formalités, la demande n'étant pas accompagnée de ce qui pourrait mettre l'assigné en état de se défendre, on ne pourrait pas décider si elle était bien fondée avant qu'il y eût été mis ; elles n'ont pas fait attention que quelques une de ces règles sont établies afin de donner l'acte qui atteste que l'on a formé la demande, le degré de foi qui lui est nécessaire pour mériter la confiance de la Justice ; que par conséquent lorsqu'il n'était pas revêtu de ces formalités, il ne méritait plus cette confiance, & ne pouvait, par conséquent, être

un auteur de la doctrine procédurale – enchaîne la fonction première de justice du souverain aux formalités de l’instruction. Il affirme d’une part, dans la continuité de ses devanciers, que les formes de l’instruction donnent « aux Juges toutes les facilités de s’instruire de la vérité ». D’autre part, elles permettent de « laisser des traces reconnaissables de la route qu’ils ont tenue, afin que, s’ils se sont écartés de la règle, le Souverain soit toujours en état de les y ramener »<sup>1496</sup>.

En outre, Rousseaud de la Combe fait une distinction fonctionnelle dans l’ensemble de la procédure, qui est de surcroît conçue comme une garantie : il affirme qu’il est « bien sage & bien raisonnable dans certains sièges & tribunaux, que le conseiller ou autre des juges qui a fait la procédure & l’instruction du procès, ne soit pas rapporteur du procès »<sup>1497</sup>. François Lange (†1684)<sup>1498</sup>, lui, fait de cette division « une très bonne maxime que l’on a introduite en matière civile », car il est important qu’il y ait « au moins deux Juges instruits pleinement d’une affaire, qui puissent le faire entendre aux autres », & aussi que tout l’intérêt des Parties ne soit pas commis à la foi d’un seul Juge »<sup>1499</sup>. L’instruction est ainsi séparée du moment du jugement non seulement comme une étape « chronologique » du procès, mais aussi par rapport à l’officier de justice qui l’entérine.

Le respect des formes de l’instruction s’étend même à l’idée de respect du style de chaque ressort judiciaire. Certains auteurs comme Louis Boullenois (†1762)<sup>1500</sup> considèrent qu’en cas d’évocation, les formes *ad litis ordinem* à suivre sont celles de « la juridiction où la cause est pendante », alors que concernant les formes *ad litis decisionem* sont bien celles du lieu d’origine du procès<sup>1501</sup>. Paul Chaline, du même avis, affirme que « les procédures, ou formes judiciaires doivent être faites selon le style du lieu où l’on plaide, *in praeparatoris iudiciorum eius loci lex, vel consuetudo servanda*

---

la base d’une décision ». PIGEAU, E.-N., *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires...*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>1496</sup> MOREAU, Jacob-Nicolas, *Les devoirs du prince réduit à un seul principe, ou Discours sur la justice, dédié au roi*, Versailles, Imprimerie Royale, 1775, p. 399-400.

<sup>1497</sup> ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l’Ordonnance du mois d’août 1670...*, *op. cit.*, p. 455.

<sup>1498</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 599-600.

<sup>1499</sup> LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale...*, *op. cit.*, p. 515-516.

<sup>1500</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 158-159.

<sup>1501</sup> BOULLENOIS, Louis, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des loix et des coutumes*, Paris, Mesnier, 1732, p. 331.

*est ubi ius redditur* »<sup>1502</sup>. L’instruction est ainsi l’expression par excellence d’un pouvoir institutionnel.

Toutefois, la rigidité des formes dépend de la nature du procès. En matière civile, elles sont largement produites par les parties et le juge demeure un arbitre de l’instruction. Également, les critères procéduraux au civil sont plus flexibles, même en matière de la preuve. D’Aguesseau rapporte un exemple dans le cadre d’une inscription en faux : comme il s’agit de statuer sur les conséquences civiles d’une fausseté, et non sur le crime, « la conviction du juge peut suffire, soit qu’elle soit fondée sur une instruction régulière, soit qu’elle n’ait pour principe que des preuves et des présomptions purement civiles »<sup>1503</sup>.

La doctrine relative à la procédure formule de manière assez uniforme un principe de légalité de l’instruction en matière criminelle : à ce stade, tout est de rigueur et de surcroît préétabli par l’ordre juridique royal. Cependant, elle distingue les éléments essentiels de la procédure de ceux qui sont secondaires.

### ***B. La distinction entre formalités essentielles et indifférentes***

Si tout dans la justice n’est que, selon les mots d’Ayrault, « formalité et cérémonie », son analyse de ce qui est essentiel et de ce qui est « indifférent » dans la procédure judiciaire est nuancée. Après avoir fait une réflexion sur les formes arbitraires à Rome, l’auteur affirme que « tant que la Loi & Ordonnance dure, la formalité est nécessaire »<sup>1504</sup>. Or il en existe certaines qui le sont « de soi-même & d’un consentement universel », à savoir : « il faut pour accomplir l’accusation de toutes ses formalités nécessaires, qu’il y ait crime ; Juge pour en connaître ; accusateur, & accusé ; preuve, audience, jugement & exécution de celui-ci »<sup>1505</sup>. Cependant, il relativise ses propos : « on pourra dire que nous nous fourvoyons de l’entrée, & qu’il se trouvera des accusations bien parfaites, jaçoit qu’ès unes il n’y eut point de crime,

---

<sup>1502</sup> CHALINE, P., *Methode generale pour l’intelligence des coutumes de France...*, op. cit., p. 299. Antoine Laplace († vers 1768) est du même avis : « Quelle Coutume doit-on suivre dans le Jugement des Procès évoqués ? Les procès évoqués doivent être jugés suivant la Coutume des lieux d’où ils ont été évoqués, art. 46 du tit. des Evocations de l’Ordonnance de 1669 [...]. Mais pour ce qui, regarde les formalités & l’ordre de la procédure, il est permis aux Juges à qui le renvoi a été fait, de suivre la Coutume du Tribunal où l’on plaide ». LAPLACE, Antoine, *Maximes journalières du droit français ; rangées par ordre alphabétique pour l’usage & la commodité des commençans*, Paris, Durat et Pissot, 1749, p. 118. Sur l’auteur : *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 607.

<sup>1503</sup> D’AGUESSEAU, *Œuvres...*, Tome II, op. cit., p. 55

<sup>1504</sup> AYRAULT, P., *L’ordre, formalité et l’instruction judiciaire...*, op. cit., p. 115, §19.

<sup>1505</sup> *Ibid.*, p. 115, §19.

ès autres point d'accuse, ès autres d'accusateur, conséquemment qu'il n'est pas véritable, que toutes ces formalités soient nécessaires »<sup>1506</sup>. Du fait de la multiplication d'exemples anciens, l'argumentation d'Ayrault est ambivalente : autant il estime que le nombre des juges requis en un procès est indifférent, autant il affirme qu'ils jugent en corps « *non potest auctoritas in uno, aut in paucis, quæ est in omnibus* »<sup>1507</sup>. Concernant l'accusateur, il reconnaît la formalité du serment ainsi que le consentement de l'accusé lors du désistement<sup>1508</sup>. Pour l'accusé, la formalité essentielle est l'ajournement – au passage, l'auteur fustige l'utilisation hâtive de la prise de corps en France<sup>1509</sup>. Pour les preuves, « deux choses sont requises, qu'il y ait permission d'informer, & temps et délai pour le faire [...] »<sup>1510</sup>. Pour l'audience, Ayrault mentionne la défense de l'accusé, qu'il peut faire par plusieurs moyens : incompétences, appellations, évocations, argumentations de faux, préventions, récriminations, fins de non-procéder, fins de non-recevoir, dilations, récusations, reproches, faits d'*alibi*<sup>1511</sup>. Enfin, il dresse en parallèle une liste des moyens qui ne sont pas de droit : « [l'accusé] ne rompra pas les prisons, il ne corrompra pas sa Partie, ni les témoins ; il n'injuriera pas le Magistrat, il ne produira de faux témoins ; & ne dérobera pas le sac de sa Partie adverse, ses charges & pièces & en falsifiera & supposera d'autres »<sup>1512</sup>, et critique le secret de l'instruction<sup>1513</sup>.

Plus d'un siècle après, Domat affirme qu'il est de droit naturel que la justice soit bien rendue, que les procès soient bien instruits, et partant qu'un « ordre judiciaire soit observé »<sup>1514</sup>. Contrairement à ses devanciers, il distingue plus clairement les formalités de l'ordre judiciaire qui sont essentielles de celles qui ne le sont pas :

---

<sup>1506</sup> *Ibid.*, p. 173-174, § 40.

<sup>1507</sup> *Ibid.*, p. 174, §40.

<sup>1508</sup> *Ibid.*, p. 201, §9 et p. 250, §78. Il fait par ailleurs une distinction entre accusateur et délateur. Pour ce dernier, les formalités sont : donner caution et renoncer au droit de réparation soit profitable soit honorable (p. 206, §18).

<sup>1509</sup> Sur l'emprisonnement : « Mais d'y décréter prise de corps, & commencer par la capture, c'est chose (comme nous avons dit) que les Anciens n'eussent pas trouvé juste [...]. Il faut premièrement ouïr les parties, & voir s'ils se soumettront aux Loix [...]. Je dirai seulement en cet endroit, que les Anciens faisaient meilleure justice que nous, & s'ils n'avaient point tant de prisons, tant de tortures, ni de supplices. Comment cela ? Quiconque était condamné par contumace, l'était toujours. Tant y a que leur pratique nous doit apprendre, de ne décréter pas légèrement prise de corps, principalement contre personnes notables ; sinon que nous eussions nous-mêmes vaqué ç l'audition, ou récolé auparavant les témoins », (*Ibid.*, p. 268-269, §16-17). Plus tard, l'auteur connaît que la prison est une formalité essentielle « si le cas est tel que la peine corporelle puisse en suivre ; sinon, [la prison sera une formalité] arbitraire, & indifférente » (p. 288, §31).

<sup>1510</sup> L'extrait continue : « Car qui ferait ses preuves sans commission, & les ferait hors les délais, elles seraient nulles. D'un côté, l'autorité manquerait ; de l'autre, il n'y aurait jamais de borne ». *Ibid.*, p. 289 §2.

<sup>1511</sup> *Ibid.*, p. 341-342, §29-30.

<sup>1512</sup> *Ibid.*, p. 342, §30.

<sup>1513</sup> *Ibid.*, p. 360-381.

<sup>1514</sup> DOMAT, J., *Le droit public...*, *op. cit.*, [s.p.], vue p. 47 de la préface.

« Dans le détail de cet ordre [judiciaire] il y a plusieurs règles particulières qui sont de l'équité naturelle, comme d'entendre les deux parties, de recevoir des preuves des faits, d'accorder certains délais [...]. Mais on n'y comprendra pas une infinité de Lois arbitraires comme celles qui règlent la manière d'assigner en justice, les délais des assignations, les manières de dresser les sentences & les arrêts, les formalités des diverses procédures, celles des appellations, & autres semblables & les diverses manières d'instruire les différentes espèces d'instances »<sup>1515</sup>

Louis d'Héricourt (†1752)<sup>1516</sup>, continuateur de l'œuvre de Domat<sup>1517</sup> distingue deux sens des mots formes et formalités : d'une part *les actes*, et d'autre part *les manières de présenter les actes*. Si les secondes peuvent être indifférentes – en ce sens qu'elles peuvent varier –, les premiers sont nécessaires. Il illustre ses propos avec l'exploit d'ajournement. Après avoir démontré qu'il est évident que dans un procès civil il faut entendre les deux parties, l'auteur affirme que « l'exploit d'ajournement est un acte tellement naturel et essentiel, qu'on ne peut avoir justice sur une demande que la formant par cette voie »<sup>1518</sup>. Ainsi, l'acte doit nécessairement inclure certaines formalités : « qu'il soit fait par un officier public, qu'il soit daté, qu'il explique la demande, qu'il soit signifié à la personne assignée, où à son domicile »<sup>1519</sup>. À l'inverse, certaines exigences sont indifférentes, comme par exemple que l'acte « soit conçu en de certains termes, et selon un certain style ; et on peut diversifier sans nullité l'ordre

---

<sup>1515</sup> *Ibid.*, vue p. 47 de la préface. Dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Domat avance les formalités de la preuve que le juge doit prendre en compte : « Le premier examen que doit faire un Juge, pour connaitre quel doit être l'effet d'une preuve, & quel égard on doit y avoir, est celui des formalités, c'est à dire, si elle est dans l'ordre prescrit par les Lois. Ainsi dans les cas où les preuves par témoins peuvent être reçues, il faut examiner s'ils sont au nombre que la Loi demande, s'ils ont été ouïs par leur bouche, s'il n'y a point de cause qui rende leur témoignage suspect, s'ils ont été assignés, s'ils ont prêté le serment, & enfin si leurs dépositions sont accompagnées de toutes les formalités que demandent les Lois. Ainsi quand c'est par un écrit qu'on prétend faire la preuve d'un fait, il faut examiner si c'est un original ou une copie, si c'est un acte par-devant Notaires, & dont la datte soit sure, ou s'il est seulement sous seing privé, & qu'on ait pu dater comme on a voulu : & si l'acte est dans les formes qui doivent le rendre authentique, & tel qu'il serve de preuve ». DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome II, Livre II, Paris, Auboin-Emery-Clouzier, 1697, p. 356.

<sup>1516</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 529-530.

<sup>1517</sup> Selon David Gilles, « seuls les préambules des livres III et IV sont de la main de Domat, comme l'intégralité des livres I et II. Peut-être Héricourt a-t-il conservé des manuscrits sur lesquels il a travaillé pour ses suites au *Droit public*, mais aucun élément ne vient pas étayer cette hypothèse ». GILLES, D., « Jean Domat et les fondements du droit public », *op. cit.*, p. 100-101, note de bas de page n° 15.

<sup>1518</sup> D'HERICOURT, Louis, dans : DOMAT, Jean, *Les quatre livres du droit public (1697)*, [reproduction en fac-simile], Centre de Philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, p. 570.

<sup>1519</sup> Et aussi, bien entendu, qu'il soit écrit. *Ibid.*, p. 571. En ce sens, l'analyse de Jérôme Mercier : « pour le faire, il faut que l'exploit contienne toutes ces choses ensemble, la personne, la chose, devant quel Juge, par quel droit, ce que l'on demande, & à qui on le demande. De sorte que quand même un exploit serait mal conçu, & qu'il y aurait faute dans les formalités ordinaires, il est certain que rien ne peut empêcher le Juge de rendre son jugement, & de prononcer sur la demande faite par cet exploit, pourvu qu'il puisse donner Sentence sur les choses produites au procès, parce qu'il n'y a que l'ordre des procédures ordinaires qui doit être gardé exactement, & non point l'ordre de faire un exploit, & de dresser une demande par des formules recherchées, & en termes précis ». MERCIER, Jérôme, *Remarques nouvelles du droit françois, sur les Institutes de l'empereur Justinien...*, Paris, Besoigne, 1682, p. 422.

et les termes comme l'on voudra »<sup>1520</sup>. Si l'auteur ne dresse pas une liste exhaustive des formes essentielles et indifférentes, il fait appel à la raison pour les distinguer : « pour juger ce qu'il y a de naturel et d'essentiel dans l'ordre judiciaire, et discerner par cette connaissance ce qu'on mêle de vicieux, il faut parcourir l'ordre naturel dont on doit faire connaître aux juges la justice et la vérité »<sup>1521</sup>.

Louis Lasseré<sup>1522</sup> utilise un critère différent pour distinguer l'observation des formalités : le demandeur et le défenseur. Pour le premier, elles sont plus exigeantes, selon la règle *actore non probante, reus absolvitur*. Pour le second, le juge peut prononcer « en forme comminatoire [...] ; parce qu'on présume avec quelque sorte d'indulgence, qu'il y a eu quelque cause & sujet d'empêchement légitime »<sup>1523</sup>.

Daniel Jousse fait écho à ses devanciers lorsqu'il affirme qu'il y a certaines formes « purement arbitraires, v. g. la manière dont les actes doivent être rédigés ou conçus [...]. Mais l'observation des autres formalités est tellement essentielle [...] qu'une cause jugée sans s'y être conformé, est un monstre de Justice plutôt qu'un jugement »<sup>1524</sup>. Il ajoute certains cas dans lesquels elles sont d'autant plus nécessaires en matière civile, comme les saisies et contraintes par corps et l'adjudication de la propriété<sup>1525</sup>. En matière criminelle, outre une réflexion similaire à celle d'Ayrault, l'auteur avance certaines formalités essentielles au procès : le *décret* de comparution de l'accusé que lui permet de se faire entendre et sur lequel il affirme qui « ne dépend pas même du Prince, ou du Souverain, de priver un accusé de ce droit »<sup>1526</sup>, puis les actes qui sont la conséquence – les excoines ou les formalités pour déclarer la contumace. L'accusé peut, en outre, décliner la juridiction, récuser les juges ou experts, reprocher les témoins et prouver les faits justificatifs. Sur ce dernier type d'actes, Jousse affirme que « la faveur de l'innocence de l'accusé est même si grande, que cette quatrième espèce de preuve s'ordonne quelque fois d'office par les Juges »<sup>1527</sup>. Pour le jugement, la formalité essentielle est la signature de la sentence et la collégialité de la

<sup>1520</sup> *Ibid.*, p. 571. En ce sens, le formalisme n'est pas « rituel » car les justiciables ne sont pas obligés à dire une formule dans des termes exactes.

<sup>1521</sup> *Ibid.*, p. 573.

<sup>1522</sup> Conseiller au parlement de Paris actif entre 1676 et 1698 (selon l'entrée sur le site de la BNF : [https://data.bnf.fr/fr/12100406/louis\\_lassere/](https://data.bnf.fr/fr/12100406/louis_lassere/)). Nous n'avons pas d'autres éléments biographiques à apporter.

<sup>1523</sup> LASSERE, Louis, *L'art de procéder en justice, ou la science des règles judiciaires...*, Troisième édition, *op. cit.*, p. 590-591.

<sup>1524</sup> JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile...*, Tome I, *op. cit.*, p. xiv de la préface.

<sup>1525</sup> « Un juge qui ferait l'adjudication d'une terre au profit d'un particulier, sans observer la procédure nécessaire [...], exercerait plutôt par cette conduite une voie de fait qu'un Jugement [...]. Ce serait à peu près comme si ce particulier de son autorité privée, se faisait justice par lui-même ou la faisait à autrui ; ce serait un vrai brigandage ». *Ibid.*, p. xii-xiv de la préface.

<sup>1526</sup> JOUSSE, Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome I, Paris, Debure, 1771, p. xxii, xxvi de la préface.

<sup>1527</sup> *Ibid.*, p. xxvii de la préface.

décision, qui doit être plus importante lorsqu'il s'agit d'un jugement en dernier ressort<sup>1528</sup>. En creux, l'auteur refuse la maxime selon laquelle « il ne faut point s'attacher aux formes » lorsqu'il s'agit de la validité des actes ; affirmant que :

« elles ont été établies par des raisons d'équité, soit pour empêcher les surprises qui ne sont que trop ordinaires, soit pour assurer l'authenticité des actes qui tendent à faire condamner un accusé, & à le priver de la vie, ou de la liberté ; ou à l'affliger dans son honneur, ou dans ses biens »<sup>1529</sup>

En matière criminelle, les formalités se présentent principalement comme favorables aux justiciables ; partant, leur hiérarchie repose sur ce critère. Muyart de Vouglans fait état dans ses *Institutes au droit criminel* de la tension entre la faveur de la procédure pour l'accusé et la nécessité de punir les crimes « pour le bien de la Justice & pour la sûreté publique »<sup>1530</sup>. Il dresse une liste des formalités favorables à l'accusé, les qualifiant de « privilèges »<sup>1531</sup> : la non-obligation d'avancer les frais du procès – sauf pour ceux relatifs à la preuve des faits justificatifs – ; le caractère inaliénable de la défense, car l'accusé ne peut pas y renoncer ; l'interdiction de condamner sans l'entendre « ou au moins de le constituer en demeure de manière juridique » ; l'interdiction de condamner exclusivement sur sa confession selon la maxime *nemo auditur perire volens* ; le renvoi en raison du défaut des preuves de la part de l'accusateur<sup>1532</sup> ; le droit de faire entendre tous les témoins qu'il veut pour faire prouver innocence, même ceux qualifiés de reprochables ; la validité des dépositions des témoins qui n'ont pas fait partie du recollement si elles sont à sa décharge ; les présomptions qui ont valeur de preuves si elles sont à la décharge ; les actes réalisés lors de la contumace qui doivent être supprimés au moment de sa présence et comparution ; le bénéfice de doute (*latius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari*) ; l'avis plus sévère concernant la condamnation et la punition qui n'est valable que quand il l'emporte de deux voix sur le plus doux ; en cas

---

<sup>1528</sup> *Ibid.*, p. xxvii, xviii de la préface.

<sup>1529</sup> *Ibid.*, p. xxxiii de la préface.

<sup>1530</sup> MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Institutes au droit criminel...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1531</sup> *Ibid.*, p. 67 et ss., l'intitulé du Chapitre premier de la Troisième Partie est « Des Privilèges de l'Accusé ».

<sup>1532</sup> L'auteur apporte une nuance : « Cependant, il faut convenir que ce Privilège, qui est fondé sur l'axiome de Droit, *actore non probante reus absolvitur*, n'a pas la même étendue parmi nous que chez les Romains, ou tout le monde pouvait accuser. Comme nous n'avons proprement qu'un seul accusateur, qui est la Partie publique, & qu'il arrive souvent que plusieurs délits demeurent impunis par le défaut d'Accusateur, on a cru devoir établir pour maxime, que l'Accusé ne pourrait être entièrement déchargé, qu'en justifiant son innocence d'une manière juridique ». *Ibid.*, p. 68.

de condamnation à la peine capitale, la nécessité de preuves *luce meridiana clariores* ; la possibilité de poursuivre l'accusateur en dommages et intérêts ; le *non bis in idem* et la prescription<sup>1533</sup>. Néanmoins, Muyart de Vouglans présente aussi les formalités que l'accusé « subit », en faisant un parallèle avec le procès à Rome : il peut avoir connaissance du crime seulement après l'information et en raison de l'interrogatoire, il n'est jamais en présence de son accusateur, il ne connaît les témoins qu'au moment de la confrontation – alors qu'à Rome il connaissait en même temps l'accusateur, l'accusation et les témoins. Il peut poursuivre en justice son accusateur seulement après avoir été acquitté de l'accusation. Il ne peut, enfin, prouver les faits de son innocence qu'après l'achèvement de l'instruction<sup>1534</sup>.

En somme, la doctrine souligne que l'instruction est le noyau dur de la procédure judiciaire. Si les auteurs se focalisent sur son aspect épistémologique – l'instruction sert justement à *instruire* l'officier de justice –, ils reconnaissent que certaines de ses formalités protègent les justiciables. Ces deux aspects montrent alors l'importance des procédures et la nécessité dans plusieurs cas d'une garantie externe à la seule décision du premier juge.

## §2. *Le recours comme garant de la procédure*

Antoine Astaing a pu affirmer dans son étude que la doctrine criminelle du XVIII<sup>e</sup> siècle n'a pas développé l'idée du recours comme garantie des droits de l'accusé. Selon lui, de tels recours sont une évidence<sup>1535</sup>. Cette présentation peut être enrichie en élargissant la focale à toute l'administration de justice, c'est-à-dire en matière criminelle comme en matière civile – et même financière ou « administrative ». La doctrine relative à la pratique judiciaire *lato sensu* s'efforce en effet de montrer comment à travers le recours, le respect de la procédure peut être garantie : elle souligne tant la dimension correctrice (A) que la dimension protectrice à l'égard des justiciables (B).

---

<sup>1533</sup> Ces deux principes sont réunis dans un seul privilège : « Qu'il [l'accusé] ne peut plus être recherché ni poursuivi après un certain temps & dans certains cas que nous verrons ci-après ». *Ibid.*, p. 68.

<sup>1534</sup> *Ibid.*, p. 69-70.

<sup>1535</sup> « Pour eux [les criminalistes d'Ancien Régime], l'appel est une protection évidente de l'accusé contre les jugements des premiers juges : avec la mise en place de l'appel automatique, l'appel est d'ailleurs rendu "nécessaire et pour mieux dire supplée de droit" (Meslé) dans la quasi-totalité des affaires de grand criminel ». ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé dans la procédure criminelle...*, *op. cit.*, p. 50-51.

### A. Corriger les atteintes à l'ordre judiciaire

Garantir la procédure revient à éviter les détournements dans l'interprétation des normes, tant substantielles que procédurales. Pour cela les voies de recours permettent aux justiciables de demander une deuxième analyse de l'affaire ; d'autant que la rétractation des juges *de motu proprio* est déconseillée, car elle s'oppose au principe de la *res iudicata pro veritate habetur*. L'opinion de Pierre De l'Hommeau illustre cette idée : « Le Juge ne peut rétracter ni révoquer sa Sentence. Tellement que contre les jugements il n'y a autre moyen, que la voie d'appel, encore que l'on désavoue les procédures : car le désaveu se doit faire en cause d'appel »<sup>1536</sup>. En revanche, l'opposition des parties ou des tiers aux décisions judiciaires en dernier ressort est acceptée dans l'ordonnance sur la procédure civile de 1667 ; la doctrine affirme pour sa part qu'un tel usage s'est introduit même « contre les jugements des Juges inférieurs qui ne sont point en dernier ressort »<sup>1537</sup>.

L'idée du recours hiérarchique suppose qu'une affaire peut être élevée *in fine* jusqu'au souverain. De même, lorsque les parties montent dans cette hiérarchie, le discours sur l'idonéité du juge est renforcé, ce qu'il faut comprendre aussi dans son aspect psychologique : le justiciable aura une décision de meilleure qualité – plus « juste » – à travers le recours invoqué<sup>1538</sup>. Ainsi, lorsqu'il se trouve face à la justice personnelle du roi – au sens strict ou bien par le biais de la représentation de son conseil – la garantie devient en quelque sorte « parfaite » : le souverain met en œuvre toute sa *puissance*, de même que sa *prudence*, pour donner une décision qui arrête le conflit.

Au XIII<sup>e</sup> siècle, les recours ont essentiellement l'intérêt d'affirmer la souveraineté du roi dans la fonction judiciaire. En ce sens, la rationalité de l'*appellatio* devant les juges royaux – et notamment devant la *curia regis* – s'oppose à celle de l'appel féodal<sup>1539</sup>. Ce dernier s'attaque au déni de justice ou au « faux jugement » du premier juge ; il vise l'acteur (le juge) plutôt que l'acte (la sentence). Il est résolu par

---

<sup>1536</sup> L'HOMMEAU, P. de, *Maximes générales du droit françois, divisées en trois livres...*, *op. cit.*, p. 142. Couchot est du même avis : « Contre une Sentence contradictoire il n'y a que la voie d'appel, parce que le Juge qui a entendu les Parties sur les Plaidoiries des Avocats ou Procureurs, ne doit jamais rétracter son jugement ». COUCHOT, *Le praticien universel ou le droit françois et la pratique de toutes les juridictions du royaume, suivant les nouvelles ordonnances...*, Tome I, Paris, Mesnier, 1725, p. 204. Pour la biographie de Couchot : *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 276.

<sup>1537</sup> POTHIER, R.-J., *Traité de la procédure civile*, dans : *ŒUVRES posthumes de M. Pothier...* *op. cit.*, Tome III, p. 141.

<sup>1538</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1.

<sup>1539</sup> Voir les remarques de : FORCADET, Pierre-Anne, « Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII<sup>e</sup> siècle », *Les cours d'appel. Origines et enjeux contemporains*, Laurence Soula (dir.), Rennes, PUR, 2016, p. 31-50.

le duel entre l'appelant et le juge devant leur seigneur. L'*appellatio*, pour sa part, met en cause la qualité de la décision de justice, c'est-à-dire, l'acte plutôt que l'acteur<sup>1540</sup>. Le juge d'appel décide sur la base de l'enquête faite autant sur le respect de la procédure suivie que sur le droit substantiel appliqué au fond de l'affaire. À la fin du siècle, l'*appellatio* est qualifiée de recours ordinaire face à la décision du juge de première instance<sup>1541</sup>. La *supplicatio* est conçue au contraire comme la voie d'accès à la clémence royale. Pour le monarque, l'intérêt premier est d'affirmer sa prérogative de juger en dernier ressort face à toute juridiction, même « souveraine », et incidemment de protéger l'ordre judiciaire<sup>1542</sup>. Or le recours gracieux devient graduellement une procédure judiciaire à part entière – la requête civile – : la garantie des droits d'un demandeur à travers la pure *discretion* du roi sur la base de son *officium judicis* devient une garantie de *droit*<sup>1543</sup>.

La législation royale montre le développement du caractère juridique des recours, ainsi que l'intérêt de préservation de l'ordre monarchique. À la fin du Moyen Âge et au début de l'époque moderne, la justice royale phagocyte les justices seigneuriales à travers l'appel de leurs décisions de justice. L'édit de Joinville de 1535 (article 12) établit comme règle générale l'appel devant le sénéchal ou son lieutenant général, sauf si le seigneur fait « apparoir du privilège ou possession immémoriale d'avoir ressort en cas d'appel »<sup>1544</sup>. En outre, l'établissement des présidiaux en 1552 prétend résoudre les appels interjetés en raison de l'incompétence du juge seigneurial

---

<sup>1540</sup> Voici l'explication du *Dictionnaire de Brillou* : « La seule différence qu'il y avait entre le résultat de ces *anciens APPELS*, & le résultat de nos *APPELS modernes* : c'est qu'aujourd'hui le juge dont on interjette *appel*, a tout fait quand il a jugé ; & que c'est à la partie seule, en faveur de qui il a prononcé, à soutenir son jugement : alors au contraire le juge lui-même était obligé de défendre sa décision. Ainsi les anciens *appels* étaient des véritables défis aux juges ; c'étaient des provocations à un combat par armes dirigées contre le tribunal même, qui était forcé de descendre en champ clos pour soutenir l'équité de son jugement. Ces *appels*, portés au tribunal du seigneur suzerain, qui recevait les gages de bataille, conservèrent la dénomination de ceux pratiqués sous les deux premières races, & furent employés dans les mêmes circonstances. Si le tribunal avait *mal jugé* ; on *faussait* son jugement, & c'était l'*APPEL de faux jugement*, *BLASPHEMIA* : s'il refusait de juger, on appelait *de défaut de droit*, & c'était l'*APPEL de déni de justice* ». *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillou*, Tome V, Lyon, De La Roche, 1786, p. 467 (soulignés et majuscules dans le texte).

<sup>1541</sup> Par exemple chez d'Aguesseau : « Le fondement de toutes ces ordonnances est cette maxime universellement reçue par tous les praticiens, qu'on n'évoque point des premiers juges. Et la raison de cette maxime est que l'évocation est contraire au droit commun ; c'est un remède extraordinaire qui ne s'accorde qu'à ceux qui n'en ont plus d'autre à attendre, et qui, par conséquent, ne doit point être accordé à ceux qui ont la voie ordinaire, c'est-à-dire celle de l'appel, par laquelle ils peuvent réparer le préjudice qu'un premier jugement leur a fait souffrir ». D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome IX, p. 327. Voir aussi Jean Papon : PAPON, J., *Secrets du troisième et dernier notaire...*, *op. cit.*, p. 792

<sup>1542</sup> Au fur et à mesure que la cassation se développe, l'argument qui justifie son déploiement c'est justement la contrariété des décisions judiciaires à l'égard de l'ordre juridique. Voir *supra*, les développements du chapitre 3.

<sup>1543</sup> HILAIRE, J., *La construction de l'État...*, *op. cit.*, p. 221-222. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, Pothier distingue clairement les manières de se pourvoir contre les jugements (l'appel, l'opposition et la requête civile) et les manières de se pourvoir contre le juge (la prise à partie). POTHIER, R.-J., *Traité de la procédure civile*, dans : *ŒUVRES posthumes de M. Pothier...* *op. cit.*, Tome III, p. 123.

<sup>1544</sup> ISAMBERT, Tome XII, p. 418-419.

vis-à-vis des juges royaux<sup>1545</sup>. Certaines justices seigneuriales bénéficient cependant du privilège d'appel de leurs décisions devant les cours souveraines.

Le phénomène d'incorporation par l'appel concerne également les décisions arbitrales, car le recours hiérarchique permet de les entériner. Selon Jean Albert († avant 1686)<sup>1546</sup>, la hiérarchie des cours souveraines permet à ces « Sentences [...] rendues par des Particuliers [...], de leur donner la force de chose jugée »<sup>1547</sup>. En outre, l'*appel comme d'abus*<sup>1548</sup> intègre certaines décisions de la justice ecclésiastique dans l'ordre judiciaire royal alléguant la conservation des libertés gallicanes, mais surtout soulignant le respect due aux règles étatiques des procédures civile et criminelle. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 – qui reconnaît plus qu'elle ne crée l'usage reconnu par la jurisprudence depuis quelques décennies<sup>1549</sup> – distingue de manière générale les compétences des juges d'église et des juges laïcs<sup>1550</sup>. L'ordonnance de 1667 dans son premier article enjoint les officialités à garder les règles de la procédure civile<sup>1551</sup>. Enfin, l'édit d'avril 1695 à l'article 35 dispose que les cours souveraines peuvent recevoir les appels des jugements « qui seront qualifiés comme d'abus »<sup>1552</sup>. Daniel Jousse dans son *Commentaire sur l'édit...* précise que la transgression des édits et déclarations du roi relatifs aux formalités de la procédure civile et criminelle est un abus susceptible dudit appel et rapporte des exemples<sup>1553</sup>, s'étendant même à l'observation des arrêts et règlements des cours souveraines et au déni de justice de la part des juges ecclésiastiques. Dans les trois cas – justice ecclésiastique, justice seigneuriale et décisions arbitrales – les recours déplacent la légitimité des formes juridiques vers le champ royal/étatique, et ce à double titre : d'une part, le juge de

<sup>1545</sup> FOLLAIN, A., « De l'ignorance à l'intégration... », *op. cit.*, p. 129-131.

<sup>1546</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1547</sup> ALBERT, Jean, *Arrests de la Cour du Parlement de Toulouse, recueillis par feu M<sup>e</sup> Jean Albert*, Toulouse, Henault, 1731, p. 463. François Lange ajoute que « toute Audience doit être déniée à l'appelant, jusqu'à ce qu'il ait payé la peine portée par le compromis ». LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale...*, *op. cit.*, p. 620.

<sup>1548</sup> Sur les origines de l'appel comme d'abus, voir : CAGNAC, Moïse, *De l'appel comme d'abus dans l'ancien droit français*, Paris, Vve. C. Poussiègue, 1906 ; GAZZANIGA, Jean-Louis, *L'Église du Midi à la fin du règne de Charles VII, 1444-1641 : d'après la jurisprudence du Parlement de Toulouse*, Paris, A. et J. Picard, 1976 ; GENESTAL, Robert, *Les origines de l'appel comme d'abus*, Paris, PUF, 1953 ; SILD, Nicolas, *Le gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, Thèse de Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2015, 679 p.

<sup>1549</sup> SILD, Nicolas, *Le gallicanisme et la construction de l'État...*, *op. cit.*, p. 328.

<sup>1550</sup> Notamment l'article 4 de l'ordonnance. ISAMBERT, Tome XII, p. 601-602.

<sup>1551</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 105.

<sup>1552</sup> ISAMBERT, Tome XX, p. 253.

<sup>1553</sup> « Ainsi par arrêt du Parlement du 13 mars 1700, une Procédure criminelle faite par un Official a été déclarée abusive, parce que dans l'Instruction de la Procédure faite en l'absence de l'Accusé, l'Official avait ordonné que le récolement vaudrait confrontation, sans instruire préalablement la contumace contre cet Accusé, ainsi que l'exige l'Ordonnance ; ce qui a été aussi jugé depuis par un autre Arrêt du 8 mai 1717. De même par Arrêt du premier Août 1704 une Procédure faite par un Official, qui avait traité criminellement une affaire qui ne méritait pas de l'être, a été déclaré abusive ; & par un autre Arrêt du 4 juin 1707 rapporté au Journal des Audiences, un décret de prise de corps fut aussi déclaré abusif ; parce qu'il était porté par ce décret que l'Accusé serait pris, sinon ses biens seraient annotés & saisis ». JOUSSE, Daniel, *Commentaire sur l'édit du mois d'Avril 1695 concernant la jurisdiction ecclésiastique*, Tome I, Paris, Debure, 1764, p. 303-304.

seconde instance est le juge royal dans une grande majorité des cas ; d'autre part, les sources référées sont principalement la législation royale et la jurisprudence des cours souveraines en matière procédurale.

Le recours hiérarchique participe donc à l'affermissement des formes juridiques étatiques – de sorte que leur caractère auto-référentiel se renforce –, mais également à leur conservation. En effet, il suppose toujours la correction des méfaits du juge de première instance, tel que le conceptualise unanimement la doctrine : que l'on considère qu'il s'agit des « torts ou griefs »<sup>1554</sup>, « pour raison de griefs & dommages »<sup>1555</sup>, que la partie « croit avoir raison de se plaindre d'un Jugement »<sup>1556</sup>, ou bien que « quiconque [...] s'estimera soulé, ou à tort grevé, intéressé ou endommagé par la sentence d'aucun Juge »<sup>1557</sup>, dans tous les cas la fonction c'est de « faire réformer une sentence émanée d'un tribunal inférieur »<sup>1558</sup>. Suivant le droit romain, les juristes d'Ancien Régime soulignent le caractère nécessaire de l'appel « *ad detegendam inferiorum Judicum imperitium & ad corrigendam eorundem iniquitatem* »<sup>1559</sup> ou encore « *quippè cum iniquitatem judicantium vel imperitiam recorrigat* »<sup>1560</sup>.

Pour les formalités à l'intérieur d'un procès, les deux recours principaux, dénommés par une partie de la doctrine comme « appels qualifiés », attaquent la compétence du juge : l'appel « comme de juge incompetent » et l'appel de « déni de renvoi ». La distinction entre les deux est subtile : le second est le résultat de l'omission de réponse du juge sur l'exception déclinatoire de compétence formulée par la partie ; alors que le premier est plus général et suppose que « le jugement qu'on veut attaquer comme incompetent ait été rendu par défaut ; car si on avait contesté au fond par-devant ce juge, on aurait reconnu sa compétence »<sup>1561</sup>.

<sup>1554</sup> Par exemple : POTHIER, R.-J., *Traité de la procédure civile*, dans : *ŒUVRES posthumes de M. Pothier... op. cit.*, Tome III, p. 123 ; ou *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, Tome I, Paris-Liège, Packoucke-Plomteux, 1782, p. 376.

<sup>1555</sup> Par exemple : FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome I, p. 95 ; ou LACOMBRE DE PREZEL, Honoré, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique...*, Tome I, Paris, Leclerc et alii., 1763, p. 101.

<sup>1556</sup> DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, Tome I, éd. de 1768, p. 124.

<sup>1557</sup> DE DAMHOUDER, Josse, *Pratique judiciaire es causes civiles, très utile et nécessaire à tous baillifs, prevosts, chastellains, seneschaux, escoutettes maires...*, Anvers, Bellere, 1572, p. 194.

<sup>1558</sup> GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, *op. cit.*, Tome II, p. 354. Pour François Lange, il s'agit d'un « remède en droit pour faire réformer les Sentences ». LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale...*, *op. cit.*, p. 620.

<sup>1559</sup> FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome I, p. 95.

<sup>1560</sup> *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillouin*, Tome V, *op. cit.*, p. 446. Pour l'appel au droit romain, voir : PERROT, Ernest, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Paris, Rousseau, 1907. Qui plus est, l'appel remet en cause l'idée d'un système « légal » des preuves dans la mesure où c'est le juge de seconde instance qui doit évaluer les preuves qu'ont permis au premier juge de rendre une décision. Elles ne seraient donc pas « extrinsèques ». Voir : HOULLEMARE, M., *Politiques de la parole : le Parlement de Paris...*, *op. cit.*, p. 217-218.

<sup>1561</sup> *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, Tome I, *op. cit.*, p. 384.

La doctrine considère, contrairement au droit romain, que l'appel des jugements interlocutoires est permis. Il permet de reformer une décision du juge relative à une étape de la procédure et de surcroît garantir l'ensemble de l'ordre judiciaire. Le *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, citant Adam Theveneau, le confirme : il rappelle qu'à l'époque de Philippe IV le royaume suivait l'usage des romains, mais qu'il a changé, permettant « [d'] appeler de tous interlocutoires, autrement ils font préjudice en la cause »<sup>1562</sup>. Depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, la compétence des appels en matière civile et criminelle est assez délimitée malgré la complexité extrême du système<sup>1563</sup>. Pour le contentieux de l'administration, les cours souveraines contestent fréquemment la compétence du Conseil du roi en tant que juge d'appel. Dans la justice ecclésiastique, laquelle peut avoir en certains cas quatre niveaux hiérarchiques, le recours est accepté jusqu'au troisième degré (« quand il y a deux jugements conformes » selon l'*Encyclopédie méthodique...*<sup>1564</sup>), conformément à la jurisprudence des cours souveraines.

Cependant, le respect du formalisme de l'ordre judiciaire assuré par l'appel se heurte à l'inertie que ce dernier peut engendrer. Les actes des juges susceptibles d'être appelés sont nombreux, de sorte que le recours hiérarchique peut entraîner des longueurs importantes. Pour pallier les défauts de la législation<sup>1565</sup>, la doctrine s'efforce de distinguer conceptuellement les appels qui entraînent la suspension de l'exécution de la décision et ceux qui ne le font pas<sup>1566</sup>. En matière civile, de manière générale, les

<sup>1562</sup> *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillouin*, Tome V, *op. cit.*, p. 524.

<sup>1563</sup> Les cas que la doctrine prend en compte lorsqu'elle décrit les compétences d'appel sont très nombreux. Seulement en matière civile, l'*Encyclopédie méthodique...* énumère trois règles différentes en ce qui concerne l'appel hiérarchique des justices seigneuriales et royales, et dix-huit exceptions aussi générales (*Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, Tome I, *op. cit.*, p. 381-383). Denisart, lui, affirme qu'il « n'est guère possible de donner un détail exact des différents Ressorts des Appels des Justices du Royaume ; parce qu'il y a sur cela une variété très considérable », il poursuit cependant en donnant certains exemples – ce qui fait trois pages d'explications. DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, Tome I, éd. de 1768, p. 124-127.

<sup>1564</sup> *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, Tome I, *op. cit.*, p. 387.

<sup>1565</sup> L'ordonnance de 1669, article 6 du titre 14, reste vague sur ce point : « Tous jugements interlocutoires rendus par les grands maîtres ou maîtres particuliers, seront exécutés sans préjudice de l'appel, tant en matière civile que criminelle, nonobstant qu'il fût qualifié de juge incompetent, pourvu toutefois que le cas soit réparable en définitive ». ISAMBERT, Tome XVIII, p. 250 (nous soulignons). Avant les ordonnances de Louis XIV, certains auteurs affirment la nécessité de l'exécution des sentences définitives et interlocutoires, « nonobstant appellations quelconques ». BOUCHET, Jean, *Forme & ordre de plaidoirie en toutes les Cours Royales, & subalternes de ce Royaume...*, Paris, Galliot du Pré, 1542, p. 265.

<sup>1566</sup> Avant l'ordonnance civile de 1667, certains auteurs affirment que les juges royaux peuvent « passer outre » les appellations des sentences interlocutoires, pourvu que les griefs soient réparables en définitive (voir pour le XVI<sup>e</sup> siècle : BOUCHET, J., *Forme & ordre de plaidoirie en toutes les Cours Royales...*, *op. cit.*, p. 267). Claude Bernard donne quelques exemples : « comme en une provision, en un appointment en droit à écrire à toutes fins & informer, quand la fin de non-recevoir dépend de la preuve du fait mais il y a des interlocutoires qui ont force de définitives, & dont les griefs ne se peuvent réparer en définitive : comme s'il est question de la compétence ou incompetence du juge ». BERNARD, Claude, *La pratique civile et criminelle des cours souveraines et presidiaux de France...*, Paris, Bobin, 1660, p. 152-153. François Desmaisons fait un commentaire similaire en matière des aides : « si l'appel est d'une Sentence interlocutoire, on ajoute une clause portant mandement de procéder au principal, nonobstant l'appel interjeté de la Sentence interlocutoire, parce que le grief est réparable en définitive, ou contraindre payer par ledit appelant ce qui paraît sommairement être due, en baillant caution par provision,

appels des sentences interlocutoires ou d'instruction ne sont pas suspensifs de la procédure. Elle souffre cependant quelques exceptions : l'*Encyclopédie méthodique...* rapporte, par exemple, l'appel de récusation des juges dans les cas de descentes, informations ou enquêtes, les juges qui sont objet de l'appel de récusation doivent s'écarter desdites procédures<sup>1567</sup>. Certains auteurs affirment également que le juge supérieur peut ordonner la suspension de l'exécution de la sentence de premier instance<sup>1568</sup>. En matière criminelle, la tension entre la conservation d'un ordre (juridique mais davantage social) et la protection des libertés est aussi présente.

Dans la procédure judiciaire, les recours ont une vocation principalement correctrice : d'une part, à l'égard des justices « exogènes » par rapport à l'ordre juridique royal ; d'autre part, à celui des justices royales de rang inférieur. Dans les deux cas la finalité est la préservation d'un *ordo* au plus proche de l'ordre légal. Cette dimension « objective » du recours – car celui-ci cherche à perfectionner ou à tout le moins à ne pas laisser corrompre son objet – est complétée par l'idée qu'il constitue un « instrument de liberté »<sup>1569</sup>.

### ***B. Protéger les droits des justiciables***

L'idée que le recours forme une protection des droits et libertés subjectifs des justiciables est présente dans la doctrine. En matière criminelle pourtant, le développement du recours hiérarchique dans la législation et dans la pratique n'a pas été aussi rapide qu'en matière civile. En effet, ce n'est que depuis le XIV<sup>e</sup> siècle que le parlement de Paris commence à accepter l'appel de sentences relatives à la procédure criminelle – notamment sur la « question » – ainsi que, ultérieurement, celui des

---

& pour le privilège des causes où il s'agit des deniers du Roi, qui ne se doivent retarder ; ce qu'on ne pratique point au Parlement, quoique l'Ordonnance de 1519 [*sic*] porte que toute appellation de Sentence interlocutoire, qui se peut réparer en définitive, ne puisse empêcher que le Juge dont est appel, ne procède au principal ». Et plus tard de manière générale, il affirme que « [sont exécutoires nonobstant l'appel] Les sentences de provision, recréance, séquestre, & celles qui sont au premier & second chef de l'Edit des Présidiaux, & les sentences interlocutoires. Et celles dont la condamnation est réparable en définitive ». DESMAISONS, F., *Le parfait praticien françois réformé suivant l'usage qui se pratique à présent par toute la France...*, op. cit., p. 105 et 348. Voir aussi : LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale...*, op. cit., p. 518 ; LE PAIN, Jean, *Le praticien françois, ou Livre auquel sont contenues les plus frequentes et ordinaires Questions de Pratique...*, Paris, Gesselin, 1626, p. 259-260.

<sup>1567</sup> François Lange illustre aussi ce point : « Si le Juge incompetent ou valablement récusé, ordonne que l'on procédera [*sic*] par-devant lui. Si le Juge bien que compétent & non récusé, admet l'une des parties à faire preuve par témoins d'une convention pour somme excédante 100 l. ou contre la teneur d'un Contrat par écrit, ou autres choses semblables ». LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale...*, op. cit., p. 518.

<sup>1568</sup> Par exemple : COUCHOT, *Le praticien universel ou le droit françois...*, op. cit., Tome I, p. 208.

<sup>1569</sup> C'est ainsi qu'il intitule l'ouvrage dirigé par Jean-Louis Thireau : *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Jean-Louis Thireau (dir.), Paris, PUF, 1995.

décisions sur le fond. Au XV<sup>e</sup> siècle, la pratique devant la cour souveraine parisienne montre que les exclusions de l'appel issues du droit romain ne sont plus prises en compte<sup>1570</sup>. Au développement jurisprudentiel fait suite la consécration législative aux deux siècles suivants. Elle donne le droit d'appel aux justiciables, qui devient, selon l'expression de Jean-Louis Thireau, un appel « de droit » – autrement dit, automatique – dans l'ordonnance criminelle de 1670<sup>1571</sup>. À cet appel de droit, certes limité à certains cas, la doctrine fait écho en rappelant aussi la jurisprudence<sup>1572</sup>.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'auteur flamand Josse de Damhouder (†1581)<sup>1573</sup> qualifié l'appel de droit naturel, malgré le fait qu'il n'est pas reconnu dans la coutume de Flandre<sup>1574</sup>. Bodin même, sans affirmer un « droit à l'appel » considère que le principe de la double instance est favorable aux sujets et avance deux arguments : d'une part, il écarte l'idée que la justice personnelle du roi soit « bonne et brève », car les procès suivis devant la Cour du roi entraînent eux aussi des difficultés, longueurs et frais. D'autre part, il affirme que l'appellation permet à la partie « qui n'a pas bien donné à entendre son fait au juge, [ou] qui n'a pas assez produit » d'avoir l'espérance de suppléer les défauts, « mais si le roi est juge, la porte est close »<sup>1575</sup>. Quelques années plus tard, Bernard de La Roche-Flavin affirme que l'appelant ne peut pas renoncer à l'appel, référant un arrêt du parlement de Toulouse du 4 mars 1575 : « la Loi ayant été tant soigneuse de la vie des hommes, qu'elle a voulu que si le condamné à peine

<sup>1570</sup> Ces exclusions sont la confession du condamné ou la conviction des témoignages et la flagrante (CT, XI, 36, 7). Pour Jean-Marie Carbasse, dans le Midi la pratique est attestée depuis le XIV<sup>e</sup> siècle. CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, op. cit., p. 214. Voir également, LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal*, Tome II, Paris, Cujas, 1988, p. 65-67 ; CARBONNIERES, Louis de, *La procédure devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Honoré Champion, 2004, p. 14-44 ; THIREAU, Jean-Louis, « L'appel dans l'ancien droit pénal français », *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté...*, op. cit., p. 13-30.

<sup>1571</sup> THIREAU, Jean-Louis, « L'appel dans l'ancien droit pénal français », op. cit., p. 23. SOMAN, Alfred, « Aux origines de l'appel de droit dans l'Ordonnance criminelle de 1670 », *XVII<sup>e</sup> siècle*, n° 126, janvier-mars 1980, p. 21-36.

<sup>1572</sup> L'ordonnance de 1670, article 1 du Titre XXVI, dispose : « Toutes appellations de sentence préparatoires, interlocutoires et définitives, de quelque qualité qu'elles soient, seront directement portées en nos cours, chacune à son égard, dans les accusations pour crimes qui méritent peine afflictive ; et pour les autres crimes, à nos cours, ou à nos baillis et sénéchaux, au choix et option des accusés », ISAMBERT, Tome XVIII, p. 419. Rousseaud de la Combe affirme, par exemple, que « l'appel en matière criminelle est de plein droit ; de sorte que les premiers Juges ne peuvent faire exécuter leurs sentences portant condamnation à peine afflictive ou infamante, quand même le condamné acquiescerait ; il y a plusieurs arrêts qui ont fait injonction à des premiers Juges pour pareil cas, entre autres un du 6 octobre 1708, contre le lieutenant criminel de Saint-Etienne en Forez, un autre du 12 octobre 1712, qui a fait une pareille injonction au Juge de Lupy ». ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 454. Le Répertoire de Guyot rapporte en outre l'exception du Barrois : « les crimes qui méritent peine afflictive, doivent être portés au bailliage, en conséquence des anciens traités faits avec le duc de Lorraine ». GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, op. cit., Tome II, p. 382.

<sup>1573</sup> DE DAMHOUDER, J., *Pratique judiciaire es causes civiles...*, op. cit., p. 194. Voir : WEDEKIND, Wil, « Wielant et Damhouder et l'appel en matière criminelle », *Revue du Nord*, Tome 57, n°224, janvier-mars 1975, p. 114-115.

<sup>1574</sup> Claude Ferrière fait état au XVIII<sup>e</sup> siècle de l'exception flamande mais aussi lilloise. FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, op. cit., Tome I, p. 95. André Laingui affirme que les « docteurs [étrangers] mettent d'ailleurs l'accent sur l'originalité de la procédure française à cet égard », LAINGUI, A. et LEBIGRE, A., *Histoire du droit pénal...*, op. cit., p. 106.

<sup>1575</sup> BODIN, J., *Les six livres de la République...*, op. cit., p. 627-628.

corporelle ne veut appeler, il soit permis à un tiers d'en appeler »<sup>1576</sup>. De même, à la fin du XVII<sup>e</sup> et tout au long du XVIII<sup>e</sup> siècle, quelques ouvrages de la pratique reprennent l'idée de l'appel en tant que droit naturel : Antoine Bruneau (†1720)<sup>1577</sup>, évoque que l'un des fins de l'appellation est de « conserver l'équité & la défense de l'accusé »<sup>1578</sup> ; Muyart de Vouglans, lui, qualifie cette voie de favorable, « surtout en matière criminelle, comme étant fondé sur le Droit naturel, [...] une ressource ouverte à l'Innocent pour faire réformer par le Juge supérieur, les Condamnations injustes qui ont été prononcées par le Juge inférieur »<sup>1579</sup> ; les dictionnaires juridiques font de même<sup>1580</sup>.

Néanmoins, outre la possibilité de faire réformer une décision défavorable sur le fond à l'accusé, quels droits l'appel protège-t-il ? Sachant que, en matière criminelle, la doctrine insiste sur le fait qu'il s'agisse de « la vie, l'honneur et les biens des sujets », certains auteurs font état de la protection qu'il leur procure. Muyart de Vouglans évoque dans ses *Institutes...* les privilèges des appelants en matière criminelle : le premier est que l'appel éteint la décision de première instance ; la mort de l'appelant avant la décision de seconde instance efface *de jure* la condamnation et rétablit automatiquement l'honneur du condamné<sup>1581</sup>. Or ce privilège s'étend aux actes que réalise le condamné, par exemple, lorsqu'il s'agit des sentences dont la peine emporte mort naturelle ou civile avec confiscation de biens. Le condamné appelant peut ainsi recueillir les successions échues pendant l'appel. La raison est que, selon Rousseaud de la Combe, « en matière criminelle l'appel éteint la sentence de condamnation, & laisse le condamné dans son droit & capacité de succéder jusqu'après le jugement de l'appel »<sup>1582</sup>. Un deuxième privilège est la possibilité de porter appel pour tous les actes

<sup>1576</sup> LA ROCHE-FLAVIN, Bernard De, *Arrests notables du parlement de Toulouse, donnez & prononcez sur diverses matières, Civiles, Criminelles, Beneficiales, & Féodales*, Toulouse, Caranove, 1745, p. 384.

<sup>1577</sup> Sur l'auteur, voir : VIAUT, Laura, « La pensée juridique d'Antoine Bruneau (1640-1720) au prisme des archives, présentation de l'œuvre et édition du journal manuscrit », *RHFD*, n° 34, 2014, p. 303-372.

<sup>1578</sup> BRUNEAU, A., *Observations et maximes sur les matières criminelles...*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1579</sup> MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Institutes au droit criminel...*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>1580</sup> Par exemple : « L'appel est de droit naturel, il a toujours été & est encore en usage chez toutes les nations policées », *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, Tome I, *op. cit.*, p. 376 ; « Nos lois ne reconnaissent pas dans le Juge inférieur le droit éminent de priver un Citoyen, d'une manière irrévocable, de la vie ou des droits attachés à sa qualité », DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles...*, *op. cit.*, Tome I, éd. de 1768, p. 128 ; « L'appel considéré comme un moyen légal de se soustraire à une condamnation injuste, & de faire anéantir l'ouvrage de l'ignorance, ou de l'iniquité n'est que le résultat du droit naturel de se défendre soi-même : Sicut JURE NATURE cuique conceditur, ut possit se defendere nè occidatur ; ita etiam AB EODEM FONTE NATURE oritur, defensio quam JUS POSITIVUM constituit APPELLATIONE adversus gravamen », *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillouin*, Tome V, *op. cit.*, p. 447 (souligné dans le texte).

<sup>1581</sup> *Appellatio extinguit Judicatum*. MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Institutes au droit criminel...*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>1582</sup> ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, *op. cit.*, p. 14. Plusieurs auteurs développent le sujet : BRUNEAU, A., *Observations et maximes sur les matières criminelles...*, *op. cit.*,

des juges, contrairement aux dispositions du droit romain référées précédemment – à l'exception des jugements militaires et des cas prévôtaux. Le troisième est l'appel automatique, auquel le condamné ne peut pas renoncer. Le quatrième est l'extension de l'appel à tous les accusés ; le principe de non-renoncement l'emportant. Le cinquième est l'extension de l'appel à tous les crimes déclarés dans la décision : « l'appel doit être alors reçu pour le tout & suspendre l'exécution du Jugement, même par rapport à ceux dont [le condamné] n'a point appelé »<sup>1583</sup>. Le sixième est que l'appel peut être porté par les parents du condamné, même si celui-ci ne le fait pas ou n'acquiesce pas ; l'honneur s'étendant aux parents du justiciable<sup>1584</sup>. Le septième est la possibilité d'appeler *omisso medio*, c'est-à-dire, directement devant les cours souveraines y compris pour le « petit criminel »<sup>1585</sup>. Enfin, il faut ajouter la facilité d'accès à l'appel en matière criminelle, car il ne nécessite pas des lettres de relief de chancellerie : « il suffit que l'Accusé déclare au Greffier, à la prononciation qui lui est faite de la Sentence, qu'il en est appelant »<sup>1586</sup> ; l'impossibilité d'appeler du dénonciateur<sup>1587</sup> et l'effet suspensif que l'appel a sur certaines condamnations pécuniaires<sup>1588</sup>.

En matière procédurale, les cours souveraines sont les protectrices des accusés, car il leur incombe de réviser la procédure des juges inférieurs, notamment pour repérer les omissions que peuvent justifier ou décharger l'accusé. Claude de Duplessis l'affirme ainsi : les cours souveraines doivent suppléer ou réparer car il faut que les

---

p. 288 ; JOUSSE, D., *Traité de la justice criminelle de France... op. cit.*, Tome II, p. 736-737 ; RICHER, François, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidés*, Tome XII, Amsterdam, Rhey, 1776, p. 296-300 ; SARTORIS, J.-P., *Éléments de la procédure criminelle suivant les ordonnances de France...*, op. cit., p. 596.

<sup>1583</sup> MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Institutes au droit criminel...*, op. cit., p. 367. Cependant, la règle ne s'applique pas pour le petit criminel.

<sup>1584</sup> Selon les articles 2 et 4 du Titre XXII de l'ordonnance de 1670, les parents peuvent « obliger le curateur d'interjeter Appel de la Sentence rendue contre le Cadavre ou la Mémoire du Défunt ; & faute par ce Curateur d'interjeter cet Appel, ils sont admis à l'interjeter eux-mêmes ». *Ibid.*, p. 367.

<sup>1585</sup> *Ibid.*, p. 368. Sur ce, Rousseaud de la Combe affirme qu'il « vaut mieux, pour éviter un degré de juridiction & les frais, passer par-dessus les baillis & sénéchaux, & porter & relever l'appel *recta*, & immédiatement aux parlements & autres cours souveraines ». ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 477. *Contra* cette opinion : DUPLESSIS, Claude de, *Œuvres de M. Duplessis, Ancien Avocat au parlement*, Tome II, Traité de matières criminelles, Paris, Gosselin, 1728, p. 91 : « Au reste, il faut encore observer, que ces appellations de Sentences définitives du petit Criminel, comme étant à vrai dire civiles, ainsi que nous l'avons expliqué, ne doivent pas même, dans les termes de l'Ordonnance, être portées au Parlement, *omisso medio*, ainsi que l'appel des Sentences portant peine afflictive, ou de Sentences de tortures, ou des décrets d'ajournement personnel & de prise de corps : mais l'ordre des Juridictions y doit être gardé ; toutefois on fait souvent fraude à cette règle ».

<sup>1586</sup> DUPLESSIS, C., *Œuvres de M. Duplessis...*, op. cit., Tome II, p. 91. Le commentateur rappelle tout de même que lorsqu'il s'agit des appels sur décision comportant peine corporelle, galères, bannissement à perpétuité, ou amende honorable, l'accusé et le procès doivent être envoyés devant la cour souveraine du ressort.

<sup>1587</sup> « Un dénonciateur n'est pas partie capable d'interjeter appel d'une sentence d'absolution y comme il a été jugé par arrêt du parlement de Paris, en la chambre de la tournelle, du 14 mai 1709, au rapport de M. Dreux. Il n'y a que la partie publique qui pourrait interjeter un pareil appel à *minima* de cette sentence ». ROUSSEAUD DE LA COMBE, G., *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670...*, op. cit., p. 246.

<sup>1588</sup> MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Institutes au droit criminel...*, op. cit., p. 380-381.

magistrats « sachent tout, & c'est la raison pour laquelle on dit, que la Cour de Parlement, *habet omnia jura in scrinio pectoris sui* »<sup>1589</sup>. C'est en effet exclusivement devant elles – et non devant un autre juge d'appel compétent – que peut avoir lieu la suspension d'un procès en raison de l'appel des décisions interlocutoires, car le principe est le contraire – la nécessité de conserver les procès et surtout d'éviter le dépérissement des preuves<sup>1590</sup>.

Dans les juridictions de seconde instance – souveraines ou autres –, les cas qui permettent la suspension de la procédure de première instance sont tout de même assez généraux : *primo*, l'appel de la sentence qui ordonne la torture, lequel est automatique et suspend l'exécution de l'acte<sup>1591</sup> ; *secundo*, les appels dans lesquels le juge de seconde instance doit décider de l'inversion des rôles des parties plaignantes (l'accusateur devient l'accusé ou vice-versa) ; *tertio*, les appels entraînant la « civilisation » du procès ; *quarto*, les appels qui supposent l'admission des faits justificatifs de l'accusé. Les trois derniers sont intimement liés aux formalités *essentiels* de l'instruction<sup>1592</sup>. En revanche, le recours hiérarchique ne peut pas suspendre l'ajournement ni le décret de prise de corps d'un accusé, ni l'ordonnance de permission d'informer, ou de récolement et confrontation – sauf décision contraire des cours souveraines. Cette dernière est conditionnée à certaines formalités et elle est surtout laissée à la discrétion des magistrats<sup>1593</sup>.

Néanmoins, si l'appel des sentences interlocutoires ne suspend pas l'instruction, les justiciables peuvent bénéficier d'autres garanties. En matière d'appel relatif à la récusation des juges, la doctrine enjoint les sièges à continuer l'instruction d'une affaire par un autre juge, avocat ou praticien, pour éviter que la décision d'appel sur la récusation puisse annuler l'instruction faite par le juge soupçonné<sup>1594</sup>. La même règle est énoncée pour les cas de prise à partie<sup>1595</sup>. En outre, Claude de Henrys évoque un

---

<sup>1589</sup> DUPLESSIS, C., *Œuvres de M. Duplessis...*, op. cit., Tome II, p. 2.

<sup>1590</sup> L'ordonnance criminelle de 1670 est très rigoureuse en ce qui concerne l'instruction des procès nonobstant l'appel d'incompétence ou de récusation : l'appelant qui refuse de répondre sous prétexte d'appel peut être instruit comme « muet volontaire » selon l'article 2 du titre XXV. MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Institutes au droit criminel...*, op. cit., p. 375.

<sup>1591</sup> La description détaillée de la procédure se trouve dans : DUPLESSIS, C., *Œuvres de M. Duplessis...*, op. cit., Tome II, p. 94-95.

<sup>1592</sup> Le premier vise la conformation du contradictoire et suppose, par ailleurs, que la partie publique ne participe pas en raison de la nature de l'affaire ; le deuxième change également la nature de l'affaire, passant de la procédure extraordinaire à la procédure ordinaire ; le troisième, lui, vise le fond même de l'affaire. Voir *supra*, p. 309-314.

<sup>1593</sup> « Les cours ni les autres juges d'Appel ne peuvent accorder aucune défense de continuer l'instruction des procès criminels sans avoir vu les charges & informations & sans conclusions du ministère public ». GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, op. cit., Tome II, p. 384. La description des actes qui doit réaliser l'appelant est dans : DUPLESSIS, C., *Œuvres de M. Duplessis...*, op. cit., Tome II, p. 96-98.

<sup>1594</sup> MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume...*, Partie première, Paris, Cellot, 1767, p. 547.

<sup>1595</sup> SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 3, op. cit., p. 1145-1146.

effet favorable de l'appel des accusés décrétés de prise de corps. L'accusé peut ainsi se protéger du juge inférieur « de crainte d'être maltraité », il peut demander d'être transféré aux prisons du juge d'appel et même commettre un huissier pour ce faire. Pour l'auteur, il s'agit d'un moyen de défense, car cela lui permet d'être « présent à la plaidoirie, [pour] qu'il puisse mieux soutenir sa cause, & que s'il est mal décrété, procédé & emprisonné, [qu'] il obtienne sa liberté sur le champ »<sup>1596</sup>. Par ailleurs, le transfert des accusés est réalisé aux frais de la partie civile, s'il y en a, ou du domaine du roi ou du seigneur<sup>1597</sup>. Enfin, dans les cas d'absolution, les appels des parties civiles ne doivent pas empêcher l'accusé de jouir de sa liberté ; seulement l'appel *a minima* des procureurs peut y porter atteinte.

Au recours ordinaire de l'appel, il faut ajouter les recours extraordinaires auxquels peuvent accéder les justiciables pour se protéger de la rigueur de la justice. Quelques-uns sont « de droit », comme la requête civile et la révision<sup>1598</sup>. En effet, ils demandent un nouvel examen des questions juridiques de l'affaire : soit devant le Conseil du roi sur « le rescindant » (la forme), soit devant le même tribunal sur « le rescisoire » (le fond)<sup>1599</sup>. D'autres sont exclusivement issus de la discrétion royale, ou en certains cas des parlements. Ce sont les lettres dites « de justice », ou « de grâce », ou encore « de clémence »<sup>1600</sup>, contenues dans le titre XVI de l'ordonnance criminelle

<sup>1596</sup> HENRYS, Claude, *Œuvres de M. Claude Henrys, Conseiller du Roi, et son premier avocat au bailliage et siège présidial de Forez...*, Tome I, Paris, Libraires associés, 1772, p. 548.

<sup>1597</sup> SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Partie 3, *op. cit.*, p. 1148.

<sup>1598</sup> Sur cette dernière, il suffit d'évoquer la définition du *Répertoire* Guyot : « C'est un nouvel examen d'un procès qui a été jugé en dernier ressort. Cet examen se fait en vertu de lettres qu'on obtient du roi pour cet effet [...]. L'objet d'une demande en Révision est la révocation de la condamnation, avec l'absolution des cas qui ont été imposés au condamné, & son rétablissement dans ses biens & sa bonne réputation [...]. L'erreur de la part du juge, est le principal moyen de Révision qu'on puisse employer : cette erreur peut être dans le droit ou dans le fait ; mais comme l'erreur dans le droit suppose, de la part du juge, une ignorance ou une prévarication qu'on ne présume point dans des juges souverains ou en dernier ressort, c'est proprement sur l'erreur de fait que sont fondées les lettres de Révision. En effet, l'objet d'une accusation consiste à savoir si l'accusé est coupable ou non, & c'est un fait unique ; c'est par conséquent l'erreur dans un fait qui peut faire revenir le condamné ou sa famille contre un jugement ». GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, *op. cit.*, Tome LVI, p. 335-338. Par ailleurs le règlement du Conseil du roi du 28 juin 1738, Première partie, Titre 7 consacre la procédure pour demander les lettres de révision. ISAMBERT, Tome XXII, p. 56-57.

<sup>1599</sup> Ce sont les termes de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert. Voir : *verbo*, « révision en matière criminelle », <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v14-726-2/> (consulté le 11 mai 2020). Sur la cassation, voir *supra* la bibliographie dans la note de bas de page n° 1058.

<sup>1600</sup> Selon l'expression utilisée par : ABAD, Reynald, *La grâce du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Presses de l'université Paris-Sorbonne, 2011, p. 11-12. La bibliographie sur la question est très vaste : BERCE, Yves-Marie, *La dernière chance : histoire des suppliques du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Perrin, 2014 ; CARBONNIERES, Louis de, « Les lettres de rémission entre le parlement de Paris et chancellerie royale dans la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle », *RHDFE*, Vol. 79, No. 2 (avril-juin 2001), p. 179-195 ; DAVIS, Natalie Zemon, *Pour sauver sa vie : les récits de pardon au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Seuil, 1988 ; GAUVARD, Claude, « De grâce especial ». *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, Editions de la Sorbonne, 1991 ; GUYOTJEANNIN, Olivier, « Entre persuasion et révélation : la rhétorique de la grâce à la chancellerie royale française (XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle) », *Un Moyen Âge pour aujourd'hui : mélanges offerts à Claude Gavard*, Julie Claustre, Olivier Mattéoni et Nicolas Offenstadt (dir.), Paris, PUF, 2010, p. 88-96 ; MATTEONI, Olivier, « Les ducs de Bourbon et la grâce : Les lettres de rémission de Louis II (seconde moitié du XIV<sup>e</sup>-début du XV<sup>e</sup> siècle) », *Un Moyen Âge pour aujourd'hui...*, *op. cit.*, p. 128-136 ; *Préférant miséricorde à rigueur de justice. Pratiques de la grâce (XIII<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles)*, Bernard Dauven et Xavier Rousseaux (dir.), Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de

de 1670 : d'abolition, de rémission, de pardon, pour ester à droit, de rappel de ban ou des galères, de commutation de peine, de réhabilitation<sup>1601</sup>. Toutes ont comme finalité d'éviter l'achèvement du procès (le jugement) ou d'effacer ou atténuer les effets d'une décision condamnatoire<sup>1602</sup>. Cependant, elles n'ont en aucun cas un effet suspensif ni sur les procès en cours ni sur l'exécution des peines. En outre, si l'acte est théoriquement une libéralité du souverain, la législation détermine certains critères et conditions d'accès aux lettres de clémence. En revanche, comme le relève Reynald Abad, elles n'ont pas une procédure légale déterminée<sup>1603</sup>.

Ces derniers recours mettent en évidence la nature ambivalente de la procédure en tant que garantie des justiciables. Avec les lettres de clémence, le roi protège la vie, l'honneur et les biens de certains, ce qui est selon Montesquieu « le plus bel attribut de la souveraineté »<sup>1604</sup>. Cependant, il le fait en contrariant l'ordre judiciaire qui rend les décisions « justes » parce qu'elles supposent la véridiction. Elles désavouent par ailleurs la finalité explicite de la procédure criminelle, à savoir le châtement des crimes – la fonction correctrice de la justice<sup>1605</sup>. En ce sens, la place de ces lettres dans le droit du procès est ambiguë : elles sont plutôt une garantie extra-judiciaire, de surcroît une manœuvre politique, même si elles revêtent un caractère juridique par le fait qu'elles sont inscrites dans la législation procédurale. Leur caractère discrétionnaire montre que le droit du procès comporte des angles morts (même si elles sont par leur nature favorables les justiciables). Pour autant, ces angles morts peuvent constituer aussi les principaux obstacles aux garanties judiciaires.

---

Louvain, 2012 ; *Suppliques et requêtes : le gouvernement par la grâce en Occident : XII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Hélène Millet (dir.), Rome, Ecole française de Rome, 2012 ; VERREYCKEN, Quentin, « Pour nous servir en l'armée » : le gouvernement et le pardon des gens de guerre sous Charles le Téméraire, duc de Bourgogne (1467-1477), Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2017 ; VIAUD, Jean, *Le droit de grâce à la fin de l'Ancien Régime et son abolition pendant la Révolution*, Paris, A. Rousseau, 1906.

<sup>1601</sup> ISAMBERT, Tome XVIII, p. 403-407. Reynald Abad propose, lui, une septième catégorie – les lettres de décharge. ABAD, R., *La grâce du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, op. cit., p. 97.

<sup>1602</sup> « Ces diverses lettres se classaient en deux familles différentes, en fonction du moment de la procédure où elles étaient délivrées : on distinguait les lettres d'avant et d'après jugement irrévocable, selon qu'elles étaient accordées avant ou après le jugement contradictoire du criminel en dernier ressort. De la première famille relevaient les lettres de rémission – pour les coupables d'homicide – ; les lettres de pardon – pour les complices d'homicide – ; les lettres d'abolition – souvent réservées aux auteurs de crimes intéressant l'État. De la seconde famille relevaient les lettres de commutation – pour modifier la nature d'une peine – ; les lettres de décharge – pour alléger une peine – ; les lettres de rappel – pour abrégier une peine de bannissement, de galères ou d'enfermement ; les lettres de réhabilitation – pour laver un criminel de la note d'infamie attachée à sa condamnation ». ABAD, R., *La grâce du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, op. cit., p. 97.

<sup>1603</sup> L'auteur distingue trois formes d'accéder aux lettres de clémence : à l'initiative des juges de dernier ressort, à la faveur d'une réjouissance dynastique (sacre, mariage royal, entrée dans les villes, etc.) et à l'initiative des justiciables ou de leurs familles. *Ibid.*, p. 64-96.

<sup>1604</sup> MONTESQUIEU, *EL*, op. cit., Livre VI, chapitre 5.

<sup>1605</sup> C'est d'ailleurs l'une des doléances fréquentes des États généraux – notamment du tiers ordre – aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles : les lettres de rémission sont décriées dans les cahiers de doléances de 1614. Voir sur ce point : RICHET, Denis, « Paris et les États de 1614 », *Représentations et vouloir politiques : autour des États généraux de 1614*, Roger Chartier et Denis Richet (dir.), Paris, EHESS, 1982, p. 79-80.



## Chapitre 6. Les obstacles aux garanties judiciaires

L'inefficacité de la législation royale est une des caractéristiques principales de l'Ancien Régime. La répétition, parfois littérale, des dispositions dans les ordonnances atteste justement l'impuissance du souverain à imposer sa volonté, notamment sur deux aspects : d'une part, une incapacité à uniformiser ce qui relève du *droit public* ; d'autre part, une difficulté à se placer effectivement comme le *garant des droits*.

En ce qui concerne les procédures de justice, ces obstacles sont incontestables. En effet, sous l'Ancien Régime, elles sont loin d'être uniformes sur l'ensemble du territoire malgré les injonctions et les sanctions contenues dans les dispositions des ordonnances. En outre, la pléthore de particularismes liées à la conception des droits de chacun s'oppose parfois à la volonté du roi souverain, de telle sorte qu'il n'est guère considéré comme garant des droits par ses sujets.

Au-delà des difficultés politiques qui entravent l'efficacité de la législation royale, les garanties judiciaires peuvent être également bridées pour des raisons pratiques. On rencontre d'abord des raisons « endogènes », car la royauté neutralise *de motu proprio* le principe du respect de la procédure à l'égard des garanties judiciaires ; la conservation de l'État en étant l'argument principal. Restent les raisons « exogènes » : lorsque ceux qui interprètent et appliquent les procédures de justice le font en dévoyant leurs objectifs. Partant, les garanties des parties dans le procès sont anéanties.

Les contradictions entre le devoir-être – la législation et la doctrine – et l'être – la pratique – des procédures de justice d'Ancien Régime sont nombreuses. En ce sens, les deux perspectives mentionnées permettent d'illustrer de manière succincte les obstacles aux garanties judiciaires. D'une part, au travers de l'argumentation royale fondée, explicitement ou implicitement, sur la notion de raison d'État (Section 1). D'autre part, par l'indétermination et le détournement subséquent des procédures dans la pratique judiciaire (Section 2).

## Section 1. « La raison d'État n'a point de procédure »

*Necessitas non habet legem*<sup>1606</sup>. Cet adage est utilisé à maintes reprises au Moyen Âge pour justifier la pratique législative extraordinaire des rois. La nécessité, évoquée par plusieurs auteurs, devient alors un critère de dérogation aux formes de production de la norme. Au XVI<sup>e</sup> siècle, Jean Bodin revient à l'adage : « Si on me dit que le changement des lois est souvent nécessaire, & même de celles qui concernent la police ordinaire, je dis que nécessité n'a point de loi »<sup>1607</sup>.

La *Ragione di Stato* est une notion capitale dans la pensée politique depuis la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1608</sup>. Les légistes y trouvent un argument pouvant l'emporter sur toutes les oppositions politico-juridiques faites au *Princeps*. Il s'agit de « déterminer un cadre où penser, parler et s'habituer à l'inacceptable [...] pour se l'approprier et le rendre finalement acceptable – *accepté* »<sup>1609</sup>. Depuis Machiavel, la nécessité est déplacée dans l'espace ontologique de la chrétienté<sup>1610</sup>. Pour lui, la caractéristique principale de l'*ordo* est d'être « soumis à un mouvement perpétuel qui ignore la démarcation entre normal et exceptionnel »<sup>1611</sup>, s'éloignant ainsi de la conception monolithique médiévale. Partant, la nécessité est invoquée comme

---

<sup>1606</sup> PENNINGTON, Kenneth, « Innocent III and the *Ius commune*... », *op. cit.*, p. 355-356 ; ROUMY, Franck, « L'origine et la diffusion de l'adage canonique *Necessitas non habet legem* (VIII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.) », *Medieval church law and the origins of the western legal tradition : a tribute to Kenneth Pennington*, Wolfgang P. Müller et Mary E. Sommar (dir.), Washington, The Catholic University of America Press, 2006, p. 301-319. Pour un exemple pratique au Moyen Âge : BUBENICEK, Michel, « Bon droit et raison d'État. Réflexions sur les rapports entre le pouvoir royal et la justice du Parlement dans le dernier tiers du XIV<sup>e</sup> siècle ». *CRMH* [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <https://journals.openedition.org/crmh/891> (consulté le 16 mai 2020).

<sup>1607</sup> BODIN, J., *Six livres de la République...*, *op. cit.*, p. 574. Sur ce point voire l'interprétation de Stéphane Bonnet, qui considère que l'auteur faisait référence à toutes les lois, y compris les lois naturelles et divines. C'est en somme une « raison d'État tyrannique ». BONNET, Stéphane, *Droit et raison d'État*, Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 325-326.

<sup>1608</sup> A titre indicatif, quelques ouvrages récentes sur la notion de raison d'État à l'époque moderne : BONNET, S., *Droit et raison d'État...*, *op. cit.* ; CATTEEUW, Laurie, *Censures et raison d'État : une histoire de la modernité politique, XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, 2013 ; *ID.*, « Réalisme et mythologie de la raison d'État. Une question de mémoire historique », *Revue de Synthèse*, Springer Verlag/Lavoisier, 130 (2), 2009, p. 221-231 ; *ID.*, « Réalisme et mythologie de la raison d'État. Des combats pour l'histoire », *Revue de Synthèse*, Springer Verlag/Lavoisier, 130 (3), 2009, p. 409-423 ; DESCENDRE, Romain, *L'État du monde : Giovanni Botero entre raison d'État et géopolitique*, Genève, Droz, 2009 ; HILDESHEIMER, Françoise, *Richelieu : la raison de l'État*, Paris, Garnier, 2012 ; LE MAUFF, Julien, *Une généalogie de la raison d'État : les racines médiévales de la pensée politique moderne*, Thèse de Doctorat, Etudes médiévales, Université Paris 4 Sorbonne, 2015 ; POOLE, Thomas M., *Reason of the state : law, prerogative and empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 ; *Raisons d'État en Europe : traditions, usages, recompositions*, Brigitte Krulic (ed.), Bern-Berlin-Bruxelles, Peter Lang, 2010 ; SFEZ, Gérard, *Raisons d'État*, Paris, Beauchesne, 2020 ; VIROLI, Maurizio, *De la política a la razon de estado : la adquisicion y transformacion del lenguaje político (1250-1600)*, Madrid, Akal, 2009.

<sup>1609</sup> CATTEEUW, Laurie, « L'inacceptable face aux nécessités politiques : les relations entre censures et raisons d'État à l'époque moderne », *Les Dossiers du Grihl, Les dossiers de Jean-Pierre Cavallé, Les limites de l'acceptable*, mis en ligne le 14 juin 2013, consulté le 11 juin 2017. Disponible sur : <http://dossiersgrihl.revues.org/5978> (consulté le 17 janvier 2020).

<sup>1610</sup> Machiavel n'utilise pas l'expression *Ragione di Stato*, quoique dans sa pensée les éléments théoriques sont déjà là. SAINT-BONNET, F., *L'État d'exception...*, *op. cit.*, p. 184-189.

<sup>1611</sup> SAINT-BONNET, F., *L'État d'exception...*, *op. cit.*, p. 186.

argument contre les procédures existantes, car elle n'est plus l'exception à justifier mais la règle à imposer<sup>1612</sup>.

La raison d'État est, sur le plan conceptuel, l'obstacle principal aux garanties judiciaires, parce qu'au cœur de l'affranchissement des procédures ordinaires de justice. Elle permet à la royauté une justification supérieure des mesures prises à toute opposition formelle et *in fine* à toute garantie. Au moment où les juristes de la royauté utilisent cet argument, notamment à l'époque de Louis XIII, les justices « extraordinaires » se développent (§1) et les formes ordinaires de la justice sont ignorées de manière récurrente (§2).

### ***§1. Le développement régulier des justices extraordinaires***

Les arguments de la magistrature ancienne en défense d'un ordre judiciaire stable<sup>1613</sup> sont diamétralement opposés à la pratique royale d'instauration de tribunaux de justice *ad hoc*, laquelle se développe depuis le XVI<sup>e</sup> siècle. Face aux contestations, les légistes royaux posent les fondements théoriques de l'instauration de justices en dehors de l'ordre judiciaire ordinaire (A). De même, la pratique montre que l'utilisation spécifique de justices extraordinaires relève d'un usage politique de la justice (B).

#### ***A. Les fondements théoriques***

Les commentateurs de la procédure française du XVI<sup>e</sup> siècle sont réticents à accepter le développement d'une justice « extraordinaire ». Comme l'a démontré Antoine Astaïng, les idées des juristes français en matière procédurale – et notamment sur la preuve – s'opposent à celles de leurs collègues étrangers comme Farinacius, Damhouder ou Carpzov<sup>1614</sup>. Or une tendance de la pensée politique de la fin du siècle ouvre une voie à la justification d'une justice extraordinaire.

---

<sup>1612</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>1613</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §1.

<sup>1614</sup> Comme par exemple chez Etienne de Pasquier ou Louis Le Caron. ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel...*, *op. cit.*, p. 86-89.

Bien que plusieurs légistes du royaume de France ne paraissent pas soutenir les idées de Machiavel, elles sont pourtant similaires d'un point de vue juridique<sup>1615</sup>. En effet, les travaux des légistes du royaume depuis la fin du XVI<sup>e</sup> siècle et notamment à l'époque de Louis XIII mettent en avant l'argument selon lequel la raison d'État relèverait du droit, tout en dérogeant au droit commun. L'argument défend *in fine* la « trinité civile », elle-même construite par le droit<sup>1616</sup>. Pour une partie d'écrivains politiques, la nécessité déroge aux formalités établies par le droit – et principalement la loi. Le thème aristotélicien de l'opposition entre la règle de Polyclète et la règle Lesbienne<sup>1617</sup> revient à maintes reprises, comme chez Pierre Charron : la première est inflexible et invariable, et est adaptée à la « justice naturelle, universelle, noble et philosophique » ; alors que la seconde est plus « lâche et molle, s'accommodant à la faiblesse et nécessité humaine et populaire », adaptée donc à la justice « artificielle, particulière, politique, faite et contrainte au besoin des polices et états »<sup>1618</sup>. Guillaume du Vair (†1621)<sup>1619</sup>, garde de Sceaux de Louis XIII, l'affirme devant le parlement de Paris au lit de justice du 18 février 1620 lorsqu'il évoque l'adage romain *Leges semper ut essent, aliquando non fuerunt*, : si le roi « passe par-dessus l'ordre des lois, ce n'est que pour conserver les lois mêmes, qu'autrement courraient fortune de se perdre avec l'État »<sup>1620</sup>.

Depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, l'argument principal des thuriféraires de la monarchie « absolue » pour justifier l'usage d'une justice *extraordinaire* est la conservation de l'État. Cependant, il ne se traduit pas nécessairement en justice *personnelle* du roi, laquelle est d'ailleurs déconseillée dans le sillage de Bodin. La pensée de Cardin Le Bret illustre le flottement des auteurs de l'époque : d'une part, il affirme qu'« il n'est

<sup>1615</sup> Caroline Regad considère au contraire que « les doctrines de la raison d'État sont nées dans l'anti-machiavélisme. Cela signifie que même si les moyens utilisés sont estimés comme injustes à l'égard des lois divines, pour autant ils sont justes "au regard d'une logique quasi-théologique de l'Etat" ». REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, *op. cit.*, p. 263-264. Il faut cependant exclure l'ouvrage de Louis Machon, *Apologie pour Machiavelle* (1668). Sur l'anti-machiavélisme : *Corpus. Revue de Philosophie*, n° 31, L'anti-machiavélisme de la Renaissance aux Lumières, 1997 ; DE SINETY, Jocelyn, *Machiavel et le(s) machiavélisme(s) : l'esprit du droit*, Thèse de Philosophie, Université Paris Nanterre, 2018, p. 16-24 ; *L'anti-machiavélisme, de la Renaissance aux Lumières*, Yves-Charles Zarka (dir.), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997 ; SENELLART, Michael, « La raison d'État anti-machiavélienne. Essai de problématisation », *La raison d'État : politique et rationalité*, Christian Lazzeri et Dominique Reynié (dir.), Paris, PUF, 1992, p. 33-42.

<sup>1616</sup> REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, *op. cit.*, p. 270-271.

<sup>1617</sup> ARISTOTE, *La Morale et la politique*, Livre V, Chapitre X. Paris, Firmin Didot, 1823, p. 239-241.

<sup>1618</sup> CHARRON, Pierre, *De la sagesse*, Tome II, Paris, Rapilly, 1827, p. 432-434.

<sup>1619</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 394-395.

<sup>1620</sup> L'auteur évoque deux dimensions de la procédure dans sa harangue. D'une part, la procédure de vérification des édits au parlement qui peut être préjudiciable à l'État : « Les affaires qui se présentent sont si pressantes, que la dilation en serait la ruine ». D'autre part, les procédures de justice en matière criminelle : « Que s'il y en a quelques-uns, qui oubliant leur devoir entreprennent sur son autorité, qui troublent le repos public, ou violent les lois de l'État ; il est fort résolu de les réprimer & châtier par les lois & par la Justice, si elle peut suffire ; sinon, par la force, si elle y est nécessaire ». DU VAIR, Guillaume, *Actions et traictes oratoires*, dans : *Les œuvres de Messire Guillaume du Vair evesque et comte de Lizieux et garde des seaux de France*, Paris, Cramoisy, 1625, p. 944-946.

pas séant à un Prince de venger de sa propre main les injures qu'on lui a faites [...] », sauf en cas d'atteinte contre sa personne, ou conspiration contre l'État<sup>1621</sup>. D'autre part, il reconnaît que « quand il s'agit des affaires publiques, & qui touchent l'État [...], il peut commettre telles personnes que bon lui semble pour en connaître »<sup>1622</sup> – ce faisant, il écarte l'application rigoureuse de l'ordonnance de Blois de 1579. Bref, le développement des justices extraordinaires est davantage fondé sur la puissance souveraine de déroger à l'ordre judiciaire – ce qui revient à dire sur la puissance de « casser » les normes de la procédure –, que sur la prérogative royale de juger en dernier ressort.

Pour Daniel de Priezac (†1662)<sup>1623</sup>, les fondements théoriques du développement des justices extraordinaires sont les *arcana imperii*, les « secrets de l'Empire » qui visent à conserver la puissance publique. Ils sont étroitement unis aux « secrets de la domination » qui regardent l'établissement de l'autorité du prince<sup>1624</sup>. Les deux forment la raison d'État, « raison supérieure & maîtresse de toutes les autres », ou encore, « raison universelle [...] affranchie de tous les liens des lois civiles »<sup>1625</sup>. Si l'auteur écarte la « puissance judiciaire » de la raison d'État, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle impacte l'administration de la justice. En effet, l'ordre judiciaire en tant que résultat de la puissance « régnante ou législatrice » est visé lorsque l'auteur affirme que la raison d'État « commande toutes les autres lois, les tempère, les corrige, & quand il est nécessaire, les abroge & les annule pour un bien plus universel »<sup>1626</sup>. Pourtant, l'auteur reste prudent sur le plan moral, car il affirme que la raison d'État « ne fait pas que les choses qui de leur nature sont injustes, [soient] dépouillées de cette imperfection ; elle fait seulement que celles qui par les lois ordinaires ne sont pas permises, le soient par un principe plus haut »<sup>1627</sup>. Enfin, chez de Priezac, les exemples d'une utilisation concrète de la notion à l'intérieur de l'administration de justice sont pratiquement inexistantes, exception faite d'une maigre référence aux *arcana imperii* de l'astrologie judiciaire à l'époque romaine<sup>1628</sup>.

---

<sup>1621</sup> LE BRET, C., *Les œuvres de Messire C. Le Bret...*, op. cit., p. 268-269.

<sup>1622</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>1623</sup> Juriste, conseiller d'État et académicien. Protégé du Chancelier Pierre Séguier.

<sup>1624</sup> DE PRIEZAC, Daniel, *Des secrets de la domination, ou de la raison d'Etat*, dans : *Discours politiques de Messire Daniel de Priezac, Conseiller ordinaire du Roy en son Conseil d'Etat*, Première partie, Paris, Rocolet, 1652, p. 259-260.

<sup>1625</sup> *Ibid.*, p. 261-262.

<sup>1626</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>1627</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>1628</sup> *Ibid.*, p. 302-303.

Chez le Cardinal de Richelieu la raison d'État vise à justifier le gouvernement des sujets, en ce qui concerne notamment la punition des actes qui attentent à la sûreté de l'État. Une punition expéditive implique nécessairement la dérogation aux procédures ordinaires de justice. Plus concrètement, Richelieu fait référence à l'assouplissement du régime des preuves :

« Au cours des affaires ordinaires, la justice requiert une clarté et évidence de preuve. Mais ce n'est pas de même aux affaires d'État où il s'agit de *summa rerum*. Car souvent les conjectures doivent tenir lieu de preuves, vu que les grands desseins et les notables entreprises ne se vérifient jamais autrement que par le succès où événement d'icelles qui ne reçoit plus de remède »<sup>1629</sup>

De même, il écarte l'exigence d'un procès préalable à l'exécution d'une mesure concrète : « En affaires d'État, il n'est pas comme des autres : aux unes, il faut commencer par l'éclaircissement du droit ; aux autres par exécution et possession »<sup>1630</sup>. La recherche de la vérité est moins importante que l'action du gouvernement même lorsque celle-ci dépend d'une suspicion. Il en va de même concernant les sanctions de nature criminelle : « Il y a des crimes où il faut punir et puis informer »<sup>1631</sup>. Pour les crimes d'État – entendons, la lèse-majesté – Richelieu repousse également l'adage d'Ulpian d'après lequel les pensées ne peuvent être punies : « Le crime de lèse-majesté est si important que même celui qui en est coupable par une simple pensée est digne de punition »<sup>1632</sup>. Qui plus est, il affirme la nécessité des commissions de justice ou Chambres de Justice « composées de Conseillers d'État, & de Maîtres des Requêtes » tant pour la police et la discipline dans l'État, que pour « éviter les épines des Parlements, qui fomentent des difficultés sur toutes choses »<sup>1633</sup>. Cette conception s'accorde avec le développement, sous le règne de Louis XIII, des autorités administratives et juridictionnelles parallèles aux institutions traditionnelles de la monarchie.

<sup>1629</sup> Maxime d'État n° CXXIV. RICHELIEU, Armand Jean Du Plessis, *Maximes d'État et fragments politiques du cardinal Richelieu*, Paris, Imprimerie Nationale, 1880, p. 56. Voir sur ce sujet : THUAU, Etienne, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris, Albin Michel, 2000, p. 353.

<sup>1630</sup> Maxime d'État n° LXXX. *Ibid.*, p. 42.

<sup>1631</sup> Cité par : THUAU, E., *Raison d'État et pensée politique...*, *op. cit.*, p. 354.

<sup>1632</sup> *Cogitationes pœnam nemo patitur. Ibid.*, p. 534.

<sup>1633</sup> RICHELIEU, Armand Jean Du Plessis, *Testament politique...*, Partie 1, Amsterdamn, [s.n.], 1688, p. 189.

L'analyse de Gabriel Naudé (†1653)<sup>1634</sup> est plus subtile. Il opère en effet une division entre les « Maximes et les Raisons d'État » et le « coup d'État », sur la base de l'accomplissement des formalités relatives à la procédure judiciaire criminelle. Pour l'auteur, certaines affaires relèvent de la raison d'État parce que « les Maximes ne sont pratiquées, qu'après avoir fait des formalités avant l'exécution »<sup>1635</sup> ; et ce malgré le soupçon d'exécution arbitraire. Peu importe le degré d'accomplissement des formalités, leur respect – qui d'après l'auteur implique une certaine publicité des actes – suppose une certaine légitimité « juridique » de l'acte<sup>1636</sup>. En revanche, le coup d'État suppose par sa nature même l'écart de toute forme judiciaire, car « la principale règle [...], que l'on observe dans les coups d'État, est de les tenir cachés jusques à la fin »<sup>1637</sup>. Lorsque Naudé illustre ce point, il qualifie les actes de la puissance d'« assassinats », révélant ainsi qu'il a pleine conscience de la transgression des formes juridiques<sup>1638</sup>. Dès lors, on comprend pourquoi l'auteur souligne que ces actes doivent rester exceptionnels, car ils pourraient « attirer après soi l'injustice »<sup>1639</sup>.

La doctrine procédurale ne s'oppose pas en principe aux idées politiques du temps. Les ouvrages se réfèrent au pouvoir du roi de modifier l'ordre judiciaire à sa guise, car « Sa Majesté a la propriété de la Justice »<sup>1640</sup>, il « peut juger ou faire juger par ses commis en son lieu à la décharge de sa conscience »<sup>1641</sup>. Bertrand Compaigne (†1676), par exemple, considère que les rois de France, à l'instar des empereurs romains, peuvent « prescrire et ordonner la forme des procédures extraordinaires, aussi bien que les ordinaires »<sup>1642</sup>. Cette dérogation aux procédures de justice révèle la nature ambivalente de la raison d'État. Elle est un outil politique destructif d'un ordre – car l'extraordinaire déroge à l'ordinaire – ; mais aussi un outil juridique constructif – car

<sup>1634</sup> La bibliographie sur cet auteur et son ouvrage *Considération politiques sur les coups d'État* (1639) est immense. Pour les aspects biographiques, voir : CLARK, Jack A., *Gabriel Naudé, 1600-1653*, Hamden, Archon Brooks, 1970 ; RICE, James V., *Gabriel Naudé, 1600-1653*, Baltimore, John Hopkins Press, 1932.

<sup>1635</sup> NAUDE, Gabriel, *Réflexions historiques et politiques, sur les moyens dont les plus grands Princes & habiles Ministres se sont servis, pour gouverner et augmenter leurs Etats...*, Leide, Verbeek, 1739, p. 51.

<sup>1636</sup> « Ce qui se fait par ces dernières [les maximes de la raison d'État], est précédé, par exemple, par des Manifestes, par des Déclarations, & par toutes les formes nécessaires, pour légitimer une entreprise [...] ». *Ibid.*, p. 50. Il donne quelques exemples : « Les exécutions des notables du Comté de Saint Paul, sous Louis XI, du Maréchal de Biron, sous Henri IV, du Comté d'Essex, sous Elisabeth Reine d'Angleterre, de Mrs. De Thou & Cinq-Mars, sous Louis XIII » (p. 51-52).

<sup>1637</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>1638</sup> L'auteur donne encore quelques exemples : « L'assassinat du Marquis d'Ancre sous Louis XIII ; des deux Guises sous Henri III ; de Majon sous Guillaume I. Roi de Sicile ; de David Riccio, sous Marie Stuart Reine d'Ecosse ; de Spurius Melius, Chevalier Romain, sous Ahala-Servilius, Colonel de la Cavalerie Romaine ; & de Sejanus & Plotian, sous divers Empereurs [...] ». *Ibid.*, p. 52.

<sup>1639</sup> NAUDE, Gabriel, *Considérations politiques sur les coups d'État*, [s.l.n.], 1712, p. 91.

<sup>1640</sup> COUCHOT, *Le praticien universel ou le droit françois...*, op. cit., Tome I, p. 26.

<sup>1641</sup> BOYER, Philbert, *Le style de la cour et justice des requestes du palais, et pratique universelle, divisé en quatre livres*, Paris, Richer, 1600, 5v°.

<sup>1642</sup> COMPAIGNE, Bertrand, *La science des juges criminels, temporels et ecclésiastiques, ou les décisions des plus difficiles & importantes questions en matière criminelle...*, Lyon, La Rivière, 1656, p. 141.

la raison d'État permet la production d'une nouvelle procédure judiciaire, bien que, par sa nature, elle n'ait pas vocation à se pérenniser<sup>1643</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les propos de Gaspard Réal de Curban s'alignent avec les fondements de la raison d'État bien que ses arguments diffèrent sur certains aspects : elle « ne saurait être accommodée au Droit commun » ; mais surtout, il oppose la raison d'État à la raison particulière, ou plutôt à la raison des particuliers : « Plus les particuliers forment des raisonnements en leur faveur sur l'équité naturelle & sur le Droit civil, plus les Princes doivent consulter les principes de Gouvernement »<sup>1644</sup>. Certaines encyclopédies de l'époque y font écho : le *Dictionnaire universel des sciences...* reprend exactement les mots de Réal de Curban<sup>1645</sup> ; l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert pour sa part s'inscrit dans cette perspective mais reconnaît qu'il s'agit d'occasions « toujours fâcheuses » et que le souverain « gémit de la nécessité qui l'oblige de sacrifier quelques-uns des membres pour le salut réel de toute la société »<sup>1646</sup>. Ce raisonnement coïncide avec les paradigmes de la monarchie absolue de droit divin. La doctrine procédurale, notamment en matière criminelle, est plutôt circonspecte sur ce sujet : par son silence absolu sur la question et relativement au ton neutre qu'elle emploie pour évoquer les justices extraordinaires<sup>1647</sup>.

Enfin, on peut constater que la notion de raison d'État est moins utilisée au XVIII<sup>e</sup> siècle pour justifier les mesures extraordinaires de justice à l'intérieur du royaume ; elle se rapporte davantage au domaine de la politique extérieure. Cependant, le déplacement ontologique de la nécessité a des conséquences pratiques sur l'administration de justice durant tout l'Ancien Régime. Selon les circonstances, la raison d'État se cristallise dans les procès politiques.

<sup>1643</sup> Voir l'analyse de : REGAD, C., *Théoriser l'État, mesurer l'absolu...*, op. cit., p. 264-270.

<sup>1644</sup> REAL DE CURBAN, G. de, *La science du gouvernement...*, op. cit., Tome VI, p. 9.

<sup>1645</sup> *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique ; ou bibliothèque de l'homme d'État et du citoyen*, Tome XXVII, Londres, Libraires associés, 1782, p. 467-469.

<sup>1646</sup> Verbo « raison d'État » : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v13-1983-4/> (consulté le 11 mai 2020).

<sup>1647</sup> Pour la neutralité, voir notamment Daniel Jousse qui, après avoir énuméré quelques exemples de justice extraordinaire, conclut que « cet usage de condamner les accusés sans les entendre, n'a plus de lieu aujourd'hui, & ce changement est fondé sur les raisons les plus solides » (peut-être ne voyait-il une justice extraordinaire dans les procès de son époque). JOUSSE, D., *Traité de la justice criminelle de France...* op. cit., Tome I, p. xxiv de la préface. Alors que d'autres comme Le Trosne s'y opposent : « On dirait que les hommes regardent la justice comme étant purement d'institution humaine, & qu'ils ne la font dériver que des lois positives. En effet, là où cessent les lois civiles & l'autorité, là d'ordinaire ils font cesser son pouvoir, pour donner lieu à l'arbitraire, & au droit du plus fort ; droit barbare & aveugle, fait pour agiter les animaux irraisonnables, & non pour gouverner les hommes, & terminer les différends entre eux. Est-il donc si difficile d'être juste, que les hommes puissent consentir à l'être, que quand ils sont forcés ? Mais dès que la justice, dont les lois sont inflexibles, est mise à l'écart, ou n'est plus consultée que pour la forme, il ne reste pour motifs de conduite, que les passions, l'ambition la jalousie, le désir de prévaloir [...] ». LE TROSNE, Guillaume, *De l'ordre social, Ouvrage suivi d'un Traité Élémentaire sur la Valeur, l'Argent, la Circulation, l'Industrie, & le Commerce intérieur & extérieur*, Paris, Debure, 1777, p. 358.

## ***B. Les justifications pratiques***

Dans l'agencement de la monarchie, trois circonstances ou enjeux principaux justifient le développement des justices extraordinaires : les procès politiques ; le contrôle des finances ; et la discipline des officiers de justice.

### *i. Les procès politiques*

Selon Denis Salas, le procès politique relève d'« une perversion du procès pénal », car « il permet avant tout d'éliminer des rivaux par une sorte de pédagogie de l'effroi »<sup>1648</sup>. Parmi les éléments de la notion<sup>1649</sup>, l'instauration d'une justice de commissaires est centrale parce qu'elle rejette l'idée du juge naturel, et *in fine* d'un ordre judiciaire préétabli. Si les juristes d'Ancien Régime peinent à affirmer que l'instauration de tribunaux extraordinaires renforce la justice inhérente à l'ordre judiciaire, ils justifient le caractère nécessaire desdites mesures face aux circonstances dangereuses. Il faut en outre préciser que l'épithète « politiques » suppose que le danger « met en cause clairement et directement des droits de l'État, ou, pour le dire de façon moins juridique, des intérêts du pouvoir »<sup>1650</sup>. D'un point de vue juridique, dans le sillage du droit romain, c'est le recours au crime de lèse-majesté qui permet dans la plupart des cas d'identifier le caractère politique du procès<sup>1651</sup>.

Le règne de Louis XI (1461-1483) constitue le principal repère des juristes postérieurs qui s'intéressent aux procès extraordinaires de justice. Si son règne s'inscrit

---

<sup>1648</sup> SALAS, Denis, « Le procès politique entre réalité et tentation », *Histoire de la Justice*, N° 27, Le procès politique XV<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle, 2017, p. 5.

<sup>1649</sup> A savoir : « une justice de commissaires, une incrimination politique (lèse-majesté), une procédure purement inquisitoire, une peine exemplaire ». *Ibid.*, p. 5.

<sup>1650</sup> C'est ainsi qu'Yves-Marie Bercé met dans un second plan « les procès pour hérésie, pour sorcellerie, pour magie ou pour déviances sexuelles ; il faudrait les écarter tout simplement parce que le crime de ces accusés ne visait pas le prince, même si l'incrimination de lèse-majesté divine était copiée sur les institutions royales, même si la tache de la déviance religieuse ou l'horreur d'un crime contre les mœurs semblait nuire à la dignité d'un prince, au bonheur collectif et à l'harmonie de l'État ». BERCE, Yves-Marie, « Introduction », *Les procès politiques (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, Yves-Marie Bercé (dir.), Ecole française de Rome, 2007, p. 1.

<sup>1651</sup> CONTAMINE, Philippe, « "Inobédience", rébellion, trahison, lèse-majesté. Observations sur les procès politiques à la fin du Moyen Âge », *Les procès politiques (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles)...*, *op. cit.*, p. 63-82 ; CUTTLER, Simon Hirsch, *The Law of Treason and Treason Trials in Later Medieval France*, London-New York, Cambridge University Press, 1981. Pour les origines romaines : THOMAS, Yan, « "Arracher la vérité". La Majesté et l'Inquisition (I<sup>er</sup>-IV<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.) », *Le Juge et le Jugement dans les traditions européennes. Etudes d'histoire comparée*, Robert Jacob (dir.), Paris, LGDJ, 1996, p. 15-41.

dans la continuité de son prédécesseur Charles VII<sup>1652</sup>, ce sont surtout les procès politiques de « l'universelle araignée » qui suscitent l'intérêt des juristes dès le XVI<sup>e</sup> siècle. Olivier Mattéoni compte dix-sept procès politiques entamés par la royauté afin d'affaiblir les maisons puissantes et parfois factieuses, notamment celles qui se sont réunies pour conformer la « Ligue du Bien public »<sup>1653</sup>. Parmi les plus retentissants, il distingue quatre procès instruits et jugés entièrement par le parlement de Paris, cinq procès instruits et jugés par commissions et quatre instruits par commissions mais jugés au parlement. La variété des moyens révèle le caractère protéiforme des procès politiques, car ils peuvent avoir différents degrés d'accomplissement des formalités. En ce sens, l'historiographe du XVII<sup>e</sup> siècle Antoine Varillas, souligne les différences entre les procès du connétable Louis de Luxembourg, comte de Saint-Pol, et le duc de Nemours, affirmant que « sa Majesté se corrigea dans le second de ces fameux procès des fautes qu'elle avait commises dans le premier »<sup>1654</sup>. Ces différences tiennent notamment au rang, le duc de Nemours étant de sang royal. Le bilan du règne de Louis XI concernant l'usage d'une justice politique n'est pas unanime. Etienne Pasquier analyse le cas du comte de Saint-Pol pour conclure que le prince « ores qu'il le puisse d'une autorité absolue, toutefois il se doit bien donner garde de faire mourir un sien sujet sans connaissance de cause, & comme l'on dit, d'une mort d'État »<sup>1655</sup>. Certains auteurs étalent les accusations de tyrannie avec l'exemple des procès politiques ; d'autres y voient les prodromes de la raison d'État<sup>1656</sup>.

La première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle donne quelques exemples qui seront repris quelques décennies plus tard par les juristes. Etienne Pasquier évoque le procès de l'amiral Chabot sous le règne de François I<sup>er</sup>, avec la participation du chancelier Poyet

---

<sup>1652</sup> MATTEONI, Olivier, « Les procès politiques du règne de Louis XI », *Histoire de la Justice*, N° 27, *op. cit.*, p. 22. Pour les procès politiques de l'époque de Charles VII, voir : CONTAMINE, Philippe, *Charles VII. Une vie, une politique*, Paris, Editions Perrin, 2017, p. 329-365 ; BLANCHARD, Joël et COLLARD, Franck, *Procès politiques au temps de Charles VII et de Louis XI*, Genève, Droz, 2018.

<sup>1653</sup> *Ibid.*, p. 13-14. La Ligue du bien public est une coalition de grands seigneurs féodaux dirigée par Charles le Téméraire (1433-1477), qui mène une révolte en 1465 en réaction aux politiques de gouvernement du roi Louis XI. Voir : BOUZHAY, Olivier, *La révolte des nobles du Berry contre Louis XI : guerre et économie el 1465*, Paris, L'Harmattan, 2006 ; LECUPPRE-DESJARDIN, Elodie, « Avant un an, il s'en repentira. L'argumentaire bourguignon déployé à la veille de la guerre du bien public. Petite étude sur la prise de décision à la fin du Moyen Âge », *Publications du Centre Européen d'Etudes Bourguignonnes*, vol. 57, 2017, p. 157-166.

<sup>1654</sup> VARILLAS, Antoine, *Histoire de Louis Onze*, Tome II, Paris, Barbin, 1689, p. 83-84.

<sup>1655</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 477.

<sup>1656</sup> C'est notamment le milieu parlementaire qui expose une vision despotique du règne de Louis XI. Les auteurs favorables à ses agissements sont, parmi d'autres, Gabriel Naudé, Louis Machon, Jean de Silhon, Didier Hérauld et Honorat de Meynier. Sur la postérité de Louis XI, voir principalement : BAKOS, Adrianna, *Images of Kingship in Early Modern France. Louis XI in Political Thought 1560-1789*, London-New York, Routledge, 1997 ; CORNETTE, Joël, « Les vies successives d'un roi : la postérité politique de Louis XI à l'époque moderne », *Revue Historique*, T. 301, Fasc. 2 (610), avril/juin 1999, p. 333-338. Pour sa postérité après la Révolution : DURAND-LE GUERN, Isabelle, « Louis XI entre mythe et histoire », *CRMH*, [En ligne], 11 | 2004. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/1703> (consulté le 27 janvier 2020).

et l'instauration d'une commission composée des parlementaires parisiens et de province. Il souligne la participation active du chancelier aux interrogatoires ; son parti pris en faveur de la condamnation à mort malgré les charges qui consistent en « quelques exactions indument par [Chabot] faites sur quelques pécheurs » et « d'ingratitude » ; et les menaces qu'il aurait lancées aux conseillers pour faire modifier la décision de la commission<sup>1657</sup>. À l'issue de ce procès – finit par la réhabilitation de Chabot –, un autre débute contre le chancelier Poyet. Celui-ci est également conduit par une commission établie par lettres patentes du 13 avril de 1544<sup>1658</sup> qui l'évince de toute charge publique, le condamne à cinq ans de prison et lui impose une lourde amende. La postérité gardera une opinion défavorable du chancelier désavoué ; Pasquier considère qu'il s'agit d'une « belle leçon à tout juge pour demeurer en soi, & ne laisser fluctuer sa conscience dedans les vagues d'une imaginaire faveur [...] »<sup>1659</sup>. Enfin, sous le règne d'Henri II, la commission chargée de juger le prince de Condé le condamne à mort malgré les réticences de certains de ses membres ; la réhabilitation du parlement après la mort de François II contraste avec le sévère jugement de la commission<sup>1660</sup>.

Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, le procès du maréchal Biron est exemplaire quant à l'usage de la justice « ordinaire » jusque dans une incrimination de lèse-majesté emportant la peine capitale : le parlement de Paris est son juge – avec quelques conseillers du roi, le nombre de juges excédant la centaine<sup>1661</sup> –, le procès, très long, suit minutieusement les formalités de l'époque<sup>1662</sup>. Néanmoins, plusieurs commissions de justice se développent quelques années plus tard, sous le règne de Louis XIII.

<sup>1657</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 472-473.

<sup>1658</sup> Présentées au parlement le 21 avril 1544. La commission est composée d'un maître des requêtes, vingt-huit conseillers des parlements et cinq conseillers du Grand Conseil, selon l'anonyme *Histoire du procès du Chancelier Poyet, pour servir à celle du règne de François I, Roi de France*, Londres, [s.n.], 1776, p. 134-137. Marie Houlemare signale également l'imprécision des chefs d'accusation : « avoir excédé un don du roi ; avoir abusé de la bonne foi de la comtesse de Brienne, lors de la vente d'une terre ; avoir évoqué ou cassé abusivement des procès ; avoir rendu seul des arrêts ; avoir détourné des amendes à son profit ; avoir vendu des offices ; avoir fait pression contre Chabot lors de son procès », HOULLEMARE, Marie, « Guillaume Poyet (v. 1473-1548) », *Les conseillers de François I<sup>er</sup>*, Rennes, PUR, 2011, §36, disponible en ligne : <http://books.openedition.org/pur/120036> (consulté le 27 janvier 2020).

<sup>1659</sup> PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 474.

<sup>1660</sup> Voir : RICHOU, J., *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 41-44 ; DELABORDE, Jules, « Le procès du prince de Condé (novembre et décembre 1560) », *Bulletin Historique et littéraire*, Société de l'Histoire du protestantisme, Vol. 22 N° 4 et 6, 1873, p. 145-157 et 241-251 respectivement.

<sup>1661</sup> En ce sens, il s'agit bien d'une commission extraordinaire car elle intègre quelques juges étrangers au parlement de Paris. Le nombre diffère dans les sources : ce sont cent vingt-sept juges selon Pierre de l'Estoile, cent quarante-cinq selon le plumitif de la Tournelle de la date (29 juillet 1602). Voir : SOMAN, Alfred, « Le traître sur la sellette : réflexions sur la procédure du duc de Biron (1602) », *Complots et conjurations dans l'Europe moderne. Actes du colloque international organisé à Rome, 30 septembre – 2 octobre 1993*, Rome, Ecole française de Rome, 1996, p. 235.

<sup>1662</sup> C'est Jacques de la Guesle (†1612) procureur général du roi devant le parlement de Paris, qui écrit un récit du procès, en insistant sur le fait qu'il s'agit d'une procédure *ordinaire*. LA GUESLE, Jacques de, *Récit particulier et véritable du procès criminel de M. le mareschal de Biron*, (s.n.l.d), un manuscrit se trouve sur le site de Gallica :

L'étude d'Hélène Fernandez-Lacôte permet de concevoir l'ordre de grandeur de l'usage des justices extraordinaires à l'époque du Louis « le juste »<sup>1663</sup>. Elle énumère certaines commissions formées à l'époque de Richelieu : celle qui juge Henri de Talleyrand, comte de Chalais, composée de quelques parlementaires bretons (dont deux présidents), maîtres des requêtes et le garde des sceaux Michel de Marillac. Celle du jugement de ce dernier, composée par quelques parlementaires dijonnais (dont deux présidents) et des maîtres de requêtes. La commission de jugement de François de Jussac d'Ambleville, seigneur de Saint-Preuil, formée par le maître des requêtes et intendant Louis Lemaistre, avec des commissaires choisis par lui parmi les présidiaux d'Amiens et d'Abbeville. Le jugement de Cinq Mars et de Thou, fait par une commission composée des maîtres des requêtes, conseillers d'État et parlementaires dauphinois, surveillée de près par le chancelier Séguier<sup>1664</sup>. Il faudrait également ajouter la chambre de l' Arsenal, véritable tribunal d'exception instauré à cette époque, qui juge indistinctement les astrologues, les faux-monnayeurs, les auteurs des libelles diffamatoires, entre autres<sup>1665</sup>. Les exemples tirés de cette époque se multiplient – Hélène Fernandez-Lacôte liste dix-huit procès évoqués dans la collection Harlay entre 1626 et 1642<sup>1666</sup>. Par ailleurs, elle souligne que la participation – officielle ou officieuse – du chancelier est un signe important de manipulation et partialité des procédures<sup>1667</sup>.

A l'époque de la minorité de Louis XIV, en 1653, l'écho de la fronde princière résonne avec le procès de Christian Bertaut, maître des eaux et forêts de Bourgogne, accusé de complot contre Mazarin. Celui-ci obtient l'établissement d'une commission de justice à l' Arsenal, présidée par le chancelier Séguier et fortement influencée par l'abbé Fouquet (frère du surintendant)<sup>1668</sup>. Quelques années plus tard, le procès de Nicolas Fouquet est le plus retentissant<sup>1669</sup>. Après son arrestation le 5 septembre 1661,

---

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b60010764> (consulté le 27 janvier 2020). Voir les remarques de : FERNANDEZ-LACÔTE, H., *Les procès du cardinal de Richelieu...*, op. cit., p. 150-152.

<sup>1663</sup> *Ibid.*, notamment p. 206-219.

<sup>1664</sup> Voir : FACHEUX, M., « Le procès de Cinq-Mars », *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Jean Imbert (dir.), Paris, PUF, 1964, p. 77-100.

<sup>1665</sup> Hélène Fernandez-Lacôte trace l'évolution de ce tribunal caractérisé par « l'obscurité ». Elle divise deux commissions : celle faite en 1631 et celle de 1634. FERNANDEZ-LACÔTE, H., *Les procès du cardinal de Richelieu...*, op. cit., p. 223-262.

<sup>1666</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>1667</sup> « Dans les procès les plus en vue, c'est souvent le chancelier lui-même qui est chargé de présider la commission ; sa présence est un critère majeur pour déterminer le degré d'implication du pouvoir dans un procès particulier », *ibid.*, p. 222.

<sup>1668</sup> Les *Mémoires sur la vie publique et privée de Fouquet...* affirment que quelques parlementaires ont essayé de « former une cabale » après avoir su l'instauration de la commission. *Mémoires sur la vie publique et privée de Fouquet, surintendant de finances d'après ses lettres et des pièces inédites*, Tome I, A. Chéruel (conservateur), Paris, Charpentier, 1862, p. 256.

<sup>1669</sup> Sur le procès de Fouquet : BERTRIERE, Simone, *Le procès Fouquet*, Paris, Librairie générale française, 2015 ; CHERCHEVE, Frédéric, « Le procès de Nicolas Fouquet », *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles...*, op. cit., p. 101-120 ; DESSERT, Daniel, *Fouquet*, Paris, Fayard, 1987, p. 239-262 ; PITTS, Vincent Joseph, *Embezzlement and high treason in Louis XIV's France : the trial of Nicolas Fouquet*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2015.

une chambre de justice est instituée. Le 15 novembre de la même année, un édit royal ordonne une commission de justice dénommée Chambre de justice et siégeant à la Chambre des comptes. Elle est composée de quelques conseillers du roi, maîtres des requêtes, présidents du parlement de Paris et parlementaires parisiens et des provinces, présidents de la Chambre des comptes et maîtres des comptes, et conseillers de la Cour des aides – au total une trentaine de juges – ; et suivie de près par Colbert et Séguier – qui deviendra lui-même président de la commission. Tout au long du procès, ces derniers exercent une pression importante sur ses membres. Cependant, si Fouquet est condamné pour certains crimes de finances, les charges relatives à la lèse-majesté demeurent contestées<sup>1670</sup>. Enfin, un troisième procès par commission peut être mentionné, fait au Louis dit « chevalier » de Rohan à l’occasion de la conspiration de Lautréamont en 1674<sup>1671</sup>. Le roi ordonne alors une commission par lettres patentes du 31 octobre de la même année, composée par le chancelier d’Aligre – qui la préside –, quelques conseillers d’État et maîtres des requêtes. À cette époque, un mémoire du lieutenant général de police de Paris Gabriel Nicolas de la Reynie<sup>1672</sup> envoyé à Colbert, procureur général du procès, confirme l’importance de la participation des chanceliers, d’un nombre adéquat de juges (au moins quinze) et la qualité de ceux-ci<sup>1673</sup>.

Ce panorama montre qu’en matière de procès politiques les rois n’hésitent pas à modifier à leur guise l’ordre judiciaire. Cependant, il faut souligner que les commissions *ad hoc* pour les procès politiques cherchent une légitimité juridique – qui pour l’époque est davantage historique. C’est ainsi qu’à l’époque de Richelieu les débats autour des formes sont nombreux, à savoir : le nom – chambre de justice ou commission ? –, la composition – parlementaires et robins *grosso modo*, maîtres de requêtes, intendants, participation du chancelier ? –, la procédure à suivre – le style du parlement de Paris ou d’un parlement provincial, voir même des requêtes du palais ou de l’hôtel ? –, l’étendu des fonctions – commissaires chargés de l’instruction, du jugement ou des deux ?<sup>1674</sup>. De même, on constate à l’instar des recommandations du

---

<sup>1670</sup> Voir : MATTE, Louis, *Crimes et procès politiques sous Louis XIV*, Thèse de Doctorat, Paris, Société Française d’Imprimerie et de librairie, 1910, p. 33 ; AMSON, Charles, AMSON, Daniel, MOORE, Jean-Gaston, *et al.*, « Nicolas Fouquet ou le procès de l’opulence », *Les grands procès*, Janville Thomas (dir.), Paris, PUF, 2007, p. 274.

<sup>1671</sup> MALETTKE, Klaus, « Complots et conspirations contre Louis XIV dans la deuxième moitié du XVIIe siècle », *Complots et conjurations dans l’Europe moderne...*, *op. cit.*, p. 347-371 ; LEVILLAIN, Charles-Edouard, « Une guerre souterraine contre Louis XIV. L’Espagne, la Hollande et les projets de révolte de 1674 », *Mélanges de la Casa de Velasquez*, 42 – 2 | 2012, p. 201-223.

<sup>1672</sup> Qui est par ailleurs nommé procureur pour cette affaire ainsi que pour l’affaire des poissons.

<sup>1673</sup> Cité par : MATTE, L., *Crimes et procès politiques sous Louis XIV...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>1674</sup> Voir ces questions à travers les exemples de : FERNANDEZ-LACÔTE, H., *Les procès du cardinal de Richelieu...*, *op. cit.*, p. 209-219.

procureur La Reynie, que les rois tentent dans la plupart des cas d'associer les officiers de justice : la justice – même extraordinaire – ne peut se passer de la *scientia juris* dont les magistrats des cours souveraines sont les représentants.

## ii. *Le contrôle des finances*

Les commissions destinées à juger les particuliers pour des crimes liés aux finances existent depuis le Moyen Âge<sup>1675</sup>. Cependant, c'est au cours du XVI<sup>e</sup> siècle que les *Chambres de justice* se développent en tant que justices extraordinaires avec l'objectif de juger autant la matière que les agents – les crimes des financiers liés à la fonction<sup>1676</sup>. Dans la seconde moitié du siècle et au début du XVII<sup>e</sup> siècle, ces tribunaux constituent une réponse aux doléances des États généraux qui somment d'instaurer des cours de justice pour punir les malversations des financiers tant décriés. Bien qu'à certaines époques elles soient très utilisées – voir quasi-permanentes –, les chambres de justice relèvent des commissions royales et n'ont pas vocation à se pérenniser. De plus, elles dépouillent les Chambres des comptes de leurs fonctions ordinaires.

A l'époque d'Henri IV et Sully, quatre chambres de justice se succèdent : la première en mai et juin 1597, composée des maîtres des requêtes et des magistrats des cours souveraines parisiennes ; la deuxième de novembre 1601 à octobre 1604 composée de dix-huit commissaires, parmi lesquels le chancelier Pomponne de Bellièvre et le premier président de la Chambre de Comptes ; la troisième de janvier 1605 à septembre 1607, composée du chancelier Bellièvre (à l'origine) et dix-huit membres, la plupart différents à ceux de la Chambre précédente ; enfin, la quatrième est instaurée en janvier 1607, en parallèle de la précédente mais avec une composition similaire, Pierre Séguier étant le chancelier<sup>1677</sup>.

Sous Louis XIII, trois chambres de justice sont instaurées : en 1624 – dix ans après la promesse faite lors des États généraux de 1614 –, en 1635 et en 1643<sup>1678</sup>. La première est composée de membres du parlement de Paris (dont un président) et des parlements de province, de la Chambre des Comptes de Paris, des maîtres des requêtes,

<sup>1675</sup> Par exemple : Enguerrand de Marigny en 1313, Richard Cœur en 1453, Semblançay en 1524-1527.

<sup>1676</sup> L'*Encyclopédie* affirme que « la plus ancienne, dont il soit fait mention dans les ordonnances, est celle qui fut établie en Guienne [sic] par déclaration du 26 novembre 1581 ». *Verbo* « chambre de justice » : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v3-114-44/> (consulté le 11 mai 2020).

<sup>1677</sup> BARBICHE, Bernard et DE DAINVILLE-BARBICHE, Ségolène, *Sully. L'homme et ses fidèles*, Paris, Fayard, 1997, p. 226-230.

<sup>1678</sup> BAYARD, Françoise, « Les Chambres de Justice de la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle », *Cahiers d'histoire*, Comité Historique du Centre-Est, Tome XIX, 1974-1, p. 121-122.

des maîtres des comptes de Paris, et des conseillers de la Cour des aides ; elle siège pendant plus de 6 mois<sup>1679</sup>. Pour l'époque de Louis XIV, les chambres de justice sont attestées en 1645, 1648 et 1656-1657, mais elles sont éphémères et les traces documentaires sont minimales<sup>1680</sup>. En revanche, la chambre de justice chargée initialement de juger Fouquet demeure en fonction pendant huit ans. Selon Daniel Dessert, elle est d'une ampleur sans précédent : il dénombre 248 condamnés seulement parmi les condamnations pécuniaires de plus de cent mille livres<sup>1681</sup>. Enfin, après la mort du Roi Soleil, la régence crée le 7 mars 1716 une nouvelle chambre de justice<sup>1682</sup> composée du chancelier Voysin de la Noiraye, des membres du parlement de Paris (dont deux présidents), des maîtres des requêtes, des maîtres ordinaires de la Chambre des comptes de Paris, et des conseillers de la Cour des aides. Selon Erik Goldner, cinquante-deux condamnations ont été prononcées pour quatre-vingt-neuf justiciables<sup>1683</sup>.

### iii. *L'efficacité de la justice*

Depuis le XV<sup>e</sup> siècle, la royauté commet des magistrats pour juger dans les lieux éloignés du ressort du parlement – et notamment dans le ressort du parlement de Paris. Il s'agit des sessions extraordinaires appelées Grands Jours<sup>1684</sup>. Leur développement est considérable pendant les XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles – dans le ressort du Parlement de Paris, Jean-Marie Augustin en liste cinq pour le premier, seize pour le second – ; alors qu'au XVII<sup>e</sup> siècle ils sont moins fréquents – un à Poitiers en 1634-1635 et un en Auvergne en 1666 pour le même ressort<sup>1685</sup>. Les raisons sont à la fois d'ordre politique et judiciaire : politique, parce que les sessions « ont pour objectif de briser les derniers vestiges de la féodalité et [...] de réprimer ce qui reste des guerres privées » ; judiciaire,

<sup>1679</sup> *Ibid.*, p. 139, tableau 1.

<sup>1680</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>1681</sup> DESSERT, Daniel, « Finances et société au XVII<sup>e</sup> siècle : à propos de la chambre de justice de 1661 », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 29<sup>e</sup> année, N. 4, p. 850.

<sup>1682</sup> Sur l'origine de cette chambre : VILLAIN, Jean, « Naissance de la chambre de justice de 1716 », *RHMC*, Tome 35, N° 4, Octobre-décembre 1988, p. 544-576.

<sup>1683</sup> GOLDNER, E., « Corruption on Trial : Money, Power, and Punishment in France... », *op. cit.*, p. 14. Voir sur la Bretagne : SEE, Henri, « La chambre de justice de 1716 en Bretagne », *Annales de Bretagne et des pays de l'ouest*, Tome 39, numéro 2, 1930, p. 223-241.

<sup>1684</sup> Outre les références ci-après, voir : LAURAIN-PORTEMER, Madeleine, *Les Grands Jours du Parlement de Paris de l'avènement de François I<sup>er</sup> à la mort d'Henri III*, Thèse d'archiviste-paléographe, Ecole Nationale des Chartes, 1940 ; IMBERT, Hugues, *Les grands jours de Poitou : registres criminels (1531, 1567, 1579, 1634)*, Niort, L. Clouzot, 1878 ; TROTRY, G., *Les Grands jours des parlements*, Thèse pour le doctorat, Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1908, 242 p.

<sup>1685</sup> AUGUSTIN, Jean-Marie, « Les Grands Jours, une cours supérieure foraine sous l'Ancien Régime », *Histoire de la Justice*, N° 21, 2011/1, p. 42-43.

car les édits de convocation des Grands Jours « insistent sur la nécessité de déjouer les astuces de procédure et de lutter contre la paresse, voire l'improbité des juges locaux »<sup>1686</sup>. Des crimes de différente nature sont jugés, en témoignent les mémoires d'Esprit Fléchier sur les Grands Jours d'Auvergne de 1665-1666 : incendies, magie, adultère, inceste, infanticide et tous types de crimes<sup>1687</sup> ; et concernent toute la population, sans épargner les nobles : « il ne restait pas un gentilhomme qui ne se fût examiné, qu'il n'eût repassé tous les mauvais endroits de sa vie, et qui ne tâchât de réparer le tort qu'il pouvait avoir fait à ses sujets »<sup>1688</sup>. Les assises visent en outre les officiers de justice ; autant dire qu'ils sont perçus comme attentatoires à la revendication séculaire d'inamovibilité des officiers de justice, consacrée par l'ordonnance de Blois de 1579<sup>1689</sup>.

Arlette Lebigre n'hésite pas à qualifier les Grands Jours d'Auvergne, derniers de l'Ancien Régime, de « commission extraordinaire »<sup>1690</sup>. En effet, même si elle est composée en majorité de parlementaires, la présence d'un maître de requêtes et le choix exclusif des membres de la part Louis XIV montrent que même les usages antérieurs sont écartés pour imposer la volonté du roi et de Colbert<sup>1691</sup>. Au total, pendant ces assises, quarante-et-un officiers de justice sont condamnés pour méfaits dans l'administration de la justice<sup>1692</sup>.

Les trois justifications pratiques exposées – qui ne sont bien évidemment pas les seules<sup>1693</sup> – montrent que la royauté a recours aux justices extraordinaires de manière assez régulière. Qu'il s'agisse d'affaires concernant la conservation de la majesté royale – et *a fortiori* de l'État –, le contrôle des finances ou de la justice dite « déléguée », la royauté souligne le caractère nécessaire des mesures extraordinaires.

---

<sup>1686</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>1687</sup> FLECHIER, Esprit, *Mémoires sur les Grands-Jours d'Auvergne en 1665*, Paris, Vialetay, 1968.

<sup>1688</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1689</sup> Comme le relève Arlette Lebigre, les Grands Jours d'Auvergne ont fonctionné pour faire passer un message d'intervention de plus en plus directe de l'administration royale sur les officiers de juriste. Les exemples de la rhétorique des agents royaux apportés montrent que « le recours à l'autorité ministérielle tend à se banaliser dès le dernier quart du XVII<sup>e</sup> siècle ». LEBIGRE, A., « Les ambiguïtés de l'âge classique... », *op. cit.*, p. 89-90.

<sup>1690</sup> LEBIGRE, Arlette, *Les Grands Jours d'Auvergne. Désordres et répression au XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Hachette, 1976, p. 17. L'auteur affirme qu'à partir de la moitié du XV<sup>e</sup> siècle « il s'agit moins [...] de perpétuer le système des assises seigneuriales régulières que d'envoyer, aux lieux et temps où le besoin s'en fait sentir, des hommes de confiance, pris ou non parmi le personnel des Parlements, pour remettre l'ordre » (p. 13).

<sup>1691</sup> A savoir, que jusqu'au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, le roi ne désignait que le président des Grands Jours – usage modifié à partir de Charles IX.

<sup>1692</sup> LEBIGRE, A., « Les ambiguïtés de l'âge classique... », *op. cit.*, p. 89.

<sup>1693</sup> On pourrait encore évoquer les chambres ardentes pour juger les protestants (fréquentes au XVI<sup>e</sup> siècle) ou bien certaines chambres de justice comme celle de l'affaire des poissons ; la chambre de justice instaurée à Nantes en 1719 pour juger certains nobles de Bretagne ; ou encore la Chambre du Louvre instaurée en 1753 par suite de l'exile du parlement à Pontoise. Voir l'exposé succinct de : RICHOU, J., *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 79-96.

Des considérations similaires sont avancées lorsqu'il s'agit de s'affranchir des formes propres à la justice ordinaire.

## ***§2. L'affranchissement récurrent par rapport aux formes ordinaires à travers les évocations***

Selon les circonstances, la royauté déroge à l'ordre judiciaire fixe et stable que les ordonnances prétendent instituer. Cela se traduit par l'incorporation d'exceptions dans les sources royales ou les privilèges, ou bien par un usage récurrent des dispositifs exceptionnels, comme dans le cas des évocations. Ainsi, le discours justifiant le dispositif est de plus en plus systématisé (A), tandis que l'augmentation de son usage est dénoncée (B).

### ***A. La systématisation des arguments historiques et juridiques favorables aux évocations***

Du point de vue de la procédure, une différence est à noter entre les commissions créées *ex nihilo* et le dispositif des évocations. En effet, ces dernières supposent que la juridiction de renvoi est antérieure à l'affaire mais qu'elle n'est pas la juridiction « naturelle » selon les critères analysés précédemment – ce qui implique que l'examen de l'affaire est octroyé *a posteriori*. Alors que la création d'une commission de justice suppose l'attribution d'une *jurisdictio* claire (au moins en théorie), l'évocation ne serait pas opérante en ce cas. Cependant, une évocation peut être renvoyée en tout état de cause tant au tribunal ordinaire – composé d'officiers – qu'au tribunal extraordinaire – la commission<sup>1694</sup>. Si la magistrature décrie sans cesse la pratique, la royauté et ses thuriféraires cherche à systématiser ses fondements et utilise de fait très fréquemment les évocations, notamment aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles.

L'histoire de la législation concernant les évocations de propre mouvement est loin d'être uniforme. De même, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle les légistes déconseillent la pratique. Au XVII<sup>e</sup> siècle, Cardin Le Bret révèle l'entorse qu'elles entraînent, affirmant que « [les évocations] ne peuvent se faire que de la Souveraineté puissance, d'autant

---

<sup>1694</sup> Voir sur ce point : RICHOU, J., *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 3-32.

qu'elles sont une espèce de privilège qui se donnent contre l'ordre des Juridictions, *qui veut que chacun plaide devant son juge naturel* »<sup>1695</sup>.

L'ordonnance de 1669 renouvelle l'interdiction séculaire d'accorder des évocations générales mais elle laisse au Conseil du roi le soin de les accorder « pour très grandes & importantes occasions »<sup>1696</sup>. Sur cet article, Philippe de Bornier (†1711)<sup>1697</sup> fait une analyse intéressante : il affirme d'abord que le droit romain ne permet pas « que les parties soient tirées hors de leur Ressort & Jurisdiction ordinaire »<sup>1698</sup>. L'auteur avance deux raisons : d'un côté, il remarque « [qu'] on n'évoque pas dans l'espérance d'une meilleure justice, mais dans le dessein de vexer ceux contre qui l'on plaide » et de l'autre côté, que « c'est faire injure aux Cours d'où l'on évoque »<sup>1699</sup>. Il nuance par la suite ses propos : même si l'article semble déroger les évocations *de motu proprio*, celles-ci sont « une des marques de la puissance & de l'Autorité Royale [...], & l'on présume toujours que c'est pour des Justes considérations qu'ils le font »<sup>1700</sup>. À la même époque, néanmoins, le pamphlet *Les soupirs de la France esclave qui aspire à sa liberté...* considère que les évocations devant le Conseil du roi constituent l'un des moyens par lesquels les rois « ont secoué tout joug, & se sont mis en possession de régler eux seuls toutes les affaires du Gouvernement [...] »<sup>1701</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, plusieurs auteurs reconnaissent l'usage des évocations dites de grâce. L'exemple type est celui de Jean-Baptiste Paulin d'Aguesseau (†1784)<sup>1702</sup>. Il affirme qu'il s'agit d'un acte « de l'autorité souveraine du Prince », qui « émane de la volonté du Roi ». Il s'accorde par lettres patentes ou par arrêt du Conseil, et les exemples des *committimus* et des ordres religieux illustrent ces propos<sup>1703</sup>. Plusieurs textes sur la procédure décrivent de manière sommaire le dispositif, en insistant plutôt sur les évocations *récusation*<sup>1704</sup>. Cependant, la contestation systématique des parlements de cet usage conduit les défenseurs à peaufiner leurs arguments.

---

<sup>1695</sup> LE BRET, C., *Les œuvres de messire C. Le Bret...*, op. cit., p. 262 (nous soulignons).

<sup>1696</sup> Art. 1, Titre I. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 342. Voir l'analyse d'un cas concret de : HAUTEBERT, Joël, « L'affaire Boris Chevalier. Procès d'un magistrat sous le règne de Louis XIV », *RHDFE*, Vol. 77, No. 4 (octobre-décembre 1999), p. 519-531.

<sup>1697</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 143-144.

<sup>1698</sup> BORNIER, P., *Conférences des ordonnances de Louis XIV...*, op. cit., p. 379.

<sup>1699</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>1700</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>1701</sup> LE VASSOR, Michel, *Les soupirs de la France esclave, qui aspire après sa liberté*, [s.l.n.], 1689, p. 129.

<sup>1702</sup> Fils du chancelier d'Aguesseau, d'abord conseiller au parlement de Paris, puis maître de requêtes et enfin conseiller d'État en 1734.

<sup>1703</sup> D'AGUESSEAU, Jean-Baptiste Paulin, *Règlement du conseil, précédé de l'explication des différents articles compris dans chacun des chapitres...*, Paris, Moutard, 1786, p. 34-35.

<sup>1704</sup> LEYTE, G., « Les évocations, entre régulation juridique... », op. cit., p. 38-40.

Au milieu du siècle, un texte anonyme justifie historiquement et juridiquement les évocations. En effet, les *Lettres sur l'autorité du roi*<sup>1705</sup> sont une réponse très élaborée aux remontrances parlementaires contre elles. Reprenant l'*Histoire du droit public ecclésiastique* de René-Louis Voyer d'Argenson, le texte des *Lettres...* affirme que l'intérêt de les maintenir est d'abord politique : « en vue de la subordination, & pour marquer la Souveraineté, [les rois] ont dû se réserver le Droit d'évoquer à eux-mêmes telles Affaires qu'ils jugeraient à propos »<sup>1706</sup>. L'auteur démonte l'argumentation des rois, en affirmant que les ordonnances sont citées de façon « tronquées », « étrangement défigurées », « infidèles » et « fausses », insistant sur le fait qu'aucune d'entre elles n'a jamais affirmé que les évocations générales de propre mouvement pouvaient être limitées<sup>1707</sup>. Au contraire, il distingue le pouvoir « ordinaire exercé par le Conseil Privé sur les évocations » – réglé par les ordonnances –, et le « pouvoir absolu que le roi peut exercer par lui-même dans son Conseil d'en haut & par le ministère de ses secrétaires d'État, accordant des évocations sur des causes particulières à lui connues »<sup>1708</sup>. Il affirme en outre que la limitation des ordonnances « tombe bien moins sur les Arrêts du Conseil en évocation, que sur les cédules évocatoires »<sup>1709</sup>, et ce même en matière criminelle. Enfin, il pointe les contradictions de la rhétorique politique parlementaire<sup>1710</sup>.

À la même époque, un autre texte anonyme – il s'agit de la « Quatrième lettre » des *Lettres De Monseigneur l'Evêque d\*\*\* à Monseigneur l'Evêque d\*\*\* sur les Remontrances du Parlement de Paris...*<sup>1711</sup> – défend farouchement les évocations. Il précise certes qu'elles instillent un « soupçon de partialité, ou défiance de faiblesse du Juge », mais les qualifie de « nécessaires ». D'autant plus au sommet de la hiérarchie monarchique : « Les évocations au Roi & à son Conseil ont un autre avantage. La justice y est plus promptement rendue, il n'y a plus de chicane sur la compétence, si

---

<sup>1705</sup> *Lettres sur l'autorité du roi, du conseil d'État, et du chancelier de France, et la dépendance des Parlemens à leur égard*, [s.l.n.], 1754.

<sup>1706</sup> *Ibid.*, p. 47. La référence de l'ouvrage de d'Argenson est correcte : D'ARGENSON, René-Louis de Voyer, *Histoire du droit public ecclésiastique : où l'on traite de sa nature, de son établissement, de ses variations, et des causes de sa décadence*, Tome II, Londres Samuel Harding, 1737, p. 19.

<sup>1707</sup> *Ibid.*, p. 53-60.

<sup>1708</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1709</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>1710</sup> Par exemple, le fait que les parlements évoquent la protection de l'ordre et la police publique alors qu'ils contestent les évocations en raison de la bulle *Unigenitus*. Le parallèle avec les arguments parlementaires du XVI<sup>e</sup> siècle, relatifs aux protestants, est ainsi fait. En outre, l'absence de procureur général devant le Conseil du roi n'est guère une objection valable pour l'auteur. *Ibid.*, p. 60-66.

<sup>1711</sup> *Lettres De Monseigneur l'Evêque d\*\*\* à Monseigneur l'Evêque d\*\*\* sur les Remontrances du Parlement de Paris*, [s.l.n.], 1753-1754. La quatrième lettre est datée le 7 août 1753.

l'affaire intéresse le gouvernement, on y met ordre »<sup>1712</sup>. Il a pour effet de retourner l'argumentation des parlementaires : ce sont eux qui ont dépouillé souvent les juridictions inférieures. Il affirme ainsi que « toutes les ordonnances sur les évocations n'ont été faites que contre les parlements »<sup>1713</sup>. L'auteur déploie son argumentation avec quelques auteurs comme Le Caron et Bornier et rappelle que « le Prince dans un État monarchique, est le seul Juge né, le Juge universel et nécessaire tous ses sujets »<sup>1714</sup>. Le texte soulève surtout des questions relatives à l'usage récurrent des évocations :

« Combien d'évocations générales & d'attributions au Conseil pour l'Ordre de Cluny, de Citaux [*sic*], des Jésuites, des Officiers de la Maison du Roi, de la Maison Mazarin ? [...] Le Conseil ne casse-t-il pas tous les jours dans toutes sortes des causes des Arrêts des toutes les Cours souveraines ? A entendre les doléances & les déclamations des Parlementaires, on dirait que les évocations sont des phénomènes inconnus jusqu'à nos jours, que par une fatalité inouïe la Constitution a fait éclore, *tandis que c'est une chose journalière, de tous les temps, dans tout procès, pour toute sorte de personnes* [...] »<sup>1715</sup>

Louis Mannory (†1777)<sup>1716</sup> utilise un argument similaire, cette fois-ci pour contester l'opinion répandue selon laquelle les évocations de propre mouvement seraient interdites en Dauphiné. Il évoque la 440<sup>e</sup> question de Guy Pape ainsi que l'autorité de Pierre Rebuffe et de Guillaume Ranchin<sup>1717</sup> pour avancer l'opinion contraire ; à savoir : « *Evocatio est maxima imperii potestas. Ob id Rex, in hoc regno, servat sibi jus evocandi* »<sup>1718</sup>. Contredisant l'interprétation restrictive des ordonnances faite par Expilly, avocat général au parlement de Grenoble au début du XVII<sup>e</sup> siècle, il affirme que les ordonnances n'ont jamais consacré une telle interdiction, mais qu'elles ont plutôt réglé la forme<sup>1719</sup>. Ainsi, il conclut que « les évocations ont donc toujours eu

<sup>1712</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>1713</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1714</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

<sup>1715</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>1716</sup> Avocat au parlement de Paris, quelques éléments de sa biographie se trouvent dans : BERRYER, Pierre-Antoine, *Leçons et modèles d'éloquence judiciaire*, Paris, L'Henry et Cie., 1838, p. 260-261.

<sup>1717</sup> Les trois sont de juristes réputés des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles. Voir : CHABRAND, Louis, *Etude sur Gui Pape (1404 ?-1477)*, Paris, Sirey, 1912 ; FABRY, P., *L'État royal : Normes, justice et gouvernement...*, *op. cit.*, *passim* ; LESCUYER, Martin, « Guillaume Ranchin (1559-1605), érudit protestant et gallican. Sa bibliothèque et sa famille », *Bulletin de la Société de l'histoire du Protestantisme Français*, Vol. 145 (juillet-août-septembre 1999), p. 509-571.

<sup>1718</sup> MANNORY, Louis, *Plaidoyers et mémoires, contenant des questions intéressantes, tant en matières civiles, canoniques, & criminelles...*, Tome VII, Paris, Herissant, 1762, p. xliv-xlvi du Discours préliminaire.

<sup>1719</sup> *Ibid.*, p. 1-li.

leur exécution, même dans le Parlement de Grenoble »<sup>1720</sup>. Or ce constat théorique peut être attesté de manière pratique.

### ***B. Le diagnostic rétrospectif des dénonciateurs***

La justification dogmatique des évocations « de propre mouvement » ne suffit pas pour montrer l'ampleur du phénomène. Il est un corollaire, comme dans l'instauration des tribunaux extraordinaires *ad hoc*, des paradigmes de l'État monarchique. C'est plutôt du côté des dénonciateurs des évocations que l'on doit chercher les pistes pour montrer l'importance du phénomène ; d'autant que l'inventaire exhaustif des évocations pendant l'Ancien Régime dépasse le cadre de cette étude<sup>1721</sup>.

L'*Accord des principes et des loix, sur les évocations commissions & cassations*<sup>1722</sup>, d'Antoine-François-Claude Ferrand (†1825)<sup>1723</sup> dresse un inventaire des commissions extraordinaires de justice. Il commence au XV<sup>e</sup> siècle et finit au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, s'appuyant sur les registres du parlement qui évoquent les remontrances parlementaires ou les demandes des gens du roi concernant les évocations. Au total, plus d'une centaine d'exemples sont dressés<sup>1724</sup>, lesquels peuvent être divisés en trois catégories : les remontrances « générales » concernant les évocations ; celles relatives aux présidiaux et à l'interdiction d'évocation de leurs procès ; et celles relatives à une ou plusieurs évocations faites. Pour le XV<sup>e</sup> siècle, l'auteur énumère quatre évocations, principalement concernant certains évêchés<sup>1725</sup>. Pour le XVI<sup>e</sup> siècle, l'auteur dresse vingt exemples de remontrances parlementaires contre les évocations de manière générale, allant de 1511 à 1594, la plupart faite sous le règne d'Henri II. Deux concernent les évocations des présidiaux, de 1553 et 1554<sup>1726</sup>. Soixante-neuf sont relatives à une ou plusieurs évocations accordées par le roi ; la moitié faites sous le règne d'Henri II<sup>1727</sup>. Pour le XVII<sup>e</sup> siècle, l'auteur énumère trois

---

<sup>1720</sup> *Ibid.*, p. liii.

<sup>1721</sup> Par ailleurs, l'histoire du droit et de la justice est en manque d'une étude approfondie, tant quantitative que qualitative, sur les évocations de propre mouvement.

<sup>1722</sup> FERRAND, Antoine-François Claude, *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions & cassations*, [s.l.n.], 1789. La première édition est de 1786.

<sup>1723</sup> Magistrat du parlement de Paris jusqu'à la Révolution (sauf pour la période de la réforme Maupeou), il est partisan des réformes de Lamoignon.

<sup>1724</sup> FERRAND, A.-F.C., *Accord des principes et des loix, sur les évocations...*, *op. cit.*, p. 115-146, il s'agit des exemples contenus dans la note de bas de page n° 69.

<sup>1725</sup> *Ibid.*, p. 115-116.

<sup>1726</sup> Elles sont bien évidemment liées à l'instauration récente à l'époque des sièges présidiaux.

<sup>1727</sup> FERRAND, A.-F.C., *Accord des principes et des loix, sur les évocations...*, *op. cit.*, p. 116-140.

remontrances contre les évocations de manière générale et huit qui remontent sur une ou plusieurs évocations spécifiques<sup>1728</sup>.

Le parlement de Paris élabore en 1731, à la demande du chancelier d'Aguesseau, une liste des évocations faites depuis 1718<sup>1729</sup>. Il énumère quarante évocations dont la plupart faite entre 1726 et 1730. En outre, on constate que la majorité de ces évocations est faite par arrêts du Conseil du roi, les lettres royales étant utilisées seulement dans huit cas<sup>1730</sup>. On peut dès lors comprendre le désarroi des parlementaires qui en seulement quatre ans ont vu le nombre d'évocations augmenter dans des proportions considérables, comme autant de contournements, à leurs yeux, des formes légales.

Ces deux exemples donnent un aperçu minime de la réalité des évocations. Au sein du ressort du parlement de Paris, elles se comptent à cinq ou six pour certaines années. Si les ordonnances mettent sur leur caractère exceptionnel, l'usage répété ne peut que créer un discours de méfiance autour du dispositif. La royauté, elle, argue la convenance politique, l'efficacité technique des évocations ou l'urgence de l'affaire. Sur ces derniers points, même la doctrine procédurale reconnaît que la nécessité peut dans l'absolu écarter les formes judiciaires, y compris parfois même pour les juges<sup>1731</sup>.

Les garanties judiciaires que les ordonnances consacrent et que la doctrine procédurale souligne se heurtent à la « prérogative » du pouvoir souverain. Celui-ci les affaiblit principalement par de considérations *politiques*<sup>1732</sup>. Or les obstacles aux garanties judiciaires ne sont pas seulement intrinsèques – c'est-à-dire, générés par le pouvoir souverain, auteur d'une procédure dont il est aussi le garant –, mais aussi extrinsèques : les « utilisateurs » de la procédure peuvent eux-aussi la détourner de ses finalités.

---

<sup>1728</sup> *Ibid.*, p. 140-146.

<sup>1729</sup> FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome I, p. 645-650.

<sup>1730</sup> Cinq fois est énoncé qu'il s'agit de « lettres d'évocation » (10 juin et 3 août 1718, mars 1719, 21 février 1721, 9 novembre 1726), trois fois qu'il s'agit de « lettres patentes » (1718, 1726, 1730), *ibid.*, *passim*.

<sup>1731</sup> « Ils peuvent [les magistrats] bien passer aucunesfois [*sic*] par-dessus quelque formalité, comme par-dessus appellations, ou récusations frivoles ; juger à autres heures, & lieux que de coutume, s'il est question (ainsi que dit Ulpian) d'apaiser quelque sédition & émotion dangereuse, ou pour autre nécessité urgente qui peut s'offrir ». AYRAULT, P., *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire...*, *op. cit.*, p. 42, §3.

<sup>1732</sup> Contrairement à ce que pense Jean-Fabien Spitz sur les prérogatives en droit anglais, les prérogatives du roi de France en matière d'ordre judiciaire sont nécessairement *contra legem*, car elles supposent non pas l'indétermination juridique des phénomènes, mais bien la transgression des normes qui déterminent le cheminement du procès judiciaire. Voir : SPITZ, Jean-Fabien, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris, PUF, 2001, p. 119.

## Section 2. Un système judiciaire sujet aux procéduriers

La complexité de l'appareil de justice d'Ancien Régime est constatée non seulement par des historiens de la justice, mais aussi par des commentateurs de l'époque. Dresser un panorama de l'organisation judiciaire de la monarchie permet d'en comprendre l'enchevêtrement, mais ne suffit pas à expliquer les raisons pour lesquelles la multiplication de formalités représente un risque pour les garanties judiciaires. La diversité de juridictions conjuguée avec le pluralisme juridique est problématique pour qui recherche l'idée d'un « droit aux formes juridiques », car deux questions découlent naturellement : de quoi ce « droit » se compose-t-il ? et encore, qui a le droit d'interpréter ce « droit » ? Au fond, l'enjeu des formalités vise à équilibrer l'efficacité de la justice avec une protection minimum des justiciables.

La doctrine procédurale est partagée : autant « les formes l'emportent sur le fond », autant les auteurs pointent les risques d'une procédure trop complexe, notamment en raison de l'usage abusif que pourraient en faire les parties. La *scientia juris* est à ce titre une arme à double tranchant : le juriste peut autant éclairer le juge qu'obscurcir sa compréhension du sujet ou de l'affaire ; il peut aussi bien aider à « dévoiler » la vérité qu'à la cacher ; il peut, enfin, être un auxiliaire de la justice autant que son fléau.

La complexité du système judiciaire fait apparaître deux faiblesses principales : la première est que la pratique judiciaire est disparate (§1). Cela implique naturellement un réquisitoire contre l'esprit de chicane que les acteurs de la procédure peuvent développer, et qui aboutirait à une interprétation erronée de l'idée d'un « droit aux formes juridiques » (§2).

### §1. Une pratique judiciaire disparate

La rationalité sous-jacente à la consolidation de l'État monarchique est contraire à celle que la Révolution française inaugure. La construction du pouvoir monarchique en tant que puissance publique souveraine est faite à rebours des acteurs qui expriment, eux aussi, une puissance politique que les thuriféraires du pouvoir monarchique évitent

de qualifier de « légitime » et encore moins de « souveraine »<sup>1733</sup>. La normativité d'Ancien Régime étant le fruit de négociations, elle est bigarrée et débouche en une pratique judiciaire disparate qui affaiblit l'idée de garanties judiciaires. Elle se manifeste dans la difficulté qu'éprouve la doctrine pour systématiser l'organigramme judiciaire (A), et dans la démultiplication de styles de procédure (B).

### **A. La multiplication des juridictions compétentes : la doctrine à l'épreuve de l'*imbroglio* judiciaire**

Si le premier droit d'un particulier à l'égard de la procédure de justice est d'accéder à un juge « compétent »<sup>1734</sup>, la complexité de l'administration judiciaire sous l'Ancien Régime constitue un obstacle majeur à sa garantie. En ce sens, l'arbre de justice de Charles de Figon – sorte d'organigramme de la justice dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle – est un reflet éloquent, malgré les inexactitudes, de l'enchevêtrement des juridictions<sup>1735</sup>. Il a le mérite de mettre en lumière la difficulté à représenter de manière systématique l'ensemble de la justice royale. À l'évidence, les caractéristiques d'un système contemporain ne seraient pas plus simples à mesurer, car la spécialisation des juridictions, par la tendance à ramifier l'organigramme de la justice, tend à le complexifier davantage. Pour autant, ce n'est pas seulement cette complexité qui produit l'incertitude chez les sujets du roi, mais plutôt l'absence de délimitation claire du périmètre des juridictions, ce qui a pour effet l'affaiblissement de l'idée d'un droit « subjectif » à l'égard de la détermination du juge compétent.

Présenter le dédale des juridictions d'Ancien Régime et leur évolution dépasse le cadre de cette étude ; il est possible toutefois d'exposer la doctrine qui, reflétant les vœux de la législation, prétend rendre intelligible l'*imbroglio* judiciaire de l'époque.

---

<sup>1733</sup> Les ouvrages de Charles Loyseau sont une première systématisation du pouvoir politique, avec une hiérarchisation. Voir ses trois ouvrages *Traité des seigneuries*, *Traité des ordres et simples dignités*, et *Traité des offices* ainsi que l'analyse de : BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, *Aux origines de l'État moderne : Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1977, p. 113-117.

<sup>1734</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1.

<sup>1735</sup> Voir en annexe 1 : *Arbre des Estats et Offices de France*, par Charles de Figon Conseiller du Roy, & maistre ord. en la chambre des Comptes à Montpellier. *Discours des États et Offices tant du gouvernement que de la justice et des finances de France, contenant une brève description de la juridiction et connaissance et de la charge particulière de chacun*, Paris, Guillaume d'Avray, 1579. Pour l'analyse, voir : LE ROY LADURIE, Emmanuel, « L'arbre de justice : un organigramme de l'État au XVI<sup>e</sup> siècle », *Revue de la Bibliothèque nationale*, n°18, 1985, p. 18-35 ; ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, « Le grand-justicier et l'arbre de justice : considérations sur la "justice retenue" sous l'Ancien Régime », *Histoire, écologie et anthropologie. Trois générations face à l'œuvre d'Emmanuel Le Roy Ladurie*, Paris, Presses Universitaires Paris Sorbonne, 2011, p. 389-397.

L'organigramme de la justice d'Ancien Régime dépasse la division chronologique d'avant et après les ordonnances civile et criminelle de Louis XIV. Les attributions de compétence aux juridictions sont en effet disséminées dans un amas de dispositions royales, de réglementations jurisprudentielles et de coutumes territoriales. Parvenir à une vision d'ensemble du système judiciaire nécessite de faire appel à la doctrine procédurale.

En effet, ce sont avant tout les ouvrages des praticiens qui permettent d'« entrer dans la matière ». Il existe deux manières assez différentes de présenter la procédure chez ces auteurs : soit à travers une présentation chronologique du procès où sont déroulées d'abord les actions et les premiers moments de la procédure – l'ajournement en matière civile, la plainte ou dénonciation en matière pénale/criminelle<sup>1736</sup> ; soit à travers la description des juridictions concernées et les critères de détermination de la compétence. Si dans certains ouvrages la distinction entre ces deux manières de présenter le sujet n'est pas nécessairement réalisée, nous allons nous intéresser à la seconde pour mettre en lumière le caractère composite de l'ordre judiciaire. Nous retiendrons essentiellement l'exposé des ouvrages de Couchot († début du XVIII<sup>e</sup> siècle)<sup>1737</sup>, François Desmaisons, François Lange, Jacques Gauret (†17 ??)<sup>1738</sup> et Eustache-Nicolas Pigeau, qui évoquent par ailleurs principalement l'organigramme de la justice dans le ressort du parlement de Paris<sup>1739</sup>.

La *summa divisio* de la *jurisdictio* concerne les puissances « par lesquelles les peuples sont régis et gouvernés »<sup>1740</sup> : ecclésiastique et séculière. La première appartient aux évêques, archevêques et primats, et découle directement de Dieu aussi bien que du roi « comme grâce et privilège accordé à l'Église »<sup>1741</sup>. La seconde

---

<sup>1736</sup> Voir, entre autres : BERNARD, Claude, *La pratique civile et criminelle, des cours souveraines, et présidiaux de France...*, op. cit. ; LE BRUN DE LA ROCHETTE, C., *Le procès civil et criminel...*, op. cit. ; LE PAIN, *Le praticien françois, ou Livre auquel sont contenues les plus fréquentes et ordinaires Questions de Pratique...*, op. cit. ; *Praticien françois, contenant Grand nombre d'instructions très nécessaires pour la pratique des Cours de France...*, Paris, Besongne, 1654 ; SARDIER, *Le stile de procéder en tous les bailliages, Seneschausées & Sièges Presidiaux de ce Royaume, tant en matiere Civile que Criminelle & Beneficiale*, Paris, Rousset, 1617.

<sup>1737</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 276.

<sup>1738</sup> Conseiller du roi, les informations biographiques sont pratiquement inexistantes.

<sup>1739</sup> Les ouvrages analysés sont : COUCHOT, *Le praticien universel ou le droit françois...*, op. cit., Tome I ; DESMAISONS, F., *Le parfait praticien françois, contenant la matière de traiter les questions les plus fréquentes du Palais...*, op. cit. ; GAURET, Jacques, *Stile du Conseil du Roy, suite du stile universel pour l'instruction des Matières Civiles & Criminelles*, Paris, Les Associés, 1700 ; JOUSSE, D., *Traité de la justice criminelle de France...*, Tome I, op. cit. ; LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale...*, op. cit. (édition de 1694) ; PIGEAU, E.-N., *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires...*, op. cit. Par commodité de lecture, dans les développements de la sous-section lorsqu'il y aura comparaison entre les ouvrages, nous allons mettre entre parenthèse les pages citées après le nom de chaque auteur.

<sup>1740</sup> LANGE, F., *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale...*, op. cit., p. 1. La juridiction ecclésiastique ne sera pas étudiée.

<sup>1741</sup> *Ibid.*, p. 1.

appartient au roi ou aux seigneurs auxquels la concession expresse ou tacite de leur souverain a été faite. Elle est divisée en ordinaire et extraordinaire, mais les auteurs rappellent que la justice seigneuriale ne peut qu'être ordinaire<sup>1742</sup>.

La justice seigneuriale est classiquement divisée en trois degrés : basse, moyenne et haute. Le bas justicier est limité *ratione materiæ* et selon le montant des sommes qui sont en jeu. Sur ces critères les auteurs sont concordants au civil : le juge connaît seulement les actions personnelles jusqu'à 60 sols parisis<sup>1743</sup>. En matière pénale, trois auteurs affirment qu'il peut connaître seulement les délits susceptibles d'amende jusqu'à 10 sols parisis, Couchot dit 6 sols parisis, Gauret 7 sols 6 deniers<sup>1744</sup>. Sur le bas justicier, l'aveu de diversité de François Desmaisons doit être relevé : « Il y a quelques Coutumes en France heterentes [*sic*] du Droit commun [...], qui attribuent aux bas Justicier la connaissance de toutes matières civiles sans distinction, & la connaissance des causes criminelles, dont les amendes n'excèdent soixante sols »<sup>1745</sup>.

Le moyen justicier dispose d'une compétence plus étendue en matière civile. Il connaît des actions réelles, personnelles et mixtes relevant de son ressort sans que soit fait mention des seuils relatifs au montant de l'amende. En matière criminelle, il peut connaître des délits dont l'amende n'excède 60 sols parisis<sup>1746</sup>. Il est chargé en outre de la décision des tutelles et des curatelles, des délimitations de bornes entre les sujets du ressort et des amendes pour non-paiement du cens<sup>1747</sup>.

Quant au haut justicier, il possède naturellement une compétence « de droit commun » dans le ressort du seigneur : il peut prendre en charge toute matière civile (réelle, personnelle, hypothécaire ou mixte) entre les sujets de la seigneurie, certaines

---

<sup>1742</sup> Couchot (p. 27), Gauret (p. 4).

<sup>1743</sup> Sauf Gauret (p. 5) qui dit jusqu'à 3 livres 15 sols, ce qui est équivalent, tel que l'affirme Jousse (p. 189).

<sup>1744</sup> Pigeau (p. 88), Desmaisons (p. 3) et Lange (p. 23) retranscrivent ou réfèrent l'article 18 de la coutume de Paris tel qu'il apparaît dans l'ouvrage de Jean Bacquet. BACQUET, Jean, *Traité des droits de Justice Haute, Moyenne et Basse*, dans : *Les œuvres de M<sup>e</sup> Jean Bacquet...*, Tome I, Lyon, Duplain, 1744, p. 3. Jousse (p. 189) renvoi à son ouvrage *Traité de la justice criminelle*. En outre, ils réfèrent tous la compétence pour mesurer et mettre bornes entre leurs sujets, de leur consentement, en matière d'héritage ; de connaître de la censive et les amendes en raison du cens. Couchot (p. 31) explique davantage ces compétences.

<sup>1745</sup> Desmaisons (p. 3). Jousse (p. 190) en dit de même : « Il y a des basses-Justices, dont les droits sont plus étendus que ceux dont on vient de parler, par des Coutumes ou des concessions particulières [...] ». Couchot (p. 32) donne un conseil : « Quiconque voudra connaître à fond les justices seigneuriales doit principalement lire Bacquet [...], Loiseau au Traité des Seigneuries, & Coquille en son Institution au droit des Français, titre Droits de Justice. *Par-dessus tout cela il faut étudier les Coutumes* » (nous soulignons).

<sup>1746</sup> Gauret (p. 5), dit que l'amende ne peut pas excéder trois livres quinze sols.

<sup>1747</sup> Pigeau (p. 88) retranscrit les articles de la coutume de Paris ; Desmaisons (p. 4-5), Lange (p. 23-24), Couchot (p. 32-34) et Gauret (p. 5-6), Jousse (p. 190-191) font la paraphrase.

matières de droit féodal<sup>1748</sup> et de police<sup>1749</sup>. En matière criminelle, il connaît de tous les cas, à l'exception des cas royaux.

La justice royale est classifiée, nous l'avons évoqué précédemment, en justice ordinaire et extraordinaire<sup>1750</sup>. La première est de droit commun : « celle dont les Officiers connaissent de toutes sortes de matières, tant civiles que criminelles, & entre toutes sortes de personnes » ; la seconde d'attribution : « celles dont les Officiers ne connaissent que de certaines matières, ou ne connaissent des matières ordinaires qu'entre certaines personnes privilégiées »<sup>1751</sup>.

La juridiction ordinaire est divisée, elle aussi, en trois degrés. Le plus bas est occupé par les prévôts (vicomtes, châtelains, ou viguiers selon les régions)<sup>1752</sup>. Leurs compétences *ratione personæ* sont limitées aux roturiers, les gentilhommes peuvent en effet demander le renvoi au juge royal du deuxième degré. Ils peuvent connaître de toutes matières civiles, personnelles, réelles, et mixtes sans précision quant au montant. En matière criminelle, ils disposent également d'une compétence de droit commun en première instance, sauf pour les délits et crimes attribués aux baillis et sénéchaux<sup>1753</sup>. À ce stade, Couchot avoue :

« [Qu'il] serait impossible de distinguer précisément toutes les différentes matières dont la connaissance appartient aux Juges concurremment ou privativement, à cause des changements qui arrivent par les nouvelles créations d'Offices & par les nouvelles attributions qui se donnent aux uns à l'exclusion des autres. »<sup>1754</sup>

Le deuxième degré est occupé par les baillis et sénéchaux. Leur fonction principale consiste à occuper le rôle de juges d'appel des décisions des prévôts et des

---

<sup>1748</sup> Couchot (p. 34-35) s'attarde sur ces questions : le haut justicier juge les causes des Nobles qui sont leurs justiciables, dîmes inféodées, certaines matières bénéficiales, plaintes de réintégrandes en matière profane, domaines, droit et revenus ordinaires de la seigneurie.

<sup>1749</sup> Pigeau (p. 87) évoque l'interdiction de traiter les matières d'aides, eaux et forêts, mais il ajoute que certaines justices seigneuriales ont la compétence sur les deux dernières : « c'est en vertu d'une concession spéciale, qui leur a été faite postérieurement à celle de la Justice ordinaire, sur un édit de 1708, lequel a réuni aux Justices des Seigneurs, des Justices établies l'année d'auparavant, pour raison des Eaux & Forêts. Le Roi a imposé une finance à cette concession ; ainsi, ceux qui ne l'ont pas payée, ne peuvent en user ».

<sup>1750</sup> Il ne faut pas confondre cette distinction avec celle de procédure ordinaire/extraordinaire exposée précédemment (chapitre 2, section 2, §1). De même, il faut préciser que la reddition de la justice ordinaire est toujours faite par les officiers de justice ; alors que justice extraordinaire peut être attribuée tant aux officiers qu'aux commissaires.

<sup>1751</sup> Lange (p. 35).

<sup>1752</sup> Lange (p. 36), Couchot (p. 37), Gauret (p. 9), Jousse (p. 222 et s.). Pigeau et Desmaisons n'en dédient pas un paragraphe.

<sup>1753</sup> Lange (p. 36-37) fait mention de l'Édit de Cremieu de 1536 ; Couchot (p. 38-39) réfère la *Grande Conférence des ordonnances et édits royaux...*, de Pierre Guenois et le *Recueil general des edicts, arrests, et reglemens notables...* de Jean Filleau.

<sup>1754</sup> Couchot (p. 39).

hauts justiciers seigneuriaux. En première instance, ils connaissent des causes personnelles, possessoires et criminelles des nobles, de quelques matières de droit féodal<sup>1755</sup>, des foires, des tutelles et curatelles, des causes des églises de fondation royale, des crimes de lèse-majesté, de la vérification des lettres « de clémence »<sup>1756</sup>, entre autres. Ils peuvent, en outre, s'occuper par prévention des crimes dont les prévôts des maréchaux sont compétents<sup>1757</sup>.

Le troisième degré de la justice ordinaire est qualifié de souverain ou supérieur. Si les auteurs mentionnent l'existence de plusieurs cours souveraines et conseil supérieurs, ils abordent plus en détail les fonctions et la compétence du parlement de Paris. Ce dernier est en charge des appels en dernier ressort sur son territoire. Il a aussi la compétence en première instance sur certaines causes jugées dans la grande chambre : premièrement, celles dans lesquelles le procureur général est partie « pour les droits du roi & de la couronne, & des terres qui sont tenues en apanage »<sup>1758</sup> ; deuxièmement, le « pétitoire des bénéfices qui auront vaqué en régale » ; troisièmement, les procès criminels « des pairs de France, des principaux officiers de la couronne, des présidents & des conseillers de la cour » ; quatrièmement, les affaires criminelles des ducs et pairs de France, « pour raison de leurs pairies » ; cinquièmement, le grand bureau des pauvres ; enfin, l'hôpital général de Paris et « autres personnes et communautés qui ont droit de plaider en première instance, soit en la Grande Chambre du Parlement de Paris, ou aux autres Cours de Parlement »<sup>1759</sup>.

Outre les trois degrés de la justice ordinaire, il convient de préciser que la juridiction des présidiaux vient s'ajouter au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle à l'organigramme. Couchot l'expose dans le chapitre dédié à la justice royale ordinaire, alors que les autres auteurs consacrent un chapitre séparé à ce sujet<sup>1760</sup>. À première vue, les auteurs semblent être d'accord sur le fait qu'il s'agisse d'une juridiction d'appel. Néanmoins, Daniel Jousse dans son *Traité de la juridiction des présidiaux*, estime que ceux-ci

---

<sup>1755</sup> Réception de foi et hommage, toutes les causes que concernent les fiefs, cens et rentes seigneuriales, fouage, lots, ventes, saisines et amendes, ban et arrière-ban. La liste des fonctions est plus complète chez Gauret (p. 12-13) ; voir aussi celles de Couchot (p. 3-5), Lange (p. 43-44) qui s'amuse à évoquer les anciennes compétences des baillis et sénéchaux. Desmaisons (p. 11-12) est plus hésitant quant aux fonctions, il évoque davantage l'édit de Cremieu et rappelle que bien que les baillis et sénéchaux soient juges du domaine du roi, ils ne sont pas compétents pour les tailles, aides, gabelles et autres impositions.

<sup>1756</sup> Voir *supra*, p. 325-326.

<sup>1757</sup> Gauret (p. 13).

<sup>1758</sup> La liste et les citations du paragraphe sont issues de Gauret (p. 15-16), Lange (p. 102-103) et Desmaisons (p. 81-82) en font de même ; Couchot rajoute quelques autres personnes : le corps de l'université, les jurés vendeurs de marée (p. 126-128).

<sup>1759</sup> Il faudrait une étude complémentaire pour contraster les compétences du parlement de Paris avec celles des parlements de province.

<sup>1760</sup> Daniel Jousse affirme que les présidiaux « ne sont extraordinaires qu'improprement dits, & qui tiennent au milieu entre les ordinaires & les extraordinaires : ce sont ceux qui connaissent de toutes sortes de matières, mais avec limitation [...]. Tels sont les Juges Présidiaux, le Juge Auditeur du Châtelet de Paris, le Siège des Causes de 48 l. du Châtelet d'Orléans, etc. »

peuvent être juges de première instance « de la même manière, & entre les mêmes personnes que les Baillis & Sénéchaux Royaux, des Causes qui sont dans les cas de l'Edit des Présidiaux »<sup>1761</sup>. En appel ou en première instance, ils jugent en dernier ressort toutes causes dont le montant est déterminé à 250 livres ou à 10 livres de rente annuel ; et nonobstant l'appel, les causes dont le montant est déterminé à 500 livres payés par provision ou à 20 livres de rente annuel<sup>1762</sup>. En matière criminelle, ils peuvent juger en dernier ressort des cas prévôtaux<sup>1763</sup>. Si cette juridiction est présentée comme un moyen de décharger les parlements – et en ce sens elle contribue à la célérité de la justice –, Daniel Jousse signale les difficultés de cet enchevêtrement : « quoique les bornes de leur pouvoir soient fixées par la Loi de leur création, le point de séparation est si facile à passer, qu'il peut arriver [...] qu'à l'abri des conséquences qui paraissent résulter de la Loi, les Juridictions entreprennent les unes sur les autres »<sup>1764</sup>.

La justice extraordinaire est classée *ratione materiae* – la juridiction est attribuée en raison de la matière objet du litige –, et *ratione personae* – la juridiction est compétente pour les cas de certains privilégiés<sup>1765</sup>. Si la division a une valeur didactique, force est de constater qu'elle n'est pas tranchée, car plusieurs juridictions extraordinaires relèvent à la fois des deux critères. Quoi qu'il en soit, les auteurs en énumèrent une vingtaine : juridiction des Conservateurs des privilèges des universités, des maîtres des requêtes de l'hôtel, des maîtres des requêtes du palais, du bailli du palais, du trésor et du domaine du roi, des eaux et forêts et des sièges des grands maîtres et de la table de marbre, de la connétablie et maréchaussée de France, de l'amirauté de France, des consuls des marchands, du prévôt des marchands et des échevins de la ville de Paris, des prévôts des maréchaux, des maîtres des ports et juges des traités, du grand panetier, des maçons, du conservateur des foires, du grand prévôt de l'hôtel, de la Cour des monnaies, des élus, de la gabelle et des officiers du grenier à sel, de la Cour des aides, du Grand Conseil, de la Chambre des comptes, du Conseil privé du roi<sup>1766</sup>. De ce

---

<sup>1761</sup> JOUSSE, Daniel, *Traité de la juridiction des Présidiaux tant en matière civile que criminelle*, Paris, Debure, 1775, p. 2-3.

<sup>1762</sup> Gauret (p. 59), Lange (p. 52), Couchot (p. 43), Desmaisons (p. 13).

<sup>1763</sup> Gauret (p. 59) précise cette compétence : « [Les prévôtaux jugent] des cas Prévôtaux aussi en dernier Ressort, préférablement aux Prévôts des Maréchaux, Lieutenants Criminels de Robe-Courte, Vice-Baillis, Vice-Sénéchaux, s'ils ont décrété, ou avant eux, ou le même jour ».

<sup>1764</sup> JOUSSE, D., *Traité de la juridiction des Présidiaux...*, *op. cit.*, p. iii (première page de l'avertissement).

<sup>1765</sup> Gauret dans la Table de matières les divise en : « Juges extraordinaires, qui ne connaissent de quelques matières de la juridiction ordinaire entre privilégiés seulement, dont les appellations se relèvent au Parlement » et « Juges extraordinaires, qui ne connaissent de certaines matières entre toutes sortes de personnes, dont les appellations se relèvent aussi aux parlements ».

<sup>1766</sup> Voir les tables de matières des ouvrages référées *supra*, dans la note de bas de page n° 1739. Sur les fonctions judiciaires des maréchaux : EL HAGE, Fadi, « Les maréchaux de France et la confusion des pouvoirs dans la monarchie française à l'époque moderne », *RHDFE*, Vol. 89, No. 3 (juillet-septembre 2011), p. 359-375.

fait, toute prétention visant à rendre le système intelligible se heurte rapidement aux exceptions.

La classification de Pigeau est à ce titre exemplaire pour caractériser les difficultés de systématisation. Il divise les juridictions en six « branches » avec comme critère principal les cours jugeant en dernier ressort<sup>1767</sup>. Par la suite il établit deux règles générales : celle du domicile du demandeur (*actor sequitur forum rei*), et du respect des degrés de juridictions. Or celles-ci souffrent de plusieurs exceptions : premièrement, les étrangers et les domestiques peuvent être assignés devant la juridiction dont dépend leur lieu de domicile. Deuxièmement, « en faveur des personnes, corps & communautés, à qui le Prince, ou l'usage a donné le droit de plaider, en première instance devant un Tribunal » (*committimus* et garde-gardienne). Troisièmement, « en faveur des pauvres qui par leur misère ne sont pas en état de supporter les frais de procédures qu'occasionnerait la nécessité d'essayer ces différents degrés ». Quatrièmement, l'attribution que les rois font « *de plano* à leurs Cours souveraines & autres Juges ». Cinquièmement, dans les cas d'appel, « lorsqu'on veut former une demande qui tient à une autre pendante dans un tribunal ; la seconde doit y être portée aussi »<sup>1768</sup>. Daniel Jousse dédie aussi un long paragraphe aux règles d'établissement de la compétence en première instance avant d'énumérer les exceptions : outre les privilèges de *committimus*, de garde-gardienne et en raison de la matière (dont réelle, bénéficiale, d'hérédité, de reddition de compte, de tutelle, de reconnaissance de promesse, de police, consulaire, entre autres), il évoque l'exception des sceaux attributifs de juridiction du Châtelet de Paris, d'Orléans et de Montpellier<sup>1769</sup>. Enfin, le *Dictionnaire* de Brillou, établit un constat embarrassant lorsqu'il définit l'état des tribunaux :

« Rien n'est plus difficile que de décrire exactement l'état des tribunaux en France [...] ; de déterminer incontestablement leur ressort, leur attribution, leur consistance. Les états, les villes, la législation, l'administration, la justice, tout a eu un principe faible, des progrès lents & obscurs ; tout se soutient par l'ensemble ; *mais l'ordre quel est-il ?* »<sup>1770</sup>

---

<sup>1767</sup> Conseil du roi, Parlements et Conseil Supérieurs, Chambres de Comptes, Grand Conseil, Cours des Aides, Cour des Monnaies. Chapitre 5, Titre premier, Première partie, Livre II, p. 89 et ss. Voir l'annexe 2.

<sup>1768</sup> Pigeau (p. 95-100).

<sup>1769</sup> Jousse (p. 327-354).

<sup>1770</sup> *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillou*, Tome III, *op. cit.*, p. 4 (nous soulignons).

Au fond, les difficultés relatives à la détermination de la compétence sont le signe d'une conception particulière de la justice sous-entendant que celle-ci est une « prérogative ». Aujourd'hui l'accès à la justice est considéré comme un droit du justiciable. Sous l'Ancien Régime, au contraire, la doctrine insiste sur le fait que l'officier, seigneurial ou royal, dispose d'un « droit de justice » issu de la coutume dans le premier cas, ou accordé par les ordonnances dans le second<sup>1771</sup>. Pour la justice de proximité cette conception apparaît de manière évidente : Couchot enjoint aux prévôts de « protéger » leur juridiction et préconise de recueillir soigneusement « toutes les lois qui servent à maintenir [leur] Juridiction »<sup>1772</sup>. Pour les justices d'appel, le règlement des juges illustre cette conception de la justice, car il est parfois perçu comme une fonction de « conservation des droits »<sup>1773</sup> du juge de l'appel. Le justiciable est relégué au second plan car ce qui l'emporte pour les juges est la conservation de leur « prérogative ». Une telle conception est bien évidemment aux antipodes d'un droit subjectif d'accès au juge et *a fortiori* du « droit au procès ».

La doctrine s'efforce de garantir l'intelligibilité de la justice dans la monarchie en l'assimilant principalement aux sources « officielles » de la royauté. Cependant, les auteurs reconnaissent à maintes reprises l'importance des usages dans la détermination de la compétence. À cette complexité des juridictions s'ajoute celle de la procédure, qui est susceptible de varier en fonction des « styles » des parlements.

---

<sup>1771</sup> Brillion l'affirme clairement : « C'est [...] une des faiblesses de l'humanité que les tribunaux combattent comme des coqs, sur le privilège de rendre la justice ; & que les juges ont presque tous le préjugé qu'ils doivent accroître leur juridiction, & pour cela, ne jamais douter de leur compétence [...] ». *Ibid.*, p. 4. Or le souci de contrôler les exceptions d'incompétence est permanent : VOUTYRAS-PIERRE, Anne-Marie, « L'exception d'incompétence sous l'Ancien Régime (avril 1667-août 1789) : une norme hybride dans une organisation juridictionnelle complexe », *RHDFE*, Vol. 74, No. 1 (janvier- mars 1996), p. 45-71.

<sup>1772</sup> Couchot (p. 39). Par exemple, il incombe au bas justicier seigneurial de demander à ses supérieurs (moyen ou haut justicier) le renvoi d'une cause dont il peut prouver que la compétence lui appartient.

<sup>1773</sup> C'est le cas du Grand Conseil, qui est le tribunal « conservateur » de la juridiction des présidiaux.

## ***B. L'impossible uniformité de la procédure***

Les ordonnances de Louis XIV donnent un cadre général et assez uniforme de la procédure à suivre en matière civile et criminelle<sup>1774</sup>. Pourtant, elles reconnaissent explicitement quelques exceptions et particularismes de certaines juridictions. À titre d'exemple, dans l'ordonnance criminelle, le châtelet de Paris conserve son « usage » d'informer les accusés qu'ils seront jugés en dernier ressort au cours de leur dernier interrogatoire sur la sellette, et ce malgré les oppositions des magistrats et des gens du roi, affirmant que « c'est un désordre qui a été réformé par les Arrêts »<sup>1775</sup>.

La procédure appliquée dans les différents ressorts des parlements est loin d'être uniforme. Concernant la justice seigneuriale, la rédaction des coutumes cristallise la diversité ; mais la pratique judiciaire, tant seigneuriale que royale, entérine également les particularismes.<sup>1776</sup> Afin de les constater, ne serait-ce que de manière générale, et les illustrer, nous nous en référons à quelques ouvrages qui commentent les ordonnances civile et criminelle. D'une part, celui de Daniel Jousse qui appuie ses commentaires principalement sur le style du parlement de Paris<sup>1777</sup>. D'autre part, celui François Boutaric (†1733)<sup>1778</sup> qui confronte les ordonnances avec la pratique principalement dans le ressort du parlement de Toulouse<sup>1779</sup> et celui de François Serpillon, qui les compare davantage avec la pratique du parlement de Bourgogne<sup>1780</sup>.

---

<sup>1774</sup> Le préambule de l'ordonnance civile de 1667 insiste sur ce point : « c'est pourquoi ayant reconnu par le rapport des personnes de grande expérience, que les Ordonnances sagement établies par les Rois nos prédécesseurs pour terminer les procès, étaient négligées ou changées par les temps & la malice des Plaideurs que même elles étaient observées différemment en plusieurs de nos Cours, ce qui causait la ruine des familles, par la multiplicité des procédures, les frais des poursuites & la variété des Jugements, & qu'il était nécessaire d'y pourvoir, & rendre l'expédition des affaires plus prompte, plus facile & plus sûre par le retranchement de plusieurs délais & actes inutiles & par l'établissement d'un style uniforme dans toutes nos Cours & Sièges », ISAMBERT, Tome XVIII, p. 105.

<sup>1775</sup> *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi...*, op. cit., p. 42. L'article 9 du titre I de l'ordonnance criminelle inclut également une exception concernant l'interdiction de prévention des baillis et sénéchaux à l'égard des juges subalternes et non royaux de leur ressort : « N'entendons néanmoins déroger aux Coutumes à ces contraires. Ni à l'usage de notre Châtelet de Paris ». ISAMBERT, Tome XVIII, p. 373. Daniel Jousse explique que « l'usage dont il est parlé en cet article, est celui où étaient les Officiers du Châtelet de Paris, d'avoir la prévention sur les Seigneurs Hauts Justiciers, qui avaient leur Jurisdiction dans l'étendue de la Ville & Faubourgs de Paris ; mais comme toutes ces Justices ont été réunies à celle du Châtelet par Edit du mois de Février 1674, cette partie de l'article ne paraît d'aucune utilité », JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670...*, op. cit., p. 27-28.

<sup>1776</sup> Voir le très riche article de : LEYTE, Guillaume, « Le provincialisme juridique dans la France d'Ancien Régime : quelques remarques », *RHFD*, n° 23, 2003, p. 95-117.

<sup>1777</sup> JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667...*, op. cit. ; *ID.*, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670...*, op. cit.

<sup>1778</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 165-166.

<sup>1779</sup> BOUTARIC, François de, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV roi de France et de Navarre, sur les matières civiles*, [s.l.n.], 1743 ; *ID.*, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV roi de France et de Navarre, sur les matières criminelles*, [s.l.n.], 1743.

<sup>1780</sup> SERPILLON, F., *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667...*, op. cit. ; *ID.*, *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, op. cit.

En matière civile, Daniel Jousse soulève plusieurs disparités du style des juridictions. Il évoque par exemple la communication qui doit être faite à l'avocat du roi ou fiscal (du seigneur) des causes des mineurs. Selon lui, l'ordonnance n'exige pas la communication si le mineur a un tuteur, mais il reconnaît « [qu'] il y a plusieurs parlements où cette communication [...] est regardée comme nécessaire »<sup>1781</sup>. À l'égard des appels des juges inférieurs – justiciers seigneuriaux et prévôts royaux – aux bailliages et sénéchaux, il affirme que le terme de quarante jours (de la coutume de Paris) « n'est pas cependant pour toutes les Juridictions ; il faut là-dessus suivre les Coutumes & les Règlements des différents Sièges »<sup>1782</sup> ; et le constat est le même pour les ajournements en retrait lignager<sup>1783</sup>. Sur la présentation des requêtes d'incident, il évoque les particularismes du ressort du présidial d'Angoulême<sup>1784</sup>.

François Boutaric, quant à lui, relève les différences du style du parlement de Toulouse. En matière d'ajournement, les taxes sur les documents communiqués après l'ajournement (article 6 du Titre II de l'ordonnance) ne sont pas observées<sup>1785</sup>. En matière de défauts et congés, l'inobservance du parlement de Toulouse – étonnante pour l'auteur – de l'imposition de signature des défenses et exceptions aux défenseurs<sup>1786</sup> ; de même quant à leur expédition des congés et défauts<sup>1787</sup>. Il repère aussi les délais pour les sommations (article 8 du Titre XIV)<sup>1788</sup>, la taxation des dépenses par Commissaires Taxateurs<sup>1789</sup>, et les délais de surséance en matière sommaire qui sont les mêmes que ceux d'autres matières civiles, malgré les dispositions de l'ordonnance<sup>1790</sup>. Certains usages sont différents de ceux du parlement de Paris, comme par exemple le fait d'attribuer à une sentence la qualité de chose jugée au moyen d'une sommation après trois ou six années<sup>1791</sup> ; et le droit de révision des écritures qui « n'a jamais été en usage dans le Ressort du Parlement de Toulouse »<sup>1792</sup>.

---

<sup>1781</sup> JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>1782</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>1783</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>1784</sup> *Ibid.*, p. 156-157.

<sup>1785</sup> BOUTARIC, F., *Explication de l'ordonnance de Louis XIV roi de France et de Navarre, sur les matières civiles...*, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>1786</sup> *Ibid.*, p. 34-35.

<sup>1787</sup> « On n'expédie jamais [au parlement de Toulouse] ni congé ni défaut, faute par le Procureur de l'une des parties d'avoir comparu au Greffe pour consentir la clausion [= appointment de cause], & où le Greffier vingt-quatre heures après que le Procureur plus diligent a fait signifier l'autre la qualité sur laquelle doit être prise la clausion, a accoutumé de passer outre, soit que le Procureur sommé ait comparu ou non », *ibid.*, p. 90.

<sup>1788</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>1789</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>1790</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>1791</sup> L'auteur affirme qu'il n'est pas en usage au parlement de Toulouse, et qu'il ne « sait même si le cas s'est jamais [*sic*] présenté », *ibid.*, p. 294.

<sup>1792</sup> *Ibid.*, p. 332.

François Serpillon s'attache aux particularismes de la procédure civile dans le ressort du parlement de Dijon : les assignations tant en matière civile que criminelle peuvent, par exemple, être faites les jours de fêtes & dimanches<sup>1793</sup>. Il affirme que dans cette province on peut exécuter les jugements rendus en Savoie ou en Suisse et à Genève, sur un *pareatis* du parlement (contrairement à l'opinion de Ferrière)<sup>1794</sup>. En outre, l'auteur indique certaines coutumes autorisant « les prorogations de Juridiction ou soumissions à une autre que celle qui est naturelle aux Parties, & entr'autres celle de Bretagne »<sup>1795</sup> ; d'autres qui permettent la comparution du mari au nom de sa femme pour toutes matières civiles – contrairement à la coutume de Paris<sup>1796</sup>. Parfois, l'usage bourguignon semble aller à l'encontre des ordonnances, comme dans le cas des formalités en cas de forclusion<sup>1797</sup> ; ou dans la différence d'interprétation concernant les hypothèques en seconde expédition<sup>1798</sup>.

Il peut également être question d'une divergence doctrinale. Sur ce point, les positions de Serpillon et de Jousse concernant la prorogation des commissions pour finaliser une enquête sont différentes (article II, Titre XXII de l'ordonnance civile de 1667). Pour Jousse, le commissaire « ne peut, de son autorité, donner aucun délai ni prorogation ». Il qualifie les arrêts du parlement de Dijon que confirment l'usage de « contraires aux vrais principes, & même au texte de l'Ordonnance » car « il est constant que le Commissaire n'est pas un Juge [...]. Pour Serpillon, au contraire, la prorogation doit être acceptée car la célérité d'une enquête l'emporte<sup>1799</sup>.

En matière criminelle, Daniel Jousse indique quelques exemples des disparités dans la pratique. Dans certaines juridictions – à Angers, par exemple –, les seconds rapports des médecins ou chirurgiens doivent être récolés et confrontés aux parties pour faire foi en justice, alors que la règle générale n'exige pas ces formalités<sup>1800</sup>. Il cite aussi l'article 21 du titre XVI sur la présentation des lettres « de clémence » (abolition,

---

<sup>1793</sup> Son affirmation est assez véhémente : « L'usage en Bourgogne est différent. Raviot [...] observe que nous ne nous sommes pas servilement attachés comme les Juifs, à toute inaction le jour du Sabbat que l'on ne rend point de Jugements le Dimanche mais que l'on ne laisse pas de faire ce jour-là beaucoup d'actes qui ont rapport à la Justice ; que l'on donne des assignations en Bourgogne que les Romains le permettaient les jours Fêtes, soit dans le temps du Paganisme, soit sous les Empereurs Chrétiens [...] ». SERPILLON, F., *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667...*, op. cit., p. 30.

<sup>1794</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>1795</sup> Article 3 du Titre II. L'auteur l'explique : « Une partie qui s'est volontairement soumise à une Juridiction n'est pas recevable à la décliner, c'est aller contre son propre fait & contre sa convention. *Cependant il y a des Parlements qui ne veulent pas admettre ces principes* », *ibid.*, p. 27 (nous soulignons).

<sup>1796</sup> « Il y a cependant des Coutumes, comme celles de Melun, de Poitou & d'Angoulême, qui portent que le mari, sans le contentement de sa femme peut comparaître en Jugement pour les actions de sa femme, non seulement personnelles, mais encore lorsqu'il s'agit de ses droits réels & pécuniaires, tant en demandant qu'en défendant », *ibid.*, p. 274.

<sup>1797</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>1798</sup> *Ibid.*, p. 160-161.

<sup>1799</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>1800</sup> JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670...*, op. cit., p. 142-143.

rémission et pardon), qui d'après lui doivent être présentées par un avocat et non par un procureur ; cependant, on peut remarquer que le parlement de Paris observe la règle contraire<sup>1801</sup>.

François Boutaric contraste le contenu de l'ordonnance criminelle et la pratique judiciaire, aussi bien dans le ressort du parlement de Toulouse que dans les autres. L'ordonnance limite, par exemple, l'élargissement des prisonniers appelants au moment où les réponses de la partie civile seront présentées, ou après l'expiration du délai d'assignation. Cependant, le parlement de Toulouse « ne fait pas de difficulté de prononcer sur l'élargissement de l'accusé qui s'est rendu appelant, quoique les délais d'assignations ne soient pas encore échus »<sup>1802</sup>. Il reconnaît également la diversité d'usages concernant les jugements rendus postérieurement à l'enquête réalisée pour confirmer les dispenses d'absence des accusés lors d'une assignation : certains donnent un délai à l'accusé pour se présenter ; d'autres, comme le parlement de Toulouse, ordonnent que « l'accusé [soit] ouï sur les lieux »<sup>1803</sup>. Il pointe aussi les différentes interprétations de l'article 29 du Titre XIII de l'ordonnance criminelle, relatif à la contrainte par corps pour le paiement des dommages et intérêts. Le parlement de Toulouse interdit de retenir un détenu bien que celui-ci demeure débiteur de créances : « la contrainte par corps ne peut être exercée qu'après les quatre mois [de condamnation pécuniaire] » ; alors que le parlement de Provence permet la contrainte immédiate<sup>1804</sup>.

François Serpillon procède de façon similaire, privilégiant la comparaison entre le style de la cour bourguignonne et celui de la cour parisienne. La prescription des réparations civiles est un exemple : « les uns comme [le parlement] de Dijon n'admettent la prescription que de trente ans pour les réparations civiles, les autres jugent qu'elles prescrivent avec le crime par vingt ans »<sup>1805</sup>. La qualification de certains crimes et leur impact sur la procédure peut être aussi l'objet de divergences. En effet, le traitement du bannissement à temps dans le ressort du parlement de Dijon est différent de celui du parlement de Paris : pour le premier, il n'est pas une peine afflictive et partant, il n'entend pas l'accusé sur la sellette, mais derrière le barreau ;

---

<sup>1801</sup> *Ibid.*, p. 340-341.

<sup>1802</sup> BOUTARIC, F., *Explication de l'ordonnance de Louis XIV roi de France et de Navarre, sur les matières criminelles*, p. 131.

<sup>1803</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>1804</sup> *Ibid.*, p. 158-159.

<sup>1805</sup> SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Seconde Partie, *op. cit.*, p. 828-829.

pour le second au contraire, le bannissement à temps est une peine afflictive et la défense est entendue sur la sellette<sup>1806</sup>. Il relève en outre une différence entre le style du parlement de Bordeaux et celui de Paris en matière de récolements<sup>1807</sup> ; les usages différents du parlement de Besançon concernant les enfants exposés<sup>1808</sup> ; les coutumes qui permettent à la femme d'intenter les causes criminelles – notamment l'injure – sans l'autorisation de son mari<sup>1809</sup> et aussi pour les enfants<sup>1810</sup> ; les différences concernant le témoignage des « mainmortables »<sup>1811</sup> ; l'usage de la Bourgogne concernant les décrets qui déterminent l'accusateur et l'accusé<sup>1812</sup>.

Les exemples pourraient être multipliés en s'appuyant sur les commentaires des coutumes des différents territoires et les dictionnaires juridiques, lesquels tentent aussi de cerner la variété d'usages à chaque fois qu'un mot de la pratique est expliqué<sup>1813</sup>. En creux, l'extrême diversité dans l'administration de la justice affaiblit toute idée de sécurité juridique, que l'ordre judiciaire royal devrait pourtant entériner<sup>1814</sup>. Elle facilite ainsi toutes sortes d'agissements des parties ou de leurs représentants dans le procès ; le discours des juristes doit alors faire appel à la dénonciation ainsi qu'à la déontologie pour pallier les déficiences du *droit du procès* « objectif ».

---

<sup>1806</sup> *Ibid.*, p. 678.

<sup>1807</sup> *Ibid.*, p. 693

<sup>1808</sup> SERPILLON, F., *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670...*, Première Partie, *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>1809</sup> En Orléans, Normandie, Blois et Berry ; alors qu'en Bourgogne l'autorisation du mari est nécessaire. *Ibid.*, p. 383-384.

<sup>1810</sup> *Ibid.*, p. 386-387.

<sup>1811</sup> *Ibid.*, p. 470.

<sup>1812</sup> *Ibid.*, p. 533.

<sup>1813</sup> Voir seulement, à titre d'exemple, le mot « ajournement » dans le *Répertoire* de Guyot : GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, *op. cit.*, Tome II, p. 1-36. De même, pour le Roussillon : ASTAING, Antoine, « La procédure criminelle dans le recueil de "Decisiones" de Michel de Vilar Reynalt, avocat général au conseil souverain de Roussillon (fin XVII<sup>e</sup> s.-début XVIII<sup>e</sup> s.) », *RHDFE*, Vol. 77, No. 3 (juillet-septembre 1999), p. 333-349 ; pour la Lorraine : VICQ, Pierre, « Recherches sur la procédure civile en Lorraine : du Code Léopold au Code de procédure civile », *RHDFE*, Vol. 79, No. 1 (janvier-mars 2001), p. 57-69.

<sup>1814</sup> C'est l'opinion de Louis Boullenois : « Si la rédaction par écrit des Coutumes nous a donné des Lois fixes, l'expérience nous a appris que le sens de ces Lois n'est pas toujours clairement déterminé, & en les interprétant il s'était élevé dans les Tribunaux une diversité de Jurisprudence, qui causait parmi les Sujets une espèce de Guerre intestine. Le Plaideur averti qu'il réussirait dans une Jurisdiction & perdrait dans une autre, faisait tous ses efforts pour éluder celle qui lui était contraire & ces efforts des deux Parties engendraient des conflits, dont le succès heureux ou malheureux assurait la perte, ou le gain de la contestation principale ». BOULLENOIS, L., *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des loix et des coutumes...*, *op. cit.*, p. xxvi du discours préliminaire.

## §2. *La mauvaise interprétation du droit au procès : la chicane*

« Subtilité captieuse en matière de procès »<sup>1815</sup>, la chicane est décrite à l'époque moderne comme une « hydre » ou un « monstre »<sup>1816</sup>. Pourtant, les arguments procéduraux sont souvent liés à la subtilité dans son sens péjoratif, c'est-à-dire, au caractère extrêmement alambiqué des formalités. En ce sens, les acteurs de la procédure judiciaire sont fréquemment enjoins à ne pas en abuser, à commencer par les juges – comme on l'a vu précédemment<sup>1817</sup>. Or ils ne sont pas la seule cible d'un discours moralisateur. Une critique constante des agissements et des *chicaneries* des parties par l'intermédiaire des procureurs (A) ou des avocats (B) montre un égal souci de moralisation de leurs actions en justice.

### A. *La faute des procureurs*

Les procureurs sont un rouage essentiel de la justice d'Ancien Régime. Ils représentent les parties pour accomplir les actes de la procédure. Leur fonction est cependant forgée de manière graduelle<sup>1818</sup>. Au Moyen Âge, il s'agit davantage de protéger les intérêts du roi (procureur du roi) ou du seigneur (procureur juridictionnel), mais aussi de manière progressive les intérêts des plaideurs<sup>1819</sup> et notamment ceux des *miserabiles personæ*<sup>1820</sup>. Louis Groustel (†17 ??)<sup>1821</sup> affirme ainsi que les procureurs existent – d'un point de vue « légal » – au moins avant les ordonnances de justice de la

<sup>1815</sup> *Verbo* « chicane ». *Le Dictionnaire de l'Académie Française*, Tome I, Paris, Coignard, 1694, p. 185.

<sup>1816</sup> « L'hydre est le symbole des procès & de la chicane ». *Verbo* « hydre », FURETIÈRE, A., *Dictionnaire universel...*, Tome II, *op. cit.*, p. 288. L'exemple de Rabelais au XVI<sup>e</sup> siècle est le plus connu : PLATTARD, Jean, « La procédure au XVI<sup>e</sup> siècle d'après Rabelais », *Revue du Seizième siècle*, Tome 1, 1913, p. 28-49.

<sup>1817</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1-C.

<sup>1818</sup> Pour l'histoire des procureurs, voir : BATAILLARD, Charles, *Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués depuis le V<sup>e</sup> siècle jusqu'au XVI<sup>e</sup> (422 ? - 1483)...*, Paris, Cotillon, 1868 ; *Histoire du Parquet*, Jean-Marie Carbasse (dir.), Paris, PUF, 2000 ; SAULNIER DE LA PINELAIS, Gustave, *Le barreau du parlement de Bretagne 1553-1790. Les procureurs – les avocats*, Rennes – Paris, Plihon et Hervé – Picard et fils, 1896, p. 1-101.

<sup>1819</sup> En ce sens, l'*Encyclopédie* fait une distinction subtile des deux premiers d'avec le troisième : « Il est pourtant encore de maxime que l'on ne plaide point en France par procureur, c'est-à-dire que le procureur ne plaide pas en son nom, mais au nom de sa partie ; c'est toujours elle qui est en qualité dans les procédures & dans les jugements. Il y a pourtant quelques personnes exceptées de cette règle ; savoir, le roi & la reine qui plaident chacun par leur procureur général ; tous les seigneurs justiciers plaident dans leur justice sous le nom de leur procureur-fiscal ; les mineurs sous le nom de leur tuteur ou curateur ; les commandeurs de l'ordre de Malte plaident sous le nom du procureur-général de leur ordre, comme prenant leur fait & cause, lorsqu'il s'agit du fond d'un bien ou droit appartenant à l'ordre ; mais lorsqu'il s'agit de simple administration, les commandeurs plaident en leur nom » ; *verbo* « procureur » <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v13-897-0/>

<sup>1820</sup> Voir : LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public » et DAUCHY, Serge, « De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs : diversité des missions du ministère public », dans : *Histoire du parquet...*, *op. cit.*, p. 23-54 et 55-75 respectivement.

<sup>1821</sup> Procureur au parlement de Paris au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, auteur d'un *Essai sur la profession de Procureur*, Paris, [s.n.], 1749. Nous n'avons pas trouvé d'autres éléments biographiques.

première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle : il rapporte le règlement de Charles VII de 1446<sup>1822</sup>. L'auteur de l'ouvrage *Arrests et reglemens concernant les fonctions des procureurs...*, affirme, lui, que le titre d'office est créé pour la première fois en juillet 1572 ; mais il atteste également la diversité d'ordonnances ayant modifié certains aspects de l'office – notamment le nom de procureurs<sup>1823</sup>. Quant à leur formation, la graduation en droit n'est pas une condition d'accès à la fonction. Les ordonnances précisent toutefois les conditions requises pour y accéder : être laïc, avoir exercé la fonction de clerc auprès d'un procureur durant au moins dix ans puis celle de maître-clerc durant trois ans<sup>1824</sup>.

Les procureurs sont les « maîtres des procédures, garants de leur validité, [c'est pourquoi] ils sont plus étroitement obligés d'entendre & d'observer les formalités de l'ordre judiciaire »<sup>1825</sup>. Leur rôle est donc central pour maintenir la « liturgie » judiciaire<sup>1826</sup>, principalement devant les juges en dernier ressort, ou, selon les termes de Claude-Joseph Ferrière : « parce que la liberté qu'avaient les parties d'expliquer leurs droits devant les Juges, était suivi d'emportements, de confusions, de tumultes & irrévérences, qui blessaient le respect de la Justice, & en troublaient l'ordre »<sup>1827</sup>.

S'agissant plus précisément du contenu des fonctions des procureurs *ad lites*, le *Répertoire* Guyot précise le cadre des attributions : se présenter au greffe en représentation des parties et fournir les exceptions, les fins de non-recevoir, les défenses, les répliques et requêtes ; donner la copie des pièces nécessaires et rédiger les sommations pour plaider ; signifier les qualités, lever les jugements et les faire signifier<sup>1828</sup>. Si en termes généraux, la procuration suppose que toutes les poursuites et procédures nécessaires jusqu'à la Sentence ou Arrêt définitif doivent être assurées<sup>1829</sup>, une procuration spéciale est requise pour certains actes : former une nouvelle demande, interjeter appel ou renoncer à un appel interjeté, désister ou renoncer à l'action,

<sup>1822</sup> GROUSTEL, Louis, *Essai sur la profession de Procureur*, Paris, [s.n.], 1749, p. 10-11. Pierre-Hyacinthe Duvigneau est du même avis : DUVIGNEAU, Pierre-Hyacinthe, *Discours sur la profession de procureur, dans lequel on traite de la Profession de Procureur en général, & de celle de Procureur au Parlement en particulier...*, Genève, chez les libraires des principales villes du Royaume, 1783, p. 76.

<sup>1823</sup> *Arrests et reglemens concernant les fonctions des procureurs tiers referendaires du parlement de Paris...*, Paris, Lefebvre, 1717, p. 1-2. Nous n'avons pas pu identifier l'auteur, le site de Gallica réfère Pierre Gillet en tant qu'éditeur scientifique. Voir également : DUVIGNEAU, P.-H., *Discours sur la profession de procureur...*, *op. cit.*, p. 125-127.

<sup>1824</sup> Il y a en outre les exigences de catholicité et d'âge – 25 ans – et une enquête sur les mœurs de la personne. Voir : TOMAS, Olivier, *L'Office des Procureurs au Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Mémoire de DEA Histoire du droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, p. 16-22.

<sup>1825</sup> DUVAL, P.N., *Le parfait procureur, contenant la nouvelle manière de procéder...*, Tome I, *op. cit.*, page 1 de l'avertissement au lecteur fait par le libraire.

<sup>1826</sup> DOLAN, Claire, *Les Procureurs du Midi sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2012, p. 61.

<sup>1827</sup> FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome II, p. 435.

<sup>1828</sup> GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, *op. cit.*, Tome XLVIII, p. 433.

<sup>1829</sup> Voir : FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome II, p. 436.

consentir aux accords qui portent dommage à sa partie, proposer des offres liées au litige, récuser un juge, faire une inscription en faux<sup>1830</sup>, reconnaître une promesse ou écriture privée, faire un désaveu et, enfin, recevoir denier ou passer quittance pour sa partie<sup>1831</sup>.

Naturellement, des devoirs sont aussi attachés à la fonction de procureur. Le principal étant la responsabilité des pièces que la partie dont il assure la défense lui confie : il doit « conserver ce dépôt avec trop de fidélité », et est responsable de leur perte, comme le rapporte Ferrière citant un arrêt du 30 août 1682. Il doit ensuite tenir un registre retraçant les sommes perçues de ses clients. S’agissant de la transmission des pièces, il lui est interdit de les retenir pour des motifs de non-paiement des frais, salaires et vacations (les actes de la procédure comme les exploits peuvent eux cependant être conservés). Il lui est interdit de demander la cession des droits litigieux, « ni stipuler à [son] profit une portion de dette d’un effet contesté, en cas [qu’il obtient] gain de cause » ; ni de se rendre adjudicataire des biens des parties adverses. Enfin, Ferrière affirme que le procureur ne peut « être caution de sa Partie »<sup>1832</sup>.

Le serment du procureur<sup>1833</sup> révèle les injonctions morales que la doctrine rappelle également : le procureur est tenu de connaître les ordonnances et la coutume pour ce qui relève de son devoir – ce qui implique de ne « pas étendre sa fonction sur ce qui appartient à l’ordre des Avocats » – ; il doit « marcher sur les pas de la vérité » ; discerner « ce qui est nécessaire à sa défense [des clients] avec ce qui en doit être rejeté » et éviter le « zèle indiscret ». Il doit « imiter & suivre l’exemple du bon Médecin, qui ne s’applique qu’à guérir le malade, & non à lui plaire ». Sa conduite doit être désintéressée, son rôle consiste à recevoir « également la cause du riche & du pauvre » et « considérer sa rétribution comme accessoire de son devoir, & comme étant attribuée à cause du bon office qu’il est obligé de rendre »<sup>1834</sup>. À l’image de ces

---

<sup>1830</sup> Sur l’inscription en faux François Desmaisons prévient les procureurs : « Sans cette Procuration il n’est point de Procureur qui veuille, ou du moins qui le doive faire, s’il veut éviter sagement les inconvénients qui pourraient lui arriver », DESMAISONS, François, *Le parfait praticien françois, contenant la manière de traiter les questions les plus fréquentes du Palais...*, Paris, Besongne, 1667, p. 91 (à noter que l’ouvrage est publié avant les ordonnances civile et criminelle).

<sup>1831</sup> L’énumération est issue de : FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l’explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome II, p. 436.

<sup>1832</sup> Pour les citations et la liste de devoirs, voir : *Ibid.*, p. 437-438.

<sup>1833</sup> Rapporté dans : GROUSTEL, L., *Essai sur la profession de Procureur...*, *op. cit.*, p. 12-19. Voir aussi : DUVIGNEAU, P.-H., *Discours sur la profession de procureur...*, *op. cit.*, p. 107-113.

<sup>1834</sup> Nous avons fait la synthèse de la liste présentée dans : *Arrests et reglemens concernant les fonctions des procureurs...*, *op. cit.*, p. 66-73.

quelques exemples, les injonctions morales issues de la doctrine se répètent<sup>1835</sup>. Pour s'assurer de l'application de celles-ci, vient s'adjoindre une institution chargée de la discipline et de la moralité : la Communauté des procureurs<sup>1836</sup>.

Malgré la détermination à vouloir garantir la bonne conduite des procureurs, la perception des contemporains à leur égard demeure péjorative. Déjà au XVI<sup>e</sup> siècle, Etienne Pasquier regard d'un œil suspicieux « certains hommes qui n'eussent autre vacation qu'à [se] procurer les affaires d'un étranger »<sup>1837</sup>. À la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, le théologien Jean Le Noir (†1692) fait l'association suivante : « qui dit Procureur, dit chicane »<sup>1838</sup>, rejoignant ainsi l'opinion commune. Au même siècle, Louis Lasseré évoque les « procès de la procédure, que les Procureurs ne manquent pas de faire » et l'illustre avec les demandes de contumace, de précipitation, et les fins déclinatoires de juridiction. Il conclut ainsi « [qu'] une partie, au lieu d'un seul Procès, en a bien souvent dix ou douze, à quoi elle ne s'attendait pas »<sup>1839</sup>. Certains traités de procédure dénoncent incidemment les remèdes aux abus des procureurs, comme par exemple la possibilité de les contraindre par corps : François Desmaisons (†16 ??)<sup>1840</sup> l'affirme lorsqu'il s'agit d'assister à la taxe de dépens, ou en l'absence de transmission des biens lors de l'adjudication. Il est question pour lui d'éviter « l'esprit de chicane [des procureurs] »<sup>1841</sup>.

---

<sup>1835</sup> Outre les ouvrages précités, un discours de Gabriel de Glatigny mérite d'être cité : « PROCUREURS – C'est vous, qui par les ressorts secrets de la procédure, animez le cours de la justice ; c'est vous, qui par vos fonctions, qu'on peut appeler la mécanique du Palais, donnez le premier mouvement à toutes les affaires. Ce soin de la Procédure qui vous est confié, rend votre ministère très-important, vous n'en êtes pas cependant les maîtres, vous n'en êtes que des œconomes comptables à vos juges & à vos parties. Ces différentes formalités ne doivent être employées que pour aider à la vérité à se faire jour au travers de l'obscurité dont le mensonge tache de la couvrir ; elles sont entre vos mains la première lueur, qui fera briller aux yeux du juge, la justice de votre cause, ne les employez que pour lui faire découvrir les pièges que la chicane tend à sa religion [...] ». GLATIGNY, Gabriel de, *Œuvres posthumes de monsieur \*\*\* contenant ses harangues au palais, ses discours académiques, &c*, Lyon, Frères Duplain, 1757, p. 19-20. Voir également : GUEIDAN DE VALABRE, Gaspard, *Discours prononcés au parlement de Provence par un des messieurs les avocats généraux*, Tome I, Paris, Quillau, 1739, p. 422-423.

<sup>1836</sup> *Arrests et reglemens concernant les fonctions des procureurs...*, *op. cit.*, p. 73-74. Sur la communauté des procureurs, voir : KOENIG, Laure, *La Communauté des Procureurs au Parlement de Paris aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Thèse pour le Doctorat, Université de Paris, Cahors, Coueslant, 1937 ; DOLAN, C., *Les Procureurs du Midi sous l'Ancien Régime...*, *op. cit.*, p. 249-258 ; *ID.*, *Délibérer à Toulouse au XVIII<sup>e</sup> siècle. Les procureurs au parlement*, Paris, CTHS, 2013, p. 179-290 ; RENAUD, Sylvie, *La communauté des procureurs du Parlement de Toulouse (1572-1781)*, Mémoire de Maîtrise en Histoire, Toulouse, 2001 ; JEANTON, Garbiel, *La basoche sous l'Ancien Régime ; la communauté des procureurs au bailliage de Tournus*, Tournus, A. Miège, 1909.

<sup>1837</sup> « [...] serait au lieu d'amortir les procès, les immortaliser à jamais, d'autant qu'il est bien mal aisé qu'un homme aime la fin d'une chose dont dépend le gain de sa vie [...]. Tant étaient nos ancêtres soucieux d'empêcher qu'aucun ne feist [*sic*] son état de vivre à la poursuite & sollicitation des causes d'autrui, prévoyant le mal qui depuis en est advenu ». PASQUIER, E., *Les recherches de la France...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>1838</sup> LE NOIR, Jean, *L'hérésie de la domination épiscopale, ou lettre de Monsieur Le Noir Théologal de Seez, à son altesse royale, Madame la Duchesse de Guise*, [s.l.n.], 1682, p. 91.

<sup>1839</sup> LASSERE, L., *L'art de procéder en justice ...*, Troisième édition, *op. cit.*, p. 641-642.

<sup>1840</sup> Avocat au parlement de Paris : [https://data.bnf.fr/fr/14324838/francois-c\\_\\_des\\_maisons/](https://data.bnf.fr/fr/14324838/francois-c__des_maisons/) (consulté le 6 février 2020).

<sup>1841</sup> DESMAISONS, François, *Le parfait praticien françois, contenant la matière de traiter les questions les plus fréquentes du Palais...*, *op. cit.*, p. 195 et 209.

Pour la littérature de l'époque, les procureurs sont les procéduriers par excellence. Ils vont même jusqu'à incarner l'esprit contraire de ce que constitue un règlement à l'amiable<sup>1842</sup>. Leur avidité est généralement décriée et même reconnue dans les actes royaux<sup>1843</sup>. Un poème du XVII<sup>e</sup> siècle résume bien leur inclination à la chicane : un plaideur « craint fort la chicane, de quelque procureur marrane, qui saura nourrir mon procès »<sup>1844</sup>. De manière plus éloquente, les *topoi* du procédurier sont présentés chez François Gayot de Pitaval (†1743)<sup>1845</sup>, qui décrit une comédie d'un vieux procureur instruisant un jeune praticien. Le premier conseil à son élève :

« [Qu'] Il ne faut jamais donner les mains à aucun Arbitrage, jamais consentir à un Arrêt définitif ; que c'est la peste des Études ; qu'il faut s'attacher aux Procès par écrit, & multiplier si adroitement les Incidents & la Procédure, qu'une affaire blanchisse dans l'Étude avant que d'être jugée. Que le grand talent & le grand gain c'est de beaucoup écrire ; que pour cela il faut dire des impertinences, des suppositions, des faussetés ; que quand on est au bout, il faut avoir recours aux invectives & aux injures. »<sup>1846</sup>

Le même auteur se réfère aussi à un poème d'un certain Damon qui dénonce non seulement le manque d'intégrité de certains procureurs, mais aussi leur ignorance<sup>1847</sup>. L'*Arlequin Sauvage* de Delisle de La Drevetière (†1756) estime que les procureurs, instruits en formalité, ont inventé la chicane, « l'art pour embrouiller les affaires les plus claires, qui deviennent incompréhensibles »<sup>1848</sup>. Face à l'image du praticien sans scrupules, on oppose l'archétype du « procureur arbitre ». Philippe Poisson (†1743) décrit ce personnage qui « n'a de procureur, en un mot, que l'habit » et qui annonce

<sup>1842</sup> Dans *L'huitre et les plaideurs...*, Doucet, sergent, demande à la justice de « décider une petite affaire entre ces deux honnêtes gens, à l'amiable », à quoi la justice répond : « à l'amiable, soit : qu'ils cotent des Procureurs & nomment des Avocats » ; un des plaideurs exclame par la suite « Des Procureurs, à l'amiable ! ». SEDAINÉ, Michel-Jean, *L'huitre et les plaideurs, ou le tribunal de la chicane*, Paris, Herissant, 1767, p. 7-8.

<sup>1843</sup> Ainsi des lettres royales du 14 novembre 1544 : « N'ayant la plupart d'entre eux [les procureurs] autre moyen de vivre hors de leur état et pratique ils sont contraints [de] nourrir multiplier et prolonger les procès le plus souvent par mutuelle intelligence qu'ils ont entre eux au grand détriment des pauvres parties litigantes », cité par : DOLAN, C., *Les Procureurs du Midi sous l'Ancien Régime...*, op. cit., p. 82.

<sup>1844</sup> *L'adieu du plaideur à son argent*, [s.l.n.], 1628, p. 9.

<sup>1845</sup> Avocat, homme de lettres et chroniqueur : [https://data.bnf.fr/fr/12095209/francois\\_gayot\\_de\\_pitaval/](https://data.bnf.fr/fr/12095209/francois_gayot_de_pitaval/) (consulté le 6 février 2020).

<sup>1846</sup> GAYOT DE PITAVAL, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, Tome V, La Haye, Jean Neaulme, 1748, p. 304-305.

<sup>1847</sup> « Un Procureur qui possédait / tout l'élixir de la chicane, / Hors de-là c'était un franc âne, / Cent francs à Damon demandait, / Qui l'ayant payé sans quittance, / lui dit : jurez que je vous dois : / J'ai gagné, reprit le matois ; / Si mon titre est ma conscience ». GAYOT DE PITAVAL, François, *Esprit des conversations agréables, ou nouveau mélange de pensées choisies...*, Tome II, Paris, Legras, 1731, p. 415.

<sup>1848</sup> DELISLE DE LA DREVETIERE, Louis-François, *Arlequin Sauvage, comédie en trois actes*, Paris, Briasson, 1731, p. 73

aux parties les frais et longueurs du procès, cherchant l'arbitrage équitable, pour arrêter ainsi « leur chicane en sa source »<sup>1849</sup>. Au moment de la Révolution, l'on fait dire au diable que le procureur « était à Paris le plus fidèle de mes serviteurs ». Le procureur, attristé, lui dit que « Madame *Chicane*, votre fille chérie, se dispose à partir [...]. C'en est fait, la troupe innombrable des Procureurs va perdre son unique espoir, sa protectrice, sa Souveraine ». Le Diable, préoccupé, demande si « les provinces du Maine & de Normandie n'ont pas réclamée contre cette innovation ? », et il ajoute, « Je doute que le renvoi de la *Chicane* soit pleinement décidé. Elle faisait vivre un trop grand nombre de fripons, pour qu'on se décide à l'exiler des terres de France »<sup>1850</sup>.

Pour ce qui concerne les textes juridico-politiques, l'augmentation du nombre de procureurs entraîne la multiplication des procès. Le *Répertoire* Guyot évoque ainsi les « gens sans caractère [qui] se mêlaient de faire la profession de Procureur ». Pour lui, ce sont « les chicanes et subtilités qui composent la science du Procureur, & par le moyen desquelles ils savent bien [...] multiplier les actes & éterniser les procès », lui préférant un avocat pour l'instruction<sup>1851</sup>. L'anonyme *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de justice*, attribué à l'avocat Mézard<sup>1852</sup>, partage cet avis, précisant que « le ministère du procureur n'est qu'un démembrement de celui de l'Avocat [et que] les connaissances du Procureur ne sont autre chose qu'une partie de la science de l'Avocat ». Le texte affirme que si l'avocat dirige la procédure, « l'on verra disparaître cette foule de formalités, d'incidents, de délais ; les ruses, les faux fuyants, la chicane, tout fera place à une marche simple, unie & sûre »<sup>1853</sup>. L'avocat Target (†1806)<sup>1854</sup> n'en dit pas moins lorsqu'il qualifie les actions des procureurs de « juridique brigandage », estimant que « la longueur des procès [est] devenue presque interminable par le concours désastreux de la chicane du procureur, de l'écrivainerie de l'avocat, de la paresse du rapporteur [et] du peu de travail des tribunaux [...] »<sup>1855</sup>.

<sup>1849</sup> POISSON, Philippe, *Le procureur arbitre. Comédie en un acte et en vers*, Paris, Delalain, 1774, p. 7.

<sup>1850</sup> J.B.S., *Scène comique entre le Diable et un Procureur, au sujet de Madame la Chicane, chassée des Terres de France, & revenant en Enfer*, Paris, Nyon, 1789, p. 1-3.

<sup>1851</sup> GUYOT, J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile...*, op. cit., Tome XLVIII, p. 430-431.

<sup>1852</sup> *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice, en France. Dédié aux Etats-généraux, par M. M\*\*.* Avocat, [s.l.n.], 1788. L'attribution est faite dans : BARBIER, Antoine-Alexandre, *Dictionnaire des ouvrages anonymes et pseudonymes, composés, traduits ou publiés en Français et en latin...*, Tome I, Paris, Barrois l'aîné, 1822, p. 436. Il s'agit selon toute vraisemblance de Pierre-François Mézard (†1843), avocat nat à Apt. Voir : BARJAVEL, Casimir-François-Henri, *Dictionnaire historique, biographique et bibliographique du département de Vaucluse...*, Tome II, Carpentras, Imprimerie de L. Devillario, 1841, p. 177-183.

<sup>1853</sup> *Ibid.*, p. 102-103.

<sup>1854</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 955-956.

<sup>1855</sup> TARGET, Guy-Jean-Baptiste, *L'esprit des cahiers, présentés aux Etats-généraux de l'an 1789...*, Tome I, [s.l.n.], 1789, p. 103.

Les procureurs défendent tout naturellement leur office. Louis Groustel, par exemple, s'efforce de contrecarrer les critiques constantes relatives à la dignité des procureurs et à leur avidité, ainsi qu'au désordre et à la corruption de leur corps. Il considère que l'office du procureur ne déroge pas à la noblesse, que les procureurs jouissent des prérogatives similaires à celles des avocats et qu'ils peuvent faire partie des cérémonies officielles<sup>1856</sup>. Il minimise les satyres littéraires les concernant, affirmant qu'elles « leur [sont] communes avec les Notaires, les Financiers, les Médecins, les Avocats, & même les Juges »<sup>1857</sup>. Il prend position contre les incriminations d'avidité, arguant que tous les offices et charges ont de droits, gages et salaires, et que ceux des procureurs ont des tarifs « homologués en la Cour »<sup>1858</sup>.

Enfin, il faut noter que la critique des chicaneries des procureurs est étroitement liée à celle des agissements des parties elles-mêmes. En effet, comme le souligne Isabelle Carrier rapportant quelques exemples, « il apparaît que si maintes procédures sont délibérément éternisées, la faute en incombe aux parties elles-mêmes [...]. Les clients ne semblent pas victimes de la prétendue nature chicaneuse de leurs auxiliaires de justice si souvent décriée [...] »<sup>1859</sup>.

Les procureurs représentent une cible évidente des critiques adressées à l'encontre de l'ensemble des procéduriers. Ils demeurent toutefois moins attaqués que les avocats, lesquels sont davantage accusés d'entretenir la chicane et par conséquent font l'objet d'un discours moralisateur plus prolifique.

### ***B. La responsabilité des avocats***

Dans l'agencement de l'ordre judiciaire d'Ancien Régime, l'avocat est moins indispensable que le procureur sur le plan strictement procédural. Il n'en est pas moins nécessaire pour accomplir certains actes tant à l'oral – les plaidoiries sont réservées en principe aux avocats, notamment en matière d'appel et de requête civile –, qu'à l'écrit

---

<sup>1856</sup> GROUSTEL, L., *Essai sur la profession de Procureur...*, *op. cit.*, *passim*. Voir également : DUVIGNEAU, P.-H., *Discours sur la profession de procureur...*, *op. cit.*, p. 178-182 (concernant la non-contradiction entre l'office du procureur et la noblesse), plus largement sont récit quant aux privilèges des procureurs commence à partir de la page 159.

<sup>1857</sup> *Ibid.*, p. 54. L'auteur affirme par ailleurs que dans *Les plaideurs*, « il est singulier que Racine, avec un si beau champ pour fronder ou traduire en ridicule les Procureurs, n'ai précisément épargné qu'eux » (dans la note de bas de page).

<sup>1858</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>1859</sup> CARRIER, Isabelle, « L'art de louvoyer dans le système judiciaire de l'Ancien Régime : le procureur et la procédure civile », *Entre justice et justiciables. Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX<sup>e</sup> siècle*, Claire Dolan (dir.), Québec, Les presses de l'Université de Laval, 2005, p. 483, à compléter avec sa thèse : *ID.*, *Virtuosité procédurière. Pratiques judiciaires à Montpellier au Grand Siècle*, McGill University, Montréal, 2003, 372 p., disponible sur : [http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder\\_id=0&dvs=1581081321121~571](http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1581081321121~571) (consulté le 7 février 2020).

– les écritures par mémoire, les contredits et les avertissements portant faits responsifs, entre autres<sup>1860</sup>. Pourtant, les avocats font aussi l'objet d'une critique acerbe en raison de la chicane qu'ils feraient naître et prospérer.

La déontologie des avocats apparaît avec le développement de la littérature procédurale à partir du XII<sup>e</sup> siècle<sup>1861</sup>. La législation, quant à elle, reprend rapidement et de manière répétée les dispositions du droit canonique, elles-mêmes reprises en partie du droit romain<sup>1862</sup>. En ce qui concerne les devoirs des avocats, l'ordonnance d'octobre 1535 constitue un *compendium* de la réglementation royale précédente<sup>1863</sup>. Certains de ses articles relatifs à leur discipline tentent de limiter les agissements dilatoires : la demande récurrente visant à abrégé les plaidoiries et les écrits, veiller au respect des délais, l'injonction d'éviter « les faits et raisons impertinents » ainsi que la proposition de « styles, coutumes, usages, ni autres faits qu'ils sauront être non véritables », et l'obligation de laisser les pièces (preuves) aux procureurs des parties et de laisser un substitut lorsqu'ils partent de la ville<sup>1864</sup>. Le serment renouvelé à chaque séance d'entrée du tribunal comprend ces mêmes devoirs. S'agissant de leur éducation, une formation initiale en droit est obligatoire, laquelle est complétée par un *cursus honorum* qui vient scinder la profession en trois catégories : les « écoutants » – les plus jeunes –, les « plaidants » et les « consultants » – ceux qui, en fin de carrière, ne peuvent plus plaider<sup>1865</sup>. En outre, la « communauté » des avocats veille au maintien de sa propre discipline ; le manquement à ces devoirs – et plus généralement les mesures de discipline établies par la déontologie – sont connues par le bâtonnier de l'ordre et son conseil<sup>1866</sup>.

---

<sup>1860</sup> FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, op. cit., Tome I, p. 436, p. 197.

<sup>1861</sup> Nous suivons ici les lignes de : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, op. cit., p. 104-130. Voir également : GOURON, André, « Le rôle de l'avocat selon la doctrine romaniste du XII<sup>e</sup> siècle », *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord-États Unis, Aldershot-Ashgate, 2006, p. 7-19 ; GUYON, Gérard, « L'avocat dans la procédure des anciennes coutumes médiévales bordelaises », *RHDFE*, Vol. 86, No. 1 (janvier-mars 2008), p. 21-37.

<sup>1862</sup> *Ibid.*, p. 106-108. Voir : VIDAL, Henri, « L'avocat dans les décisions conciliaires et synodales en France (XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles) », *RSIHPA*, 3 (1991), p. 1-21.

<sup>1863</sup> ISAMBERT, Tome XII, p. 457-461. Voir : BREGI, Jean-François, « Les règles de la profession d'avocat dans l'ordonnance d'octobre 1535 », *RSIHPA*, 4 (1992), 143-171.

<sup>1864</sup> *Ibid.*, articles 2, 3, 4, 6, 8, 11 et 17.

<sup>1865</sup> Voir : LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlements de France...*, op. cit., Livre III, Chapitres II, III et IV.

<sup>1866</sup> Denisart rapporte un arrêt de règlement du parlement de Paris du 17 juillet 1693 : « Les Avocats feront les griefs, les causes d'appel, moyens de requête civile, réponses, contredits, salvations, avertissements dans les matières où il sera nécessaire d'en donner, & les autres écritures qui sont de leur ministère. Les Procureurs (feront) les inventaires, causes d'oppositions, productions nouvelles, comptes, brefs états, déclarations de dommages & intérêts, & autres écritures de leurs fonctions. Les Avocats & Procureurs (feront) par concurrence entre eux, les débats, soutènements, moyens de faux, de nullité, reproches & conclusions civiles », DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles...*, op. cit., Tome I, éd. de 1768 p. 212. Pour une synthèse de l'ordre des avocats avec une bibliographie riche, voir : GAZZANIGA, Jean-Louis, « L'"ordre" des avocats aux derniers siècles de l'Ancien Régime », *Défendre par la parole et par l'écrit. Etudes d'histoire de la profession d'avocat*,

Le discours institutionnel relatif à la fonction des avocats met avant tout en exergue les devoirs relevant de leur rôle en tant qu'auxiliaire de la justice ; la fonction d'assistance et de conseil aux parties étant reléguée au second plan. Si les avocats s'attachent à faire valoir leur indépendance – et l'illustrent par plusieurs exemples<sup>1867</sup> – la royauté les perçoit comme des instruments de la justice. Comme l'affirme Jacques Krynen, les discours d'ouverture des cours et tribunaux royaux et les harangues lors des mercuriales des gens du roi, ainsi que les ouvrages des jurisconsultes, « recèlent et défendent une conception rigoureusement identique du ministère de l'avocat [...], non point défenseur indispensable des parties mais avant tout auxiliaire, au sens le plus étroit du terme, de la magistrature »<sup>1868</sup>.

Or il existe une tension entre cette relative indépendance des avocats et le ministère qu'ils sont censés exercer. Ainsi, Gabriel de Glatigny (†1725)<sup>1869</sup> affirme que l'autorité des avocats est « particulière » car ils la tiennent « d'eux-mêmes », ce qui contraste avec l'autorité des officiers de justice. Elle est en principe soumise à l'autorité publique – entendons, la loi –, mais elle peut à son tour la soumettre par le « don de la parole [qui] vous rend Maîtres de tous ceux qui sont sensibles aux charmes de l'éloquence »<sup>1870</sup>. Voilà pourquoi il est nécessaire de la manier avec précaution :

« La plus légère tache en ternira le lustre ; une irrégularité de conduite, une fausse démarche suffira pour l'anéantir. Les qualités de l'esprit, les talents mêmes supérieurs, perdront tout leur prix s'ils ne sont soutenus par la prudence, par la modestie. Si l'expérience, si la capacité ne sont dirigées par la droiture, par l'honneur, par l'utilité publique, tous vos travaux, toutes vos veilles sont pour vous en pure perte »<sup>1871</sup>

---

Etudes d'Histoire du Droit et des idées politiques N°8, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 37-51 ; TOLLEMER, René, « L'ordre des avocats de 1274 à 1790, *RSIHPA*, n°1, 1989, p. 25-30. Voir notamment la bibliographie proposée par : BELLAGAMBA, Ugo, *Les avocats à Marseille : praticiens du droit et acteurs politiques (XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, disponible sur : <https://books-openedition-org.janus.biu.sorbonne.fr/puam/236> (consulté le 12 mai 2020), et LEUWERS, Hervé, *L'invention du barreau français, 1660-1830 : la construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris, Editions de l'EHESS, 2006.

<sup>1867</sup> Les origines romaines de la profession viennent comme un *topos*. Voir, par exemple, dans l'*Encyclopédie méthodique...*, l'appart dédié à la liberté des avocats : « Lorsqu'il [l'avocat] se présente au barreau, il y vient comme un homme libre, comme un homme dont les juges attendent la présence, pour leur parler le langage de la justice & la vérité. Et ce qui dénote particulièrement cette liberté, c'est la faculté qu'il a de leur parler le bonnet sur la tête. C'est ainsi que chez les Romains, se montraient les hommes libres : le bonnet y était la marque distinctive de la liberté, dont on décorait ceux qui, par l'affranchissement, sortaient de l'esclavage ». *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, Tome I, *op. cit.*, p. 621. Sur l'indépendance, notamment de parole, voir : GAZZANIGA, Jean-Louis, « Notes sur la liberté de parole de l'avocat », *Défendre par la parole et par l'écrit...*, *op. cit.*, p. 69-80.

<sup>1868</sup> KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>1869</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 489-490

<sup>1870</sup> GLATIGNY, G., *Œuvres posthumes de monsieur \*\*\* contenant ses harangues au palais...*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>1871</sup> *Ibid.*, p. 112.

Parmi les injonctions adressées aux avocats, la diligence – qui suppose la célérité dans les actions – est maints fois mentionnée. Un avocat doit « expédier le plus promptement qu’il lui est possible, les affaires dont il est chargé »<sup>1872</sup>, car « il convient à l’honneur de [sa] profession de refuser à la chicane, à l’artifice, [et] aux injures »<sup>1873</sup>. Bernard de La Roche-Flavin conseille aux avocats écoutants de « ne se laisser surprendre aux malices, subtilités, ruses, & chicaneries, qui se voient au maniement, & pratique des procès, & s’entendent aux plaidoiries »<sup>1874</sup>. Le *Dictionnaire æconomique* fait une liste de dix-huit devoirs, dont le numéro six évoque leur capacité de méprendre les juges, « car ils embarrassent souvent les affaires, par tant de chicaneries ». Les abus commis par les avocats supposent également de faire tort à la partie qui a « bon droit au commencement de son procès, [et] qui se voit condamner à la fin, parce qu’elle a manqué à des formalités, & qu’elle n’a pas été assez habile pour éviter les pièges qu’on [les avocats] lui a tendus »<sup>1875</sup>. *L’éloge et les devoirs de l’avocat* de François Fyot de la Marche (†1716)<sup>1876</sup> signale que « les combats du Barreau ne sont pas des œuvres de ténèbres, des combats de chicane & de fraude ; ce sont des combats de zèle & de lumière [...], d’esprits éclairés & de volontés bien réglées »<sup>1877</sup>. Cependant, dans la mesure où l’on prête aux avocats des tentations de chicaner et que cette pratique risque directement d’altérer la vérité, la possibilité de recourir à un avocat en matière du grand criminel est interdite<sup>1878</sup>.

La position des avocats est paradoxale : l’honneur et la difficulté de la profession sont reconnus<sup>1879</sup> ainsi que l’attachement aux « droits des citoyens »<sup>1880</sup>. Pourtant, ils peuvent être dépeints tantôt comme des hommes intelligents mais

---

<sup>1872</sup> BIARNOY DE MERVILLE, P., *Règles pour former un avocat, tirées des plus fameux auteurs ...*, op. cit., p. 296.

<sup>1873</sup> TERRASSON, Mathieu, *Œuvres de feu M. Mathieu Terrasson, écuyer, ancien avocat au parlement, contenant plusieurs de ses discours, plaidoyers, mémoires et consultations*, Paris, De Nully, 1737, p. 23.

<sup>1874</sup> LA ROCHE-FLAVIN, B., *Treize livres des parlemens de France...*, op. cit., p. 241.

<sup>1875</sup> *Dictionnaire Économique, contenant divers moyens d’augmenter son bien...*, Tome I, Lyon, Frères Bruyset, 1740, p. 226.

<sup>1876</sup> Conseiller au parlement de Paris depuis 1690, il a écrit *Les Qualités nécessaires au juge*, le *Tableau de l’ancien Sénat Romain*, & *L’éloge & les devoirs de la profession d’avocat*, voir : *Supplément au Dictionnaire historique géographique, généalogique, &c des éditions de Basle...*, Tome Second, Basle, Vve. Jean Christ, 1745, p. 873.

<sup>1877</sup> FYOT DE LA MARCHE, François, *L’éloge et les devoirs de la profession d’avocat*, Paris, Mazuel, 1713, p. 238.

<sup>1878</sup> BLOT-MACCAGNAN, Stéphanie, « Les avocats et les magistrats au service de la justice criminelle. L’éclairage de la doctrine (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle), *Avocats. Histoire et culture, RSIHPA*, N° 11, 2015, p. 20-28.

<sup>1879</sup> Les dictionnaires du XVIII<sup>e</sup> dédient toujours un paragraphe à la question de l’honneur, la préséance et les privilèges des avocats. Quant aux louanges de la littérature aux avocats, voir : DAUCE, Fernand, *L’avocat vu par les littérateurs français*, Rennes, Oberthur, 1947, 369 p. La profession est par ailleurs, loin de se limiter à la pratique, elle est aussi génératrice de savoir : GAZZANIGA, Jean-Louis, « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine », *Droits*, n° 20, 1995, p. 31-41.

<sup>1880</sup> CHAVRAY DE BOISSY, François, *L’Avocat, ou réflexions sur l’exercice du barreau...*, Rome-Paris, Cellot et Couturier, 1777, p. 322.

néanmoins rapaces, tantôt comme des ignorants<sup>1881</sup>. Si leur fonction dans l'ordre judiciaire participe dans une moindre mesure aux méandres de la procédure par rapport à celle des procureurs, la littérature les incrimine ouvertement pour leur contribution à exacerber le « monstre » de la chicane. Afin de dénoncer les agissements des avocats, la littérature vilipende leur manière de présenter les plaidoiries. Le chef d'œuvre de cette critique est indiscutablement la comédie des *Plaideurs* de Racine. L'auteur y dépeint un avocat – l'*Intimé* – incapable d'exposer simplement les faits malgré les injonctions réitérées du juge<sup>1882</sup>. Il décrit également, par le biais du personnage de Chicanneau, le panel de moyens procéduraux permettant d'éterniser un procès<sup>1883</sup>. *L'avocat sans plaideurs* affirme, lui, l'existence d'un grand nombre d'ignorants : Carrille, un savetier qui se fait passer pour avocat, avoue qu'il existe « tant d'avocats ignorants comme [lui] » et estime être capable de « citer des mots dont [il a] quelque mémoire », grâce à la fréquentation des procureurs et « autres chicaneurs »<sup>1884</sup>. En outre, *L'huitre et les plaideurs* dépeint les avocats Fausset et Tousset comme des procéduriers par excellence. Le premier s'écrie : « vive le procès [...], la chicane, la plaidoirie, ont toujours de nouveaux attraits ! ». Le second, se faisant l'écho du premier, réplique : « S'il faut à l'homme une folie, en est-il de plus jolie que d'avoir quelque bon procès ? [...] Vive la plaidoirie ». À l'opposé, les plaideurs jettent avec désarroi : « ne plaidons jamais [...] au diable le procès »<sup>1885</sup>. Certes, la caricature des avocats faisant d'eux des êtres avides et procéduriers n'est que le reflet de certaines critiques – comme c'est le cas des procureurs –, elle n'en demeure pas moins révélatrice

---

<sup>1881</sup> La *Farce de M. Pathelin* est la première comédie française sur le monde des avocats (et de manière générale sur le monde judiciaire). Les commentateurs sont abondants, voir principalement pour les éléments juridiques : LEMERCIER, P., « Les éléments juridiques de *Pathelin* et la localisation de l'œuvre », *Romania*, Tome 37, n° 290, 1952, p. 200-226. Agnès Aguer parle de l'avocat en tant qu'archétype du menteur : AGUER, Agnès, *L'avocat dans la littérature du Moyen Âge et de la Renaissance*, Paris, L'Harmattan, 2010 ; *ID.*, *L'avocat dans la littérature de l'Ancien Régime, du XVII<sup>e</sup> jusqu'à la Révolution française*, Paris, L'Harmattan, 2011. Voir également : THIREAU, Jean-Louis, « Le monde des avocats dans la France d'Ancien Régime », *Droits*, n° 40, 2005, p. 3-21.

<sup>1882</sup> RACINE, Jean, *Les plaideurs*, Paris, Trabouillet, 1697, p. 50-55, version numérique modernisé disponible sur : [https://www.theatre-classique.fr/pages/pdf/RACINE\\_PLAIDEURS.pdf](https://www.theatre-classique.fr/pages/pdf/RACINE_PLAIDEURS.pdf) (consulté le 10 février 2020).

<sup>1883</sup> « [...] Dont je formai ma plainte au juge du village. / Je fais saisir l'ânon. Un expert est nommé. / À deux bottes de foin le dégât estimé ; / Enfin au bout d'un an sentence par laquelle / nous sommes renvoyés hors de cour. J'en appelle. / Pendant qu'à l'audience on poursuit un arrêt, / remarquez bien ceci, Madame, s'il vous plaît, / notre ami Drolichon, qui n'est pas une bête, / Obtient pour quelque argent, un arrêt sur requête, / et je gagne ma cause. À cela que fait-on ? / Mon chicaneur s'oppose à l'exécution. / Autre incident. Tandis qu'au procès on travaille, / Ma partie en mon pré laisse aller sa volaille. / Ordonné qu'il sera fait rapport à la cour / du foin que peut manger une poule en un jour. / Le tout joint au procès enfin, et toute chose / demeurant en état, on appointe la cause. / Le cinquième ou sixième avril cinquante-six, / J'écris sur nouveaux frais. Je produis, je fournis / de dits, de contredits, enquêtes, compulsoires, / rapports d'experts, transports, trois interlocutoires, / griefs et faits nouveaux, baux, et procès-verbaux. / J'obtiens lettres royales [*sic*], et je m'inscris en faux. / Quatorze appointments, trente exploits, six instances, / six-vingt productions, vingt arrêts de défenses, / arrêt enfin. Je perds ma cause avec dépens, / estimés environ cinq à six mille francs. / Est-ce là faire droit ? Est-ce là comme on juge ? / Après quinze ou vingt ans ? Il me reste un refuge, / la requête civile est ouverte pour moi, / je ne suis pas rendu. Mais vous, comme je vois, / vous plaidez ? », *ibid.*, p. 16.

<sup>1884</sup> ROSIMOND, Claude-Rose, *L'avocat sans pratique*, Paris, [s.n.], 1692, p. 10.

<sup>1885</sup> SEDAINÉ, M.-J., *L'huitre et les plaideurs, ou le tribunal de la chicane...*, *op. cit.*, p 27-28.

des faiblesses de la procédure que certains discours tendent à amplifier en vue de réformes<sup>1886</sup>.

L'instrumentalisation du droit du procès par les praticiens révèle en filigrane la tension entre une vision des normes procédurales garantes des libertés – celle de Montesquieu – et son revers, la dénaturation de ces normes et de leur finalité qui deviennent *in fine* préjudiciables aux justiciables. Ainsi, si l'on admet que le recours à la chicane est caractéristique de la pratique des avocats alors cela représente indiscutablement un obstacle à la construction d'un véritable discours des garanties judiciaires.

\*

\*       \*

Au terme de ces développements, un constat s'impose : le *droit du procès* de l'Ancien Régime est très disparate, ce qui diminue la portée de son intelligibilité. Malgré l'importance, sur le plan dogmatique, du formalisme institué par l'ordre judiciaire de la monarchie d'Ancien Régime – et notamment en matière criminelle –, les divergences de styles de procédure constituent un obstacle majeur à la protection des sujets fondée sur le respect des formes juridiques. La doctrine conçoit une partie de ce formalisme comme étant une « garantie » car les nullités deviennent l'arme principale de protection des libertés des justiciables dans la procédure judiciaire<sup>1887</sup>. Or la diversité des juridictions et des formalités ne peut que plonger dans la perplexité le justifiable qui les affronte, et de surcroît ouvre un champ aux pratiques les moins scrupuleuses qui s'y engouffrent pour éterniser les procès. La certitude subjective que le discours de la magistrature développe – en insistant sur le caractère « figé » des juridictions et *grosso modo* sur la « complétude » du système judiciaire – est de toute évidence mise à mal : par le développement des tribunaux *ad hoc*, par l'enchevêtrement des juridictions et par les nombreux angles morts présents dans la réglementation des procès judiciaires – qu'elle soit légale, coutumière ou juridictionnelle. Même au XVIII<sup>e</sup> siècle, les principaux auteurs de la doctrine procédurale reconnaissent malgré eux ces

---

<sup>1886</sup> Voir *infra*, Chapitre 7, section 2.

<sup>1887</sup> ASTAING, A., *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel...*, *op. cit.*, p. 71-184.

difficultés, sans pour autant être vraiment critiques des normes en vigueur ni proposer une réformation qui pourrait rendre opérationnelle l'idée d'un droit subjectif aux formes juridiques tel qu'il est esquissé chez Montesquieu. Si, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la doctrine quasi-officielle de la royauté (forgée davantage par ses officiers de justice) est timorée, les avocats et les « réformateurs » vont au contraire s'approprier le discours sur l'importance de la procédure afin d'insister sur son caractère subjectif.



## TITRE II : L'APPROPRIATION DU DROIT AU PROCES DANS LE DISCOURS DES REFORMATEURS ET DES PRATICIENS

La seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> est marquée par la pensée des « Lumières »<sup>1888</sup>. Bien que ce courant s'apparente davantage à une pensée philosophique, il influence largement la manière de concevoir le droit et les procédures juridiques. Les « Lumières » parachèvent en effet une conception rationnelle du droit en germe depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1889</sup>. Elle se caractérise par l'utilisation de la méthode *axiomatique* par opposition à la méthode *dialectique*, ce qui se manifeste de surcroît dans la réflexion du droit en tant que système pouvant être déduit, notamment chez les tenants de l'École dit de droit naturel<sup>1890</sup>. À quoi s'ajoute une conception « textuelle » du droit issue de la méthode historique humaniste, qui implique, selon les mots de Quentin Epron que « le droit, en tant qu'il est localisé dans une source, est défini par son autonomie d'une situation de fait, d'un cas concret, d'un jugement »<sup>1891</sup>. Enfin, on y développe l'idée d'un droit subjectif appartenant à chacun en tant que « *facultas vivendi et faciendi quæ velis* »<sup>1892</sup>. Ces traits généraux conduisent à identifier la recherche du juste à l'efficacité de la norme positive – la *loi*. Partant, le droit identifié à la loi tend à être renfermé dans

---

<sup>1888</sup> A titre indicatif, quelques ouvrages récentes sur la question : *A l'ombre des Lumières : littérature et pensée françaises du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Trude Kolderup et Svein-Eirik Fauskevåg (dir.), Paris-Oslo, L'Harmattan-Solum Forlag, 2008 ; *Corpus, revue de philosophie*, n° 57, La nature humaine. Lumières françaises et britanniques, 2009 ; HARVEY, David Allen, *The French Enlightenment and its others : the mandarin, the savage, and the invention of the human sciences*, New York, Palgrave MacMillan, 2012 ; *L'esprit de système au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Sophie Marchand et Elise Pavy-Guilbert (dir.), Paris, Hermann, 2017 ; *Les marges des Lumières françaises, 1750-1789...*, Didier Massau (dir.), Genève, Droz, 2004 ; *Les métaphysiques des Lumières*, Pierre Girard, Christian Leduc et Mitia Roux-Beaulne (dir.), Paris, Calssiques Garnier, 2016 ; LILTI, Antoine, *L'héritage des Lumières : ambivalences de la modernité*, Paris, EHESS, Seuil, Gallimard, 2019.

<sup>1889</sup> Voir sur ce sujet : BELISSA, Marc, « Droit des gens et théorie constitutionnelle dans la pensée des Lumières », *RHDFE*, Vol. 76, No. 2 (avril-juin 1998), p. 215-233 ; HOCHSTRASSER, Timothy J., *Natural law theories in early Enlightenment*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.

<sup>1890</sup> VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>1891</sup> EPRON, Quentin, « Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-Lumières », *RHFD*, n°24, 2004, p. 23. Voir du même : *La manière française du droit : contribution à l'histoire des méthodes juridiques de l'Humanisme aux pré-Lumières*, Thèse de Doctorat en Histoire du droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2006, 530 p. Voir également : RIALS, Stéphane, « *Veritas iuris*. La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme », *Droits*, n° 26, 1997, 101-182.

<sup>1892</sup> DONEAU, Hugues, *Opera omnia. Commentariorum de jure civili*, Volume I, Florentiæ, Signum Cluis, 1840, p. 242. Certes l'expression « droit subjectif » n'est pas encore d'usage au XVIII<sup>e</sup> siècle, mais la définition d'Hugues Doneau « révèle le lien indissociable entre le droit subjectif et la volonté libre du sujet. Le droit subjectif possédait alors déjà tous les traits essentiels qui le caractérisent encore aujourd'hui, à savoir : le pouvoir de l'individu de disposer librement de son bien ». WINIGER, Bénédicte, « La personne individuelle, porteuse de devoirs et de pouvoirs dans la conception jusnaturaliste », *Personne, société, nature : la titularité de droits, du rationalisme juridique du XVII<sup>e</sup> siècle à l'écologie moderne*, Bruno, Schmidlin (dir.), Fribourg, Editions Universitaires, 1996, p. 15-28.

un cadre autoréférentiel étatique et porte en lui une valeur axiologique : la loi est la protectrice par excellence des libertés des sujets<sup>1893</sup>.

Le droit pensé comme « ordre » logique issu d'une source étatique semble contredit par la diversité des sources sous l'Ancien Régime. De plus, si les discours politico-juridiques du XVIII<sup>e</sup> siècle ont les caractéristiques mentionnées précédemment, ils émanent pourtant de voix très hétérogènes : philosophes, écrivains, académiciens et, bien évidemment, juristes. Les uns formulent leurs idées de manière abstraite, les autres les développent au travers des cas concrets. Or, indépendamment du style ou de la formation des auteurs, chacun semble s'approprier le discours sur la procédure, en insistant sur la nécessité des formes pour protéger les particuliers face à la puissance publique.

Dans ces discours très hétéroclites, l'idée commune d'un droit subjectif aux formes juridiques émerge. D'une part, la réflexion constitutionnelle sur les normes procédurales se développe, tout en s'éloignant des fondements et de la pratique de la monarchie absolue de droit divin (Chapitre 7). D'autre part, l'idée d'un droit au procès appartenant aux individus apparaît dans la doctrine et dans les sources (Chapitre 8).

---

<sup>1893</sup> Y compris même dans le paradigme des absolutistes au XVIII<sup>e</sup> siècle. Sur ce sujet, voir : SAINT-BONNET, François, « Les périls du contre-feu doctrinal des absolutistes au XVIII<sup>e</sup> siècle. Des contraintes de l'éristique constitutionnelle coutumière », *Droits*, n° 54/2, 2011, p. 92-94.

## Chapitre 7. La procédure au cœur du débat constitutionnel du siècle des Lumières

A partir de 1715, la notion de constitution devient centrale dans le débat politico-juridique. Au fur et à mesure, outre les significations non juridiques attestées dans les dictionnaires de l'époque, elle prend un sens différent de celui que la tradition romano-canonique lui attribuait jusque-là<sup>1894</sup>. Il s'agit en effet, selon la définition d'Henry de Bolingbroke, d'un « assemblage de lois, institutions et coutumes qui découlent de certains principes immuables de la raison, et tendent à certains éléments figés du bien public, et qui composent le système général selon lequel la communauté est convenue d'être gouvernée »<sup>1895</sup>.

Montesquieu, influencé par Bolingbroke<sup>1896</sup>, reprend cette définition « politique » de la constitution, dépassant la notion courante à l'époque de « lois fondamentales ». En effet, pour lui et pour maints continuateurs, la constitution ne se limite pas seulement aux conditions d'accès au pouvoir monarchique et à certaines limitations concrètes dans l'exercice de ce pouvoir ; elle se réfère également à un agencement des institutions qui permet la limitation – ou en tout cas la « canalisation » – de la puissance souveraine. De plus, comme le relève Édouard Tillet, la manière d'entendre la notion de constitution change : « de la "constitution de l'État" [...] entendue comme *ce qui est*, comme le constat d'un ordre politique naturellement établi, s'opère une subtile transition [...], vers la "constitution" entendue comme *ce qui doit être* »<sup>1897</sup>. Les Lumières françaises, adhérant certes à différents degrés à l'argumentation du baron de la Brède, n'en rejoignent pas moins ces glissements sémantiques<sup>1898</sup> lorsqu'elles contestent de manière théorique ou pratique l'exercice du pouvoir monarchique.

---

<sup>1894</sup> STOURZH, Gérald, « Constitution. Evolution des significations du terme depuis le début du XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle », *Droits*, n° 29, 1999, p. 157-175.

<sup>1895</sup> « [An] assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed ». BOLINGBROKE, Henry St. John, *A dissertation upon parties*, dans: *The works of Lord Bolingbroke with a life...*, Volume II, Philadelphia, Carey and Hart, 1841, p. 88. À noter également la distinction entre la constitution et le gouvernement : « *By government we mean [...], that particular tenor of conduct which a chief magistrate, and inferior magistrates under his direction and influence, hold in the administration of public affairs* », *ibid.*

<sup>1896</sup> MONNIER, Raymonde, « Montesquieu et le langage républicain : l'argumentaire de l'*Esprit des lois* », *La Révolution Française*, [En ligne], 5 | 2013, disponible sur : <https://journals.openedition.org/lrf/1036> (consulté le 13 mai 2020). Voir également : BAUM, John Alan, *Montesquieu and social theory*, Oxford-New York-Paris, Pergamon press, 1979.

<sup>1897</sup> TILLET, E., *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel...*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1898</sup> Voir : MESTRE, Jean-Louis, « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *RFDC*, no. 71, 2003/3, p. 451-472 ; TRAMPUS, Antonio, *La naissance du langage politique moderne : l'héritage des Lumières de Filangieri à Constant*, Paris, Classiques Garnier, 2017.

Ces contestations entraînent un questionnement profond des fondements de la monarchie absolue, qui s'accompagne naturellement d'une réflexion sur les formes juridiques que le pouvoir politique doit assumer pour conserver sa légitimité. Ainsi, le discours réformateur exige de revenir sur les paradigmes monarchiques d'élaboration de la norme (Section 1) en même temps qu'il s'attaque aux abus de l'ordre judiciaire, remettant en cause l'idée même de justice (Sections 2).

## Section 1. Le dépassement du paradigme volontariste des lois du roi

Pendant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, la critique de la monarchie s'établit dans l'opinion publique. La « symbiose roi-nation » est de plus en plus remise en question<sup>1899</sup>, y compris par les institutions comme les parlements. Si la royauté maintient sa sacralité et si les attaques contre le roi ne sont que rarement personnelles, il n'en demeure pas moins que, derrière ces questionnements, ce sont l'agencement de la monarchie de droit divin et le caractère « absolu » du pouvoir qui sont progressivement subvertis.

La récupération et le détournement de la formule médiévale « *lex consensu populi fit et constitutione regis* » au milieu du siècle ne peut que profiter à une réflexion menée autour des formes d'élaboration des normes en vue de l'expression du consentement de ce « peuple »<sup>1900</sup>. De même, la pensée de Rousseau et de ceux qui défendent un *pactum societatis* – ou *grosso modo* une vision contractuelle du pouvoir politique – place les citoyens au centre des formes de participation au pouvoir politique, y compris au cœur de la fonction législative. Il ne suffit pas alors de penser les procédures d'élaboration de la norme entre les institutions stables de la monarchie – autrement dit, entre le souverain et les officiers ou conseils établis. Il faut également donner une forme au consentement des particuliers, car ils ne sont plus seulement les « sujets » passifs du pouvoir politique mais aussi, de plus en plus, des citoyens actifs.

Le décor institutionnel de cette réflexion est encore celui des siècles précédents mais ses fondements évoluent. C'est ainsi que la souveraineté – notion centrale pour l'exercice du pouvoir législatif – chemine lentement vers un nouveau titulaire (§1), ce qui a des conséquences concrètes sur la manière de concevoir les procédures législatives (§2).

---

<sup>1899</sup> Selon la dénomination de : SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, op. cit., p. 197 et ss.

<sup>1900</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2, §1-B.

## §1. *Le glissement de la souveraineté*

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le concept bodinien de la souveraineté, figé, il demeure un critère pour déterminer la forme du régime politique. Or, à cette époque, le gouvernement monarchique semble incompatible avec l'« esprit de modération » du pouvoir tel qu'on le trouve notamment dans la pensée de Montesquieu. Ainsi, lorsqu'il s'agit des conditions de la liberté politique, les juristes et réformateurs érodent les institutions royales – en particulier de l'« administration » – sans pourtant présenter un projet « démocratique ». Cette contestation conduit à une remise en cause de l'idée même de monarchie « absolue », y compris en ce qui concerne le pouvoir de faire la loi (A), débouchant sur l'idée d'un nouveau titulaire de la souveraineté (B).

### A. *Contester l'absoluité du régime monarchique*

Depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, les auteurs jusnaturalistes ont tendance à présenter la souveraineté des gouvernements monarchiques à travers les conditions de son exercice, plutôt qu'à décrire les prérogatives issues de ce concept. À titre d'exemple, Samuel Pufendorf (†1694)<sup>1901</sup> met l'accent sur les devoirs du « Prince » en tant que souverain et en tant qu'homme. Même lorsqu'il présente les « droits inviolables de la souveraineté » en évoquant d'abord l'obéissance des sujets, il passe rapidement aux devoirs du souverain, parmi lesquels celui de « procurer le salut & l'avantage de tout l'État, ou en prenant les mesures qu'il juge les plus convenables, ou en suivant les Lois fondamentales de l'État, selon que son Pouvoir est ou Absolu, ou Limité »<sup>1902</sup>. S'il refuse l'idée de gouvernement mixte – qu'il qualifie d'irrégulier –, il accepte tout de même que certaines conditions d'exercice de la souveraineté puissent être

---

<sup>1901</sup> Les travaux sur sa biographie et son œuvre sont nombreux. On réfère seulement certains qui sont liés à la question du régime politique : GOYARD-FABRE, Simone, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994 ; HOLLAND, Ben, *The moral person of the state : Pufendorf, sovereignty and composite politics*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2017 ; HUESBE LLANOS, Marco A., « La teoria politica de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitucion del imperio romano-germanico (1667) », *Revista de Estudios Hitorico-Juridicos*, n° 31, Valparaiso, 2009, p. 427-455 ; PALLADINI, Fiammetta, *Samul Pufendorf discepolo di Hobbes : per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990 ; SCHINO, Anna Lisa, *Il pensiero politico di Pufendorf*, Roma, Laterza, 1995 ; TODESCAN, Francesco, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, Milan, Giuffrè, 2001. Sur la traduction de Jean Barbeyrac : LABRIOLA, Giulia Maria, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e Grozio : dalla costruzione della sovranità alla teoria della resistenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

<sup>1902</sup> PUFENDORF, Samuel von, *Le droit de la nature et des gens, ou système des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Tome 2, Amsterdam, Kuyper, 1706, p. 297.

déterminées au préalable<sup>1903</sup>. En outre, la pensée de John Locke est digne d'attention : les outils conceptuels de sa théorie du gouvernement – notamment la division des pouvoirs en législatif, exécutif et fédératif – et sa réflexion sur la monarchie mixte ont certainement eu une influence postérieure en France<sup>1904</sup>.

Le début du XVIII<sup>e</sup> siècle est marqué par la régence de Philippe d'Orléans et l'instauration d'un système de gouvernement inédit : la polysynodie<sup>1905</sup>. Malgré l'échec rapide de cette entreprise – elle n'aura duré que trois ans –, elle illustre l'intérêt des acteurs politiques, nobiliaires en l'occurrence<sup>1906</sup>, d'instaurer une pratique nouvelle dans laquelle le pouvoir serait moins concentré dans les mains d'un petit nombre. De plus, cette expérience donne à certains auteurs l'occasion de penser un ordre constitutionnel qui s'oppose notamment aux formes de la monarchie de Louis XIV, comme c'est le cas du *Discours sur la polysynodie...* de l'abbé Castel de Saint-Pierre (†1743)<sup>1907</sup>. Il y affirme que le « règlement de la polysynodie [peut être passé] en forme de Loi fondamentale dans les États généraux, & la faire jurer au Sacre des Rois, & lui

---

<sup>1903</sup> Ce sont les *promesses particulières* du roi à l'égard de ses sujets qu'il range dans la catégorie de lois fondamentales et qu'il divise en deux : celles qui lient seulement la conscience du Prince, et celles qui tiennent lieu de condition nécessaire, dont le défaut dégage les Sujets de l'obéissance. Sur ces dernières, le potentiel subversif de l'idée est patent : « Lorsque les Sujets ont stipulé cela du Roi en lui conférant l'Autorité Souveraine, avec déclaration expresse, qu'ils ne prétendaient pas être tenus de lui obéir dans tout ce qu'il ordonnerait sans le consentement de l'Assemblée du Peuple, ou de ceux qui le représentent ; c'est l'autre sorte de *Promesse particulière*, qui impose au Roi une Obligation beaucoup plus étroite, & en vertu de laquelle tout ce qu'il fait contre les Statuts & les Lois Fondamentales, est entièrement nul par lui-même, & n'oblige les Sujets en aucune manière [...] ». *Ibid.*, p. 273 (souligné dans le texte).

<sup>1904</sup> S'il n'est pas certain que la pensée de Locke ait pu influencer directement celle de Montesquieu, les traductions au français du premier existent dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Pour la théorie politique de John Locke, voir principalement : DUNN, John, *La pensée politique de John Locke : une présentation historique de la thèse dans les "Deux traités du gouvernement"*, Paris, PUF, 1991 ; SPITZ, Jean-Fabien, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris, PUF, 2001. Pour les traductions au français : SOULARD, Delphine, « L'œuvre des premiers traducteurs français de John Locke : Jean Le Clerc, Pierre Coster et David Mazel », *Dix-septième siècle*, vol. 253, no. 4, 2011, p. 739-762 ; *ID.*, « La connaissance et l'étude de John Locke sur le continent. Le cas de *Two treatises of Government* », *Traduire : transmettre ou trahir ? Réflexions sur la traduction en sciences humaines*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2013, p. 119-129. Pour l'influence dans la pensée française du XVIII<sup>e</sup> siècle, voir : BARIDON, Michel, « Locke en France : courants et contre-courants », *Revue de la Société d'études anglo-américaines des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Année 1986, p. 104-118 ; HUTCHINSON, Ross, *Locke in France : 1688-1734*, Oxford, Voltaire Foundation, 1991 ; WILSON, Ian M., *Studies on Voltaire and the eighteenth century. Volume CI, the influence of Hobbes and Locke in the shaping of the concept of sovereignty in eighteenth century France*, Banbury, Voltaire Foundation, 1973.

<sup>1905</sup> Les études sur cette courte période sont assez limitées : BENOÎT, Maurice, *La polysynodie : étude sur l'organisation des conseils sous la Régence*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1928, 177 p. ; BISCARDI, Domenico, *Instauration et crise de la Polysynodie pendant la régence de Philippe d'Orléans*, Thèse de doctorat en Histoire, EHESS et Università degli studi La Sapienza (Rome), 2007, 495 p. ; DUPILET, Alexandre, *Le régent et ses conseils. La polysynodie : institutions et gouvernement à l'aube des Lumières*, Thèse de doctorat et Histoire, Université de Paris VIII Vincennes-Saint-Denis, 2009, 881 p. ; *ID.* et SARMANT, Thierry, « La polysynodie et gouvernement par conseil en France et en Europe du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle », *HES*, 26<sup>e</sup> année, N. 4, 2007, p. 51-65.

<sup>1906</sup> C'est l'époque du discours nobiliaire anti-absolutiste d'un Henry de Boulainvilliers ou de Saint-Simon.

<sup>1907</sup> CASTEL DE SAINT-PIERRE, Charles-Irénée, *Discours sur la polysynodie, où l'on démontre que la polysynodie, ou pluralité des Conseils, est la forme de Ministère la plus avantageuse pour un Roi, & pour son Royaume*, Amsterdam, Du Villard & Changuion, 1719. L'auteur, académicien, est reconnu comme un précurseur des Lumières et comme un défenseur de la paix au niveau européen. Voir, entre autres : BARREAU, Thierry, *L'abbé de Saint-Pierre : l'Européen des Lumières*, Cherbourg-Octeville, Isoète, 2012 ; BOIS, Jean-Pierre, *L'abbé de Saint-Pierre : entre classicisme et Lumières*, Ceyzérieu, Champ Vallon, 2017 ; PERKINS, Merle Lester, *The moral and political philosophy of the Abbé de Saint-Pierre*, Genève-Paris, Droz-Minard, 1959 ; SURIANO, Dominique, *L'abbé de Saint-Pierre (1685-1743) ou Les infortunes de la raison*, Paris, L'Harmattan, 2005.

donner ainsi la même autorité que la Loi Salique »<sup>1908</sup>. Autrement dit, la loi fondamentale, précédant le souverain, peut lui imposer une forme de gouvernement. De plus, son *Discours* insiste sur la nécessité de voix « libres et indépendantes » dans les conseils d'État, ce qui contrarie la conception de dépendance absolue vis-à-vis du roi dans laquelle sont tenus tous les organes du corps monarchique<sup>1909</sup>.

Ultérieurement, les commentaires de l'ouvrage de Castel de Saint-Pierre évoquent son potentiel contradictoire : Laurent Angliviel de la Beaumelle, homme de lettres contemporain, adversaire de Voltaire, affirme que la polysynodie est « le moyen le plus noble, le plus naturel, le plus sûr, d'affaiblir à jamais l'autorité du Roi. On ne pouvait tendre au Despotisme un piège plus adroit »<sup>1910</sup>. Rousseau qualifie le projet de « révolution » mais pointe les contradictions et les omissions de l'auteur qui affirme la compatibilité de la polysynodie avec la monarchie française<sup>1911</sup>. Pour le premier, au contraire, elle ne peut être « utile ni praticable dans aucune véritable Monarchie ; mais seulement dans une sorte de Gouvernement mixte, où le chef ne soit que le président des Conseils, n'ait que la puissance exécutive & ne puisse rien par lui-même [...] »<sup>1912</sup>. Le vocabulaire de Locke et de Montesquieu est présent dans les deux cas.

Plusieurs auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle, suivant en cela les devanciers du précédent, rapprochent principalement la légitimité du pouvoir de la garantie de la liberté politique, puis, subsidiairement, des prérogatives de la souveraineté. Ainsi, à rebours de l'opposition totale au régime mixte par Bodin et ses continuateurs<sup>1913</sup>, ces auteurs recherchent un équilibre entre les institutions, de sorte que « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »<sup>1914</sup>. Pour Montesquieu, les modalités de modération de la puissance dans la monarchie résident en deux idées, comme l'a démontré Éric Gojoso : la « distribution des fonctions » et le « dépôt des lois »<sup>1915</sup>. Si,

---

<sup>1908</sup> *Ibid.*, p. 191. Il est aussi intéressant de voir que l'auteur considère qu'une pratique comme la polysynodie peut être élevée au rang de « loi fondamentale » comme la loi salique que, comme chacun le sait, n'est pas une règle écrite mais plutôt une règle coutumière composite.

<sup>1909</sup> Ces libertés et indépendances sont également accompagnées d'une certaine égalité : « Quand dans les assemblées il y a des voix qui sont dépendantes, ou qui ne sont pas entièrement libres, elles ne sont utiles à l'État, qu'autant que celui dont elles dépendent, a de lumière ou de zèle pour l'État ; mais s'il manque ou de zèle ou de lumière, ces voix dépendantes, ou *non-libres*, deviennent des voix très-nuisibles aux intérêts du Roi & du Royaume : Donc plus on ménagera *d'égalité* dans le pouvoir par la circulation des départements, plus on ménagera de *liberté & d'indépendance* entre les Conseillers d'État. Il y aura alors plus de contradictions utiles, & par conséquent plus de lumière & plus de sagesse dans les Conseils ». *Ibid.*, p. 70.

<sup>1910</sup> LA BEAUMELLE, Laurent Angliviel de, *Mes pensées, avec le supplément...*, Berlin, [s.n.], 1761, p. 167. Sur l'auteur : LAURIOL, Claude, *La Beaumelle : un protestant cévenol entre Montesquieu et Voltaire*, Genève, Droz, 1978.

<sup>1911</sup> Voir son « Jugement sur la polysynodie » dans : ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Collection complète de œuvres de J.J. Rousseau*, Tome XII, Genève, [s.n.], 1782, p. 76-90.

<sup>1912</sup> *Ibid.*, p. 89. Par-là, Rousseau critique également la souveraineté aristocratique.

<sup>1913</sup> Dont en première ligne, au XVIII<sup>e</sup> siècle, les physiocrates.

<sup>1914</sup> MONTESQUIEU, *EL*, *op. cit.*, Livre XI, chapitre 4.

<sup>1915</sup> GOJOSO, Éric, « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu... », *op. cit.*, p. 500-504.

comme Montesquieu, nombre d'auteurs ne mettent pas en cause que dans une monarchie la puissance législative appartient exclusivement au roi souverain, ils s'empressent de proposer les dispositifs qui permettent sa modération. Les opinions et les suggestions en ce sens sont variées. Elles permettent d'apercevoir que les fondements traditionnels de la monarchie changent de sens ou bien qu'on leur en substitue de nouveaux.

À la même époque, mais dans un registre visiblement plus polémique que celui du baron de la Brède, le marquis d'Argenson dépeint la monarchie absolue en des termes très critiques : « on entend un gouvernement où le monarque rapporte tout à lui, ne considérant que son droit de propriété sur les États qu'il gouverne, & ne croyant pas devoir déférer aux conseils »<sup>1916</sup>. Par contraste, il existe un état monarchique ou royauté, qui est « le Gouvernement d'un État par un homme seul [...], & dont il ne se regarde que comme le premier Magistrat »<sup>1917</sup>. Plus concrètement, sur le plan décisionnel, Argenson affirme que, sous le règne de Louis XIV, « les Conseils n'ont malheureusement à présent en France qu'un pouvoir de nom [...] ; tout se ressent de l'esprit de la Monarchie absolue & de l'autorité arbitraire [...] ; [l']incertitude continuelle dans les principes, qui sont toujours ceux du jour, du moment [...] »<sup>1918</sup>. Il prône les progrès de la « démocratie représentative » dans la monarchie<sup>1919</sup>, qu'il esquisse dans son projet d'une nouvelle administration « décentralisée » en France. La constitution de l'État doit *in fine* étendre la participation des sujets au gouvernement<sup>1920</sup>.

Les auteurs qualifiés *a posteriori* de jusnaturalistes poussent plus loin l'argumentation de Samuel Pufendorf, voire la détournent. Pour Jean-Jacques Burlamaqui (†1748)<sup>1921</sup>, par exemple, la souveraineté n'est pas seulement la notion

---

<sup>1916</sup> D'ARGENSON, R.-L. de V., *Considération sur le gouvernement ancien et présent de la France...*, *op. cit.*, édition de 1784, p. 11. Sur le régime mixte dans ses ouvrages : DEROUSSIN, David, « Les Considérations sur le gouvernement... du marquis d'Argenson : de la protection des intérêts au régime mixte », *Lectures du régime mixte*, Centre d'études et de recherches d'histoire des idées et des institutions politiques, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, p. 179-200.

<sup>1917</sup> *Ibid.*, p. 11. À noter que la conception républicaine sous-jacente évite le mot de souverain et préfère celui de magistrat.

<sup>1918</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>1919</sup> Voir : BALASZ, Peter, « La monarchie républicaine du Marquis d'Argenson », *Studi Francesi*, 159 (LIII | III), 2009, p. 506-518, disponible sur : <http://journals.openedition.org/studifrancesi/7433> (consulté le 11 mai 2020).

<sup>1920</sup> *Ibid.*, p. 197-222. Sur d'Argenson et la décentralisation voir : CARVALHO, Thérèse, « Marquis d'Argenson », *Les grandes figures de la décentralisation*, Nicolas Kada et Vincent Aubelle (dir.), Boulogne-Bilancourt, Berger-Levrault, 2019, p. 31-34.

<sup>1921</sup> Sur l'auteur : ABOUCAYA, Laurent, *Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel : les coryphées suisses du droit naturel et des gens, XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Toulouse 1, 1989, 395 p. ; BARNETT, Gary L., *A comparison of the moral and political ideas of Jean-Jacques Rousseau and Jean-Jacques Burlamaqui*, Thèse de Doctorat en philosophie, Université d'Arizona, 1970, 382 p. ; GAGNEBIN, Bernard, *Burlamaqui (1694-1748) et le droit naturel*, Genève, Editions de la frégate, 1944 ; PEREZ JOHNSTON, Raul, « Jean-Jacques Burlamaqui and the theory of social contract »,

pivot de la *république*, puisqu'elle a aussi une finalité qui est « la félicité des peuples »<sup>1922</sup>. Il accepte en principe un régime « simple », dans la droite ligne de Pufendorf, et décrit les prérogatives du souverain d'une manière assez traditionnelle. Cependant, l'essentiel de son argumentation réside dans l'« heureux tempérament » d'un « gouvernement formé avec de telles précautions, qu'en bannissant la licence [qui est l'écueil de la liberté], il n'amène point à la tyrannie [l'écueil de la souveraineté] »<sup>1923</sup>. C'est la raison pour laquelle il rejette le gouvernement absolu d'un seul, écartant l'expectative d'un « génie supérieur [et] vertu parfaite »<sup>1924</sup>. De plus, il accepte un certain partage de la souveraineté lorsqu'il affirme qu'il peut y avoir différents « ordres de l'État qui [y] ont part [...], en vertu de la loi fondamentale, et non pas à titre de simple commission »<sup>1925</sup>. Partant, les pouvoirs politiques ne découlent pas tant de la souveraineté que de la constitution de l'État.

Emer de Vattel (†1767)<sup>1926</sup> n'en dit pas moins lorsqu'il affirme que les lois fondamentales doivent être établies avec « précision & clarté, afin qu'elles demeurent fiables [et] qu'elles ne puissent être éludées & qu'elles n'engendrent, s'il se peut, aucune dissension »<sup>1927</sup>. Il envisage également que les puissances publiques puissent être confiées soit à des organes différents (division fonctionnelle), soit à une même puissance composée de deux ou plusieurs organes (division organique). De plus, il affirme explicitement que la nation peut réprimer l'atteinte que le prince porte aux lois fondamentales<sup>1928</sup>. Cette conception qui lie les notions de constitution et de lois fondamentales à la modération de la souveraineté, venant d'auteurs qui s'attachent en

---

*Historia Constitucional*, n° 6, 2005, p. 331-374 ; PEROZ, Anne, « Burlamaqui et l'arbitraire du juge », *Pravnik*, vol. 71, Special Issue, 2016, p. 135-156 ; RODRIGUEZ GOMEZ, Edgardo, « El jusnaturalismo y la guerra en el pensamiento de Jean-Jacques Burlamaqui y Emer de Vattel en el siglo XVIII », *Revista Telematica de Filosofia del Derecho*, n° 11, 2007/2008, p. 41-56.

<sup>1922</sup> BURLAMAQUI, Jean-Jacques, *Principes du droit politique*, Tome I, Amsterdam, Chatelain, 1751, p. 44.

<sup>1923</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>1924</sup> *Ibid.*, p. 120-121.

<sup>1925</sup> *Ibid.*, p. 106-107.

<sup>1926</sup> Sur l'auteur : ABOUCAYA, L., *Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel : les coryphées...*, op. cit. ; FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX) : l'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*, Frankfurt, Max Planck Institut for European Legal History, 2017 ; MUIR-WATT, Horatia, *Les fondements du droit des gens dans l'œuvre de Vattel*, Mémoire DEA Philosophie du droit, Université de Paris 2, 1985, 91 p. ; MANCUSO, Francesco, *Diritto, stato, sovranità : il pensiero politico-giuridico di Emer de Vattel tra assolutismo e rivoluzione*, Napoli, Edizione scientifiche italiane, 2002 ; RUDDY, Francis Stephen, *International law in Enlightenment : the background of Emmerich de Vattel's « le droit des gens »*, Dobbs Ferry, Oceana publications, 1975.

<sup>1927</sup> VATTEL, Emer de, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, Paris-Lyon, Rey et Gravier-Blache, 1820, p. 69-70.

<sup>1928</sup> Le §51, Chapitre IV du Livre Premier s'intitule « Cependant la Nation peut réprimer à un tyran, et se soustraire à son obéissance ». *Ibid.*, p. 84-89.

principe au « droit des gens », pénètre les cercles lettrés français au point de devenir commune durant les dernières décennies de l’Ancien Régime<sup>1929</sup>.

En effet, la conception d’une monarchie tempérée prévaut dans la définition des lois fondamentales de l’*Encyclopédie*, rédigée par Louis de Jaucourt (†1780)<sup>1930</sup>. Elles sont issues d’une convention « entre le peuple et ceux à qui il a délégué la souveraineté », et « règlent la manière dont on doit gouverner, et prescrivent des bornes à l’autorité souveraine »<sup>1931</sup> ; ce qui écarte toute identification des règles monarchiques selon une logique coutumière, comme c’est le cas avec la loi salique. Durant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, plusieurs juristes de droit public ou politique adhèrent à cette vision constitutionnaliste. Quelques-uns maintiennent les paradigmes de la monarchie absolue tout en acceptant une certaine distribution des fonctions, notamment ceux qui défendent les thèses parlementaires. Les *Maximes du droit public français...*<sup>1932</sup> coécrits par l’abbé Claude Mey (†1796)<sup>1933</sup>, le juriste Gabriel-Nicolas Maultrot (†1803)<sup>1934</sup>, et les avocats André Blonde (†1794)<sup>1935</sup> et Guy-Charles Aubry (†1787)<sup>1936</sup> illustrent cette posture. L’ouvrage emprunte la division de Burlamaqui entre « lois fondamentales naturelles » et « lois fondamentales positives », les dernières étant assimilées à l’idée de constitution de l’État. Parmi celles qui concernent la distribution des fonctions et la modération de la puissance législative, la vérification par les cours souveraines est bien évidemment en première ligne<sup>1937</sup>. Néanmoins, d’autres auteurs

<sup>1929</sup> Voir, par exemple, l’influence de Burlamaqui sur la pensée de Rousseau : DOUGLASS, Robin, « Rousseau’s debt to Burlamaqui : the ideal of nature and the nature of things », *Journal of the history of ideas*, Volume 72, N°2, Avril 2011, p. 209-230.

<sup>1930</sup> Sur les aspects biographiques de l’auteur : LOUGH, John, *Louis, chevalier de Jaucourt : 1704-1780, a biographical sketch*, Newcastle Upon Tyne, [s.n.], 1960 ; HAECHLER, Jean, *L’Encyclopédie de Diderot et de... Jaucourt : essai biographique sur le chevalier Louis de Jaucourt*, Paris, Honoré-Champion, 1995. Sur sa participation à l’*Encyclopédie* : *Le chevalier de Jaucourt. L’homme aux dix-sept mille articles*, Gilles Barroux et François Pépin (dir.), Paris, Société Diderot, 2015.

<sup>1931</sup> *Verbo* « loi fondamentale » : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v9-1848-76/> (consulté le 3 mars 2020). Pour une mise en perspective, voir : RADICA, Gabrielle, « Trois interprétations de la notion de "lois fondamentales" au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Isabelle Moreau (dir.), Lyon, ENS éditions, 2009, p. 229-253.

<sup>1932</sup> Sur la question du « régime mixte », voir l’article succinct de CLERE, Jean-Jacques, « *Les Maximes du droit public* et le gouvernement mixte », *Lectures du régime mixte...*, op. cit., p. 117-127. Sur d’autres aspects de l’ouvrage : BRANCOURT, Jean-Pierre, « Une œuvre de subversion au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Actes Augustin Cochin*, I, Paris, 1975, p. 25-66 ; MESTRE, Jean-Louis, « L’évocation d’un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775) », *État et pouvoir, l’idée européenne*, PUAM, 1992, p. 21-36.

<sup>1933</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, op. cit., p. 730-731.

<sup>1934</sup> *Ibid.*, p. 713-714.

<sup>1935</sup> *Ibid.*, p. 117-118.

<sup>1936</sup> Nous avons relevé peu d’informations sur lui : il a été bâtonnier de l’Ordre, Inspecteur Général du Domaine de la Couronne et Administrateur de l’Hôtel Dieu ; Voir : *Journal de Paris*, Volume I, Numéro 5, le vendredi 5 janvier 1787, p. 20. Document disponible sur Google books.

<sup>1937</sup> L’ouvrage affirme de manière générale que : « Tous les Jurisconsultes qui ont traité du Droit de la Nature & des Gens, ont admis la même distinction de Monarchie absolue, & de Monarchie limitée. La première est celle où le Prince a reçu la Couronne sans aucune condition, où il exerce seul tous les droits sans prendre conseil de personne, sans avoir d’autre frein que la Loi de Dieu, la Loi Naturelle, le bien de l’État. La Monarchie limitée est celle où dans l’usage de sa puissance, le Monarque est astreint à certaines Lois, à certaines conditions qui lui ont été imposées », *Maximes du droit public français. Tirées des*

contestent la pureté du régime monarchique, tel l'abbé Gabriel de Mably (†1785)<sup>1938</sup>, qui s'oppose à l'idée du « despotisme légal », chère aux physiocrates, affirmant que :

« Les seuls [peuples] qui aient réussi à rendre la Société florissante, ce sont ceux qui ont imaginé de faire en quelque sorte un mélange de divers gouvernements, & d'établir, par des sages tempéraments, une administration qui prévient les abus ou excès du pouvoir & de la liberté. Suivant que ces tempéraments ont été établis avec plus de sagesse, le gouvernement a subsisté plus longtemps, & a produit de plus grands biens »<sup>1939</sup>

Ces contestations théoriques d'un régime monarchique « absolu », identifié davantage à une forme dérégulée de gouvernement, trouvent de plus en plus un fondement théorique dans le contractualisme, ce qui montre également une certaine défiance envers les pratiques du pouvoir telles qu'elles se présentent. C'est la raison pour laquelle ces oppositions s'efforcent de fonder le régime sur l'idée d'un pacte, convention ou *consensus* qui déplace la souveraineté vers un nouveau titulaire : le peuple ou la nation.

### **B. Produire un « nouveau » souverain**

Bien que la science politique de l'époque moderne conçoive aisément, à côté de la monarchie et de l'aristocratie, la possibilité d'un régime politique démocratique – dans lequel le « peuple » serait le souverain –, ce régime n'en demeure pas moins suspect et fortement déconseillé<sup>1940</sup>. Pour autant, la considération croissante d'une

---

*Capitulaires, des Ordonnances du Royaume...*, Tome I, *op. cit.*, p. 242. Plus tard, il présente la division entre les lois du roi et les lois du royaume, illustrée avec le discours du parlementaire Achille d'Harlay et l'évocation de la procédure d'enregistrement et vérification (p. 249-250).

<sup>1938</sup> Pour un récit succinct de son œuvre et une mise en perspective avec les idées de son temps : DE BARROS, Ederne, *La théorie du régime mixte chez Condillac et Mably. La Grèce en débat entre républicains de la vertu et physiocrates*, Mémoire de Master 2 en Histoire du droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, p. 15-19 ; DI DONATO, F., « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique... », *op. cit.*, *passim*. Plus largement sur la pensée de l'auteur : *Costituzione e diritti fondamentali in Mably : atti della Giornata di studio di Genova*, 25 novembre 1998, Fernanda Mazzanti Pepe (ed.), Genova, Name, 2001 ; FERRAND, Julie, *Droit naturel, sensualisme et libre-échange : l'économie politique de Gabriel Bonnot de Mably (1709-1785)*, Thèse en Sciences Economiques, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, 200 p. ; MELLIS, Paul, *Le principe de séparation des pouvoirs d'après l'abbé de Mably*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Toulouse, 1907, 426 p. ; WRIGHT, Johnson Kent, *A classical republican in eighteenth century France: the political thought of Mably*, Stanford, Stanford University Press, 1997.

<sup>1939</sup> Lettre IX. MABLY, Gabriel Bonnot de, *Doutes proposés aux philosophes économistes sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, dans : *Œuvres complètes de l'Abbé de Mably*, Tome XI, Londres, [s.n.], 1789, p. 215.

<sup>1940</sup> Les mots « peuple » dans le Dictionnaire Richelet, dans le *Furetière* et dans le dictionnaire de l'Académie Française donnent en effet une définition peu louable de l'objet : « à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, le "peuple" est principalement défini en deux sens

vision consensuelle du pouvoir politique entraîne une réflexion sur les fondements des formes adoptées par le pouvoir politique. S'il ne s'agit certes pas d'une réponse nouvelle à la question – les Romains avaient pensé la *lex regia* et après eux maints auteurs médiévaux cautionnaient l'origine « populaire » du pouvoir des *princeps*<sup>1941</sup> –, la pensée des Lumières met sur le devant de la scène l'image d'un peuple « constituant » du pouvoir politique et, par conséquent, souverain<sup>1942</sup>. L'expérience nord-américaine joue aussi un rôle important dans l'évolution de la pensée politique<sup>1943</sup>. Le glas sonne pour la théorie de la monarchie absolue du droit divin, laquelle suppose une communication directe du pouvoir de Dieu au roi, sans « intermédiaire » : le peuple est la condition ontologique de tout régime politique et devient progressivement un critère moral dans le débat constitutionnel sur le pouvoir législatif et ses modalités d'exercice à la veille de la Révolution.

*i. Le peuple, condition ontologique pour la Constitution de l'État*

La pensée anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle conçoit davantage le peuple comme ultime rempart contre la tyrannie – en insistant sur l'aspect de la *résistance populaire* – que comme matrice du régime politique<sup>1944</sup>. Au contraire, d'autres auteurs placent le peuple au centre du débat portant sur les fondements de l'État. La pensée de Pufendorf en constitue un bel exemple. Il réfute les idées de ses contemporains selon lesquels le pouvoir passe immédiatement au monarque, sans que le peuple dispose d'un quelconque moyen d'intervenir. Il minimise d'ailleurs la portée qui a pu être donnée à cette affirmation en France, à l'époque des États généraux de 1614, expliquant qu'elle « ne tendait pas tant à établir l'origine de la Souveraineté en elle-même, qu'à la mettre en sûreté d'où qu'elle vienne, contre les maximes détestables de ceux qui la font

---

antagonistes. Le premier inclut l'ensemble de la population d'un pays, vivant sous une même autorité, concept englobant qui renvoie au sens de *populus*. Le second s'oppose à ce principe d'unité : il désigne une partie de la société, la partie la plus basse, et se réfère alors au peuple-*plebs*. Cette "partie la moins considérable" (*Dictionnaire de l'Académie Française*, 1694) ne reçoit qu'une définition en creux. Pour Furetière (*Dictionnaire Universel*, 1690), le peuple regroupe ceux qui ne sont ni "nobles, [ni] riches, [ni] éclairés". Il est tout entier qualifié par ses manques : celui qui n'a ni pouvoir, ni avoir, ni savoir [...] ». BEROUJON, Anne, *Peuple et pauvres des villes dans la France moderne. De la Renaissance à la Révolution*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 8.

<sup>1941</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2, §1-A.

<sup>1942</sup> Voir l'analyse de : HALEVI, Ran, « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html> (consulté le 17 mai 2020).

<sup>1943</sup> Malgré son importance, nous n'allons pas développer les idées venues des auteurs américains de l'époque et renvoyons à la littérature sur cet aspect : *L'Europe des Lumières et la constitution américaine*, Jean-Pierre Machelon et Charles Philippe de Vergennes (dir.), Paris, Mare & Martin, 2017 ; PALMER, R.R. et GODECHOT, J., « L'influence de la révolution américaine en Europe », *AHRF*, 48<sup>e</sup> année, No. 226 (octobre-décembre 1976), p. 484-498.

<sup>1944</sup> LEE, D., *Popular sovereignty...*, *op. cit.*, p. 5.

dépendre du *Pape* [...] »<sup>1945</sup>. Dans sa réfutation, Pufendorf affirme que la Souveraineté résulte d'une « Convention par laquelle les Sujets s'engagent à ne pas résister au Souverain [...] ; il est clair [donc] *qu'il y a dans chaque Particulier des semences, pour ainsi dire, du Pouvoir Souverain* »<sup>1946</sup>. Plus tard, ses continuateurs reprennent cette conception : Burlamaqui considère que « la souveraineté réside originairement dans le peuple, & dans chaque particulier par rapport à soi-même, & que c'est le transport & la réunion de tous les droits des particuliers dans la personne du Souverain, qui le constitue tel [...] »<sup>1947</sup>. Emer de Vattel, lui, recourt davantage au concept de nation pour se référer au corps politique de la société qui peut établir « une autorité publique », laquelle « appartient essentiellement au corps de la société »<sup>1948</sup>. La Constitution est ainsi la « forme sous laquelle la Nation agit en qualité de corps politique » ; elle peut être réformée et même bouleversée<sup>1949</sup>. Cette vision jusnaturaliste trouve un écho chez certains juristes, et ce même bien avant que les idées d'un *pactum societatis* soient connues de l'opinion publique. Mathieu Terrasson (†1734)<sup>1950</sup>, par exemple, expose une vision similaire dans sa plaidoirie au sujet de la souveraineté de Neufchâtel, prononcée devant les États de Neufchâtel en 1707<sup>1951</sup>. Malgré le fait que sa conception soit plus proche d'Hobbes par sa vision pessimiste de l'« état de nature », il n'en affirme pas moins que le « pouvoir souverain doit son premier établissement à la confiance des peuples ». De même, sa défense des monarchies « successives linéales » n'exclut pas que l'autorité du souverain lui vienne originairement du peuple : « mais soit que la voie de l'élection, ou le droit du sang en décide : il faut également remonter à la même source qui est l'intention primitive des Peuples [...] »<sup>1952</sup>.

Selon plusieurs auteurs, la décision « originelle » du peuple s'enracine dans l'histoire indélébile de la représentation politique du pays – bien que celle-ci soit principalement monarchique. Les *Maximes du droit public...* insistent sur la « convention primitive » que tout peuple exige dans le serment du souverain, ce

---

<sup>1945</sup> Dans l'édition de *Le droit de la nature et des gens* de Lyon, Bruyset, 1771, p. 311.

<sup>1946</sup> PUFENDORF, S., *Le droit de la nature et des gens...*, Tome 2, *op. cit.*, p. 227.

<sup>1947</sup> BURLAMAQUI, J.-J., *Principes du droit politique*, Tome I, *op. cit.*, p. 52.

<sup>1948</sup> VATTEL, E. de, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle...*, Tome I, *op. cit.*, p. 68.

<sup>1949</sup> *Ibid.*, p. 69. L'auteur illustre ce point avec l'exemple du peuple juif, p. 72.

<sup>1950</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 958.

<sup>1951</sup> « Plaidoyer prononcé devant les États de Neuf-Châstel en l'année 1707 ». TERRASSON, M., *Œuvres de feu M. Mathieu Terrasson...*, *op. cit.*, p. 109-198.

<sup>1952</sup> L'extrait continue : « [...] Suivant laquelle les uns bornent au présent, & se défiant de l'avenir, ont voulu renouveler à chaque occasion la liberté de leurs suffrages ; & les autres, en choisissant originairement un homme capable de les gouverner, ont étendu par avance leurs choix sur ses descendants, en qui le même sang a fait supposer par avance le même mérite », *ibid.*, p. 114.

qu'imposent les conditions de l'obéissance<sup>1953</sup>. *L'inauguration de Pharamond...* parle de la « voix du peuple » en rappelant la voix de Dieu<sup>1954</sup>, « parce qu'il a lui-même établi ce moyen de connaître son élection & sa volonté, en disant à Samuel d'écouter la voix de son Peuple »<sup>1955</sup>. Plus loin, ce même texte affirme clairement que « la volonté de Dieu [...], par rapport aux Gouvernements temporels, se manifeste légitimement par la voix du Peuple »<sup>1956</sup>. Cette voix n'exprime pas seulement « un vœu général » mais aussi qu'il est « le résultat d'un jugement réfléchi & paisible, précédé d'une délibération libre & égale »<sup>1957</sup>. Louis-Valentin Gotzmann (†1794)<sup>1958</sup> est, lui, plus nuancé dans l'utilisation du récit national pour justifier la souveraineté populaire<sup>1959</sup>. Mably, au contraire, se montre catégorique :

« Charlemagne voulait, ordonnait, commandait, parce que la nation avait voulu, ordonné et commandé, et le chargeait de publier ses lois, de les observer, et d'en être le protecteur et le vengeur. Il n'est pas permis en effet de douter que la puissance législative ne résidât dans le corps de la nation »<sup>1960</sup>

Une perspective plus abstraite – et par ailleurs plus radicale – apparaît dans les années 1770, après les réformes de Maupeou<sup>1961</sup>. Elle trouve sa principale origine dans la pensée de Rousseau, même si les auteurs ne préconisent pas forcément toutes les idées du genevois. Rouille d'Orfeuil affirme, par exemple, que le gouvernement monarchique est « naturel & conforme aux lois de la mécanique » ; il ajoute cependant que « l'autorité qui y est attachée n'est qu'un dépôt que la nation leur confie [aux monarques] »<sup>1962</sup>. Partant, il considère qu'un « dépôt des lois » doit être confié « à un tribunal Sacré, composé de toutes les différentes classes qui composent une nation, &

---

<sup>1953</sup> *Maximes du droit public français. Tirées des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume...*, Tome I, *op. cit.*, p. 238 et ss. Voir : CLERE, J.-J., « *Les Maximes du droit public et le gouvernement mixte* », *op. cit.*, p. 118-120.

<sup>1954</sup> Et suivant l'adage *vox populi, vox Dei*.

<sup>1955</sup> MORIZOT, Martin, *Inauguration de Pharamond ; ou exposition des loix fondamentales de la monarchie française avec les preuves de leur exécution, perpétuées sous les trois Races de nos Rois*, [s.l.n.], 1772, p. 32.

<sup>1956</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>1957</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>1958</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 492-493.

<sup>1959</sup> GOTZMANN, Louis-Valentin, *Histoire politique du gouvernement français, ou les quatre âges de la monarchie française*, Tome I, Paris, Grange, 1777, p. 149 : « Il nous reste peu de chose sur la forme des assemblées nationales tenues sous la première race ; d'un autre côté le temps nous a conservé des monuments si positifs du pouvoir législatif, exercé par les rois de cette race, qu'il est impossible de déterminer précisément la part que la nation pouvait avoir conservée dans la législation ».

<sup>1960</sup> MABLY, Gabriel Bonnot de, *Observations sur l'histoire de France*, Livre I, dans : *Œuvres complètes de l'Abbé de Mably*, Tome I, Paris, Delaunay, 1818, p. 167.

<sup>1961</sup> Voir le découpage chronologique d'Ahmed Slimani : il date la « genèse de la modernité nationale » à partir du 14 novembre 1774. SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 301 et ss.

<sup>1962</sup> ROUILLE D'ORFEUIL, A., *L'alambic des loix, ou observations de l'ami des français...*, *op. cit.*, p. 60-61.

que ce tribunal nommé par la nation entière ne dépendant en rien du monarque, puisse sans cesse balancer son autorité »<sup>1963</sup>. Diderot fustige la prétention des parlements à être les représentants de la nation, et affirme que celle-ci est souveraine<sup>1964</sup>. Maultrot, pour sa part, précise que la nation est propriétaire « de tous les biens de l'État [et] de la Puissance Publique »<sup>1965</sup>, et ne doute pas qu'elle puisse modifier la « forme de Gouvernement quand son intérêt l'exige »<sup>1966</sup>. D'autres auteurs évoquent davantage – comme Mably dans l'extrait cité précédemment – la souveraineté à travers sa première marque. Joseph de Bernardi affirme que la puissance législative aux origines de la monarchie résidait dans la nation<sup>1967</sup>. Jean Hyacinthe de Bouteiller (†1820) considère que le peuple conclut un accord primitif dans lequel « l'influence de la Nation, en corps, conserverait sur la législation »<sup>1968</sup>. On le voit, tous octroient la souveraineté ou ses marques au peuple, car c'est lui qui constitue le pouvoir politique. Alors que le peuple devient la condition ontologique de l'existence de l'État – sans référence à la monarchie de droit divin –, il faut ajouter que la notion commence à porter une valeur axiologique.

## ii. *La participation du peuple, critère procédural de la bonne législation*

La pensée de Rousseau fait de la souveraineté populaire non seulement le fondement de l'organisation politique, mais aussi la garantie pour l'élaboration d'une bonne législation – et de toute législation d'ailleurs. En effet, seule la volonté générale, appartenant au peuple, sans représentation, peut produire la loi<sup>1969</sup>. Ainsi, comme le

<sup>1963</sup> *Ibid.*, p. 63. En ce sens, c'est une conception du dépôt des lois assez différente de celle de Montesquieu. Plus tard, l'auteur caractérise aussi la puissance législative : « La puissance législative appartient très-certainement de droit à toute la nation... elle ne peut donc exiger raisonnablement & utilement que dans un corps solide, formé par les représentants de toutes les classes de citoyens, dépendants directement & uniquement de la nation, nommés par elle, & amovibles à sa volonté » (*Ibid.*, p. 422, souligné dans le texte). L'écho résonne dans les mots de Joseph Niklas von Windisch-Graetz : « Dans le doute si une Loi fait ou ne fait point partie de la Constitution, ce ne peut jamais être au Souverain à juger cette question : il ne peut pas être Juge dans sa propre Cause : il n'est pas au-dessus des Lois Fondamentales : ce Jugement appartient au Corps dépositaire des Lois s'il y en a un ; 1 s'il n'y en a pas, à la Nation en Corps », WINDISCH-GRAETZ, Joseph Niklas von, *Discours dans lequel on examine les deux questions suivantes : 1° Un monarque a-t-il le droit de changer de son chef une Constitution évidemment vicieuse. 2° Est-il prudent à lui, est-il de son intérêt de l'entreprendre ?*, [s.l.n.], 1788, p. 14.

<sup>1964</sup> SLIMANI, A., *La mo*

*dermité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>1965</sup> MAULTROT, Gabriel-Nicolas, *Dissertation sur le droit de convoquer les États généraux, tirée des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume, & des autres Monumens de l'Histoire de France*, [s.l.n.], 1787, p. 41.

<sup>1966</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>1967</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les révolutions du droit françois...*, *op. cit.*, p. 69 et ss.

<sup>1968</sup> BOUTEILLER, Jean-Hyacinthe de, *Examen du système de législation établi par les Edits du mois de mai 1788*, [s.l.n.], 1788, p. 40-41.

<sup>1969</sup> Sa définition de la loi en tant qu'expression de la volonté générale est bien connue : « Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la

souligne Jacques Julliard : « Désormais le peuple ne détient pas seulement la souveraineté [...] ; il est en outre investi de *la légitimité morale qui s'attache à la notion de volonté générale*. Autrement dit, le pouvoir du peuple [...] est l'expression même du bien politique »<sup>1970</sup>. Ce « bien politique » se concrétise pour Rousseau dans le fait que la volonté générale tend par nature à l'égalité<sup>1971</sup>. L'association des individus égaux garde la souveraineté, la volonté de cette association ne pouvant s'exprimer que sur des objets généraux. Le citoyen genevois définit ainsi la république comme « l'État régi par des lois – en tant qu'expression de la volonté générale du peuple –, sous quelque forme d'administration que ce puisse être »<sup>1972</sup>. Cette définition qu'implique l'exigence d'une démocratie directe « frappe d'illégitimité la quasi-totalité des gouvernements » de son époque<sup>1973</sup>. Or, malgré les paradoxes et les antinomies de la pensée de Rousseau, son influence sur la pensée prérévolutionnaire est incontestable<sup>1974</sup>.

Avant le citoyen genevois, Diderot avait déjà esquissé une idée de la volonté générale sans pour autant l'identifier parfaitement au peuple<sup>1975</sup>. Plus tard, en 1774 et sous l'influence du *Contrat Social*, il revient sur cette idée et affirme qu'« il ne peut y avoir de vrai législateur que le peuple », et reconnaît la démocratie comme le régime plus à même de résoudre la dialectique entre la volonté générale et les volontés

---

volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle la loi. Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis ; elle peut établir un gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale ; en un mot tout fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative. Sur cette idée on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale ; ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de l'État ; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même ; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés ». ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Livre II, Chapitre 6, Amsterdam, Rey, 1763, p. 48-49.

<sup>1970</sup> JULLIARD, Jacques, *La faute à Rousseau*, Paris, Seuil, 1985, p. 36.

<sup>1971</sup> Ainsi, le « système de législation » fait de même : « « Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la *liberté & l'égalité*. La liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'État ; l'égalité parce que la liberté ne peut subsister dans elle ». ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Livre II, Chapitre 11, *op. cit.*, p. 69.

<sup>1972</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>1973</sup> JULLIARD, J., *La faute à Rousseau...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>1974</sup> Malgré les études – déjà anciennes – qui s'opposent, l'historiographie plus récente montre clairement l'influence : BARNY, Roger, « Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution française (1787-1791) », *AHRF*, 50<sup>e</sup> année, N° 231, p. 109-116 ; *ID.*, « Jean Jacques Rousseau dans la Révolution », *Dix-huitième siècle*, N° 6, 1974, Lumières et Révolution, p. 59-98. ECHEVERRIA, Durand, « The pre-revolutionary influence of Rousseau's *Contrat social* », *Journal of the history of ideas*, Vol. 33, N°4 (Oct. – Dec. 1972), p. 543-560.

<sup>1975</sup> Il accorde la puissance législative « aux mortels augustes dont la volonté particulière réunit et l'autorité et l'*infaillibilité* de la volonté générale » (nous soulignons). Cité par : DEGUERGUE, Maryse, « La conception de la volonté générale chez Diderot », *RHFD*, n° 12, 1991, p. 125.

particulières<sup>1976</sup>. Cependant, il admet l'éventuelle existence d'un corps représentant de la nation qui « entendra toujours mieux l'intérêt public »<sup>1977</sup>. Un autre exemple précoce est celui du *Catéchisme du citoyen* de Guillaume-Joseph Saige (†1804)<sup>1978</sup>. L'influence de Rousseau est patente lorsque l'auteur affirme que « l'autorité souveraine ne peut légitimement résider que dans le corps du peuple, puisque la volonté de tous est la seule qui tende invariablement vers le grand but de l'institution politique »<sup>1979</sup>.

Cette même idée commence également à s'exprimer dans les institutions : l'assemblée des trois ordres de la province de Dauphiné affirme, en juillet 1788, que « quelle que soit la constitution d'un État, en quelque mains que soit placé l'exercice de la législation, la loi doit être l'expression de la volonté générale. Pour être convaincu de la nécessité d'obéir, il faut avoir senti l'utilité du précepte »<sup>1980</sup>. Le peuple est le seul apte à faire la loi, non seulement en raison de sa qualité de souverain, mais aussi parce qu'il est le seul à pouvoir accorder l'objet à sa finalité. Sur le plan psychologique, il s'agit également d'une identification parfaite de la loi avec la volonté de chaque individu – y compris lorsque celui-ci ne la suit pas de prime abord –, dans la mesure où la loi est la volonté générale. On connaît bien, par ailleurs, les critiques que cette identification parfaite soulève : la volonté générale de Rousseau suppose l'infaillibilité, et, de surcroît, l'impossibilité des volontés individuelles de s'y opposer<sup>1981</sup>.

À la veille de la Révolution, Emmanuel-Joseph Sieyès (†1836)<sup>1982</sup> reprend la théorie de la souveraineté du peuple dans sa brochure *Qu'est-ce que le tiers État ?* de janvier 1789<sup>1983</sup>. Si le mot *peuple* est ambivalent dans son texte<sup>1984</sup>, et même si l'auteur préfère parler de nation, il est clair que cette dernière est la titulaire de la souveraineté. De plus, comme l'ont remarqué de nombreux commentateurs, il n'est plus question

<sup>1976</sup> DIDEROT, Denis, *Observations sur l'instruction de Sa Majesté impériale aux députés pour la confection des lois*, dans : *Œuvres complètes*, Tome XI, Paris, Le Club Français, 1971, p. 207.

<sup>1977</sup> Cité par : DEGUERGUE, M., « La conception de la volonté générale chez Diderot »..., *op. cit.*, p. 125.

<sup>1978</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 902-903.

<sup>1979</sup> SAIGE, Guillaume-Joseph, *Catéchisme du citoyen, ou éléments du droit public français...*, [En France, s.n.], 1788, p. 10.

<sup>1980</sup> *Très-respectueuses Représentations des trois Ordres de la Province de Dauphiné*, dans : *Assemblée des trois ordres de la Province de Dauphiné*, [s.l.n.], 21 juillet 1788, p. 10 (vue).

<sup>1981</sup> Mains sont les travaux qui développent cet aspect « autoritaire », « absolutiste » voir « totalitaire » de la pensée de Rousseau. Nous renvoyons seulement à : BRUNETEAU, Bernard, « L'interprétation du totalitarisme en tant qu'extrémisme de la volonté générale », *Jus Politicum*, n° 10, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/L-interpretation-du-totalitarisme-en-tant-qu-extremisme-du-mythe-de-la-volonte-generale-785.html> (consulté le 12 mars 2020) ; CHEVALIER, Jean-Jacques, « Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale », *Revue française de science politique*, 3<sup>e</sup> année, n° 1, 1953, p. 5-30 ; TALMON, Jacob Leib, *Les origines de la démocratie totalitaire*, Paris, Calmann-Lévy, 1966.

<sup>1982</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 931-933.

<sup>1983</sup> Sur l'auteur et son texte : GUILHAUMOU, Jacques, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, Paris, Editions Kimé, 2002 ; SEWELL, William Hamilton, *A Rhetoric of bourgeois Revolution : the Abbé Sieyès and "What is the Third State"*, Durham-London, Duke University Press, 1994 ; SOMMERER, Erwan, *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, Paris, Michalon, 2011 ; ainsi que le numéro de la *RFHIP*, vol. 33, no. 1, 2011.

<sup>1984</sup> En effet le peuple réfère tantôt une petite partie (par exemple les nobles), tantôt la majorité des individus peu visibles d'un point de vue politique.

pour Sieyès de penser l'ordre politique et juridique à travers les « droits historiques » de la monarchie<sup>1985</sup>. Sa réflexion sera indispensable quelques mois après la parution de la célèbre brochure.

Le bouillonnement intellectuel de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle a comme conséquence le changement de l'un des paradigmes de la monarchie d'Ancien Régime : le roi est dépouillé de la souveraineté au profit du « peuple » ou de la « nation ». Il va donc de soi que ce déplacement emporte des conséquences sur l'organisation des institutions qui ont, ou prétendent avoir, une part à l'élaboration de la loi.

## ***§2. Les conséquences sur la procédure législative***

Les réflexions théoriques évoquées précédemment s'accompagnent des propositions pratiques sur les formes que la modération de la puissance législative doit prendre. Tout naturellement, elles prônent davantage le recours à l'histoire, à savoir, les assemblées des représentants des corps traditionnels du royaume en tant qu'organe législatif (A). Cependant, à l'heure de la Révolution elles se cristallisent dans des formes et procédures inédites dans la monarchie d'Ancien Régime (B).

### ***A. La nécessité retrouvée des États généraux***

Depuis le début de la régence et l'affaire des légitimés, l'intérêt pour la convocation des États généraux se renouvelle. Or ceux-ci n'ont pas été convoqués depuis un siècle, ce qui permet aux parlements d'entériner la théorie de la fiction de représentation de la nation<sup>1986</sup>. Cependant, pendant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle plusieurs auteurs refusent cette représentation notamment au niveau national, et essaient de préciser les caractéristiques des États généraux : l'appel, les fonctions, la composition, la permanence et la fréquence.

---

<sup>1985</sup> Voir *infra*, p. 400-401.

<sup>1986</sup> KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 268-279.

*i. Réfuter la représentation parlementaire*

Les parlementaires élaborent depuis le XVII<sup>e</sup> siècle un discours de représentation de la nation, en qualifiant les parlements d'« états aux petits pieds »<sup>1987</sup>. Si l'opinion publique est favorable à l'institution au moins jusqu'en 1787, quelques auteurs questionnent cette prétention. Ils peuvent être divisés en deux catégories : ceux qui affirment l'identité du roi et de la nation – dont le discours de la flagellation de Louis XV est l'exemple<sup>1988</sup> – et ceux qui doutent qu'un corps d'officiers de justice puisse représenter la nation<sup>1989</sup>. Nous allons nous intéresser naturellement à ces derniers.

Néanmoins, il faut reconnaître que les auteurs favorables à la reconnaissance du peuple (ou de la nation) souverain n'attaquent pas directement l'institution parlementaire ; ils revendiquent à peine que la « vraie » représentation de la nation appartient à une autre institution. Guillaume-Joseph Saige, par exemple, dans son *Catéchisme du citoyen* place les parlements dans le pouvoir exécutif, à côté du roi, ce qui montre bien que les parlements ne peuvent pas prétendre à la puissance législative. Cependant, il reconnaît que « dans tous les temps, les divers ordres de l'état lui ont témoigné la plus grande considération : la nation a dit [...] que le parlement était chargé de la représenter dans les moments où elle n'était plus convoquée »<sup>1990</sup>. Rouillé d'Orfeuil fait à peine référence d'une relation de subordination et de contrôle des parlements<sup>1991</sup>. Jean Hyacinthe de Bouteiller reconnaît que les parlements représentent la nation « dans l'intervalle des assemblées », mais affirme avec vigueur qu'ils n'ont jamais pu se substituer à elle : « [En 1576] la Nation n'entendait pas parler d'un droit qui fût propre aux Parlements ; mais d'un droit qu'ils exerçaient pour elle, à la représentation des États dont ils étaient une forme abrégée »<sup>1992</sup>. L'abbé Mably va plus loin dans sa critique : il affirme que c'est après les assemblées de notables de 1595 que

---

<sup>1987</sup> Selon Voltaire, l'expression est le résultat d'un malentendu : « On a prétendu qu'à ces premiers états de Blois [de 1579] les députés des trois ordres avaient été chargés d'une instruction approuvée du roi portant *que les cours des parlements sont des états généraux au petit pied*. Cette anecdote se trouve dans l'*examen* d'une histoire de *Henri IV* assez inconnue, composée par un écrivain nommé monsieur de *Bury*. Mais l'auteur de l'examen se trompe. Il est très faux, & il n'est pas possible que les états-généraux aient ordonné à leurs députés de dire au roi que les parlements sont des états-généraux [...] ». VOLTAIRE, *Histoire du parlement*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 16, *op. cit.*, p. 532 (souligné dans le texte).

<sup>1988</sup> Pour une brève exposition de ces arguments : SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 400-401.

<sup>1989</sup> Un exemple précoce de l'hostilité est celui du marquis d'Argenson qui affirme que : « Les derniers États-Généraux sont de 1614 & 1615 ; il y a eu depuis quelques assemblées de Notables. On tenait toujours ces États Généraux dans les grandes occasions, & on n'en a plus vu depuis environ cent ans. À ces assemblées augustes a succédé *l'aigreur importune des Parlements, composés de Magistrats qui apprennent aux Peuples qu'ils sont esclaves sans pouvoir diminuer en rien le poids de leurs chaînes* », D'ARGENSON, R.-L. de V., *Considération sur le gouvernement ancien et présent de la France...*, *op. cit.*, édition de 1784, p. 147 (nous soulignons).

<sup>1990</sup> SAIGE, G.-J., *Catéchisme du citoyen...*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>1991</sup> ROUILLÉ D'ORFEUIL, A., *L'alambic des loix, ou observations de l'ami des françois...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>1992</sup> BOUTEILLER, J.-H. de, *Examen du système de législation établi par les Edits du mois de mai 1788...*, *op. cit.*, p. 46

le parlement de Paris « commença à se faire un système [...] : il imagina qu'il représente les anciens champs de Mars et de Mai [...]. [II] prétendit être le conseil nécessaire des rois, et ne former qu'une seule puissance pour gouverner la nation »<sup>1993</sup>. Louis-Alexandre de Launay, lui, renverse la rhétorique parlementaire, car il affirme que ce sont les états généraux qui leur ont donné « une existence politique », et les décrets des états généraux « établiront ses pouvoir d'une telle manière, qu'ils deviendront des corps nationaux, inhérents à la constitution même »<sup>1994</sup>. Charles-Joseph Mayer accepte la représentation parlementaire de la nation lorsqu'il s'agit de la vérification des lois, mais seulement dans la mesure qu'elle dérive « du droit du corps entier de la nation de concourir à la puissance législative »<sup>1995</sup>.

Certains textes s'attaquent moins à la représentation institutionnelle des cours souveraines qu'au statut des officiers de justice : la brochure anonyme *De la formation des États-Généraux* de décembre 1788 critique la vénalité des offices et demande « Quant au Tiers-État, [...] de quel droit des Officiers de Justice ou de Finance, ayant acquis leurs Charges à prix d'argent, peuvent-ils représenter le Peuple ? »<sup>1996</sup>. D'autres contestent la confusion entérinée par la magistrature quant aux origines des assemblées d'état et des parlements : l'anonyme *Instructions sur les assemblées nationales...* affirme que « il est faux de dire que, jusqu'au temps de Philippe le Bel, il n'y a point eu d'autre assemblée représentative de la nation que le *Parlement* ; le mot *Parlement* n'a point toujours été en usage [...], on ne s'en est servi que pour exprimer une assemblée différente des autres »<sup>1997</sup>. Toutefois, d'autres comme Joseph-Honoré Remy réfutent vigoureusement les prétentions parlementaires :

« Telle est au reste aujourd'hui sur les parlements & sur les états-généraux, l'opinion, non des vieux magistrats que les préjugés de leur profession & de leur temps aveuglent, mais celle des jeunes gens, auxquels un esprit plus hardi, plus libre, éclairé des lumières actuelles, fait envisager les objets sous de plus grands rapports. Ils conviennent de l'incompétence & de l'insuffisance des parlements

---

<sup>1993</sup> MABLY, G.B., *Observations sur l'histoire de France*, Livre VIII, dans : *Œuvres complètes de l'Abbé de Mably*, Tome II, *op. cit.*, p. 163-164.

<sup>1994</sup> LAUNAY, Emmanuel-Louis-Henri-Alexandre de, *Mémoire sur les états généraux, leurs droits, et la manière de les convoquer*, Paris, 1788, p. 101.

<sup>1995</sup> MAYER, Charles-Joseph, *Des États généraux et autres assemblées nationales*, Tome VI, La Haye-Paris, Buisson, 1788, p. 454-455.

<sup>1996</sup> *De la formation des États-Généraux*, [s.l.n.], décembre 1788, p. 9.

<sup>1997</sup> *Instructions sur les assemblées nationales, tant générales que particulières, depuis le commencement de la Monarchie, jusqu'à nos jours*, Paris, Royez, 1787, p. 72.

dans les affaires d'administration publique ; & ils avouent, qu'au lieu de leurs ridicules & inutiles conflits avec l'autorité royale, les parlements n'avaient qu'un parti à prendre : celui de reconnaître cette incompétence, de réclamer les états-généraux comme seuls juges, seuls arbitres des intérêts de la nation ; &, en attendant de protester contre tout enregistrement forcé [...] »<sup>1998</sup>

Au lendemain de la déclaration royale du 23 septembre 1788 concernant la forme que l'assemblée de trois ordres devait prendre, et l'enregistrement deux jours après au parlement de Paris, l'explosion de libelles contraires sonne le glas de toute prétention de représentation parlementaire du corps national<sup>1999</sup>. En effet, les arguments vont de l'invective contre les privilèges des magistrats au questionnement des fonctions prétendues. Le parlement de Paris reconnaît le rejet croissant de l'institution dans le discours d'un de ses conseillers dans la Grand Chambre le 5 décembre 1788<sup>2000</sup>. Ainsi, les grands robins essaient de préciser la portée de l'arrêt d'enregistrement et demandent au roi « de ne plus permettre aucun délai pour la tenue des États généraux »<sup>2001</sup>. La réponse de roi est péremptoire : « Je n'ai rien à répondre à mon parlement sur ses supplications. C'est avec la Nation assemblée que je concerterai les dispositions propres à consolider pour toujours l'ordre public et la prospérité de l'État »<sup>2002</sup>. Ce refus du roi fait écho à l'opinion qui considère que « le contrôle de la loi et la représentation nationale ne constituent plus un modèle opérant. Il y a donc une délégitimation à la fois politique et juridique »<sup>2003</sup>. Pour remplacer ce qu'une partie de l'opinion publique considère comme une usurpation liée à la désuétude des assemblées, il est question donc de penser les formes de représentation politique qui sont dans l'air du temps.

---

<sup>1998</sup> REMY, Joseph-Honoré, *Eloge historique de Michel de l'Hospital, Chancelier de France*, [s.l.n.], 1777, p. 39.

<sup>1999</sup> BIDOUBE, F., *Haro sur les parlements, 1787-1790...*, *op. cit.*, *passim*. Voir également : SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 309-403.

<sup>2000</sup> « On profite même du retard de la tenue des États généraux pour calomnier les magistrats et pour faire entendre aux peuples que cette assemblée, ressource unique de la Nation, au milieu des maux qui l'affligent, n'est plus l'objet des vœux des cours de justice; qu'en invoquant ardemment et persévéramment ce grand moyen de salut, elles n'ont songé qu'à leur propre intérêt; et que de nouvelles pensées les portent à redouter et à éloigner maintenant, par des obstacles secrets, ce qu'elles avaient paru d'abord désirer et réclamer avec instance ». FLAMMERMONT, J., *Remontrances du Parlement de Paris...*, *op. cit.*, Tome III, p. 779.

<sup>2001</sup> Arrêt du 5 décembre 1788. *Ibid.*, p. 781.

<sup>2002</sup> *Ibid.*, p. 782.

<sup>2003</sup> SLIMANI, A., *La modernité du concept de nation...*, *op. cit.*, p. 403.

ii. *Penser les formes des assemblées des trois ordres*

Parmi les formes « historiques » de la monarchie française, les États généraux sont les plus à même de revêtir une fonction législative. Les dernières décennies de l’Ancien Régime montrent que le nombre des discussions autour les assemblées des trois ordres augmente considérablement. Or, elles portent sur refus royal d’appel aux états généraux – et à sa place la tenue des assemblées des notables – et sur la conception traditionnelle de leur rôle purement consultatif<sup>2004</sup>.

Les auteurs favorables à l’idée que les assemblées des trois ordres ont une fonction législative font appel à une histoire imagée de celles-ci. Ainsi, la plupart des brochures tentent de démontrer qu’à l’origine le pouvoir de faire les lois résidait dans les mains des assemblées, tout comme l’avaient affirmé leurs devanciers du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>2005</sup>. Pour les auteurs qui font une généalogie de l’institution, l’histoire de la montée en puissance de la monarchie absolue implique nécessairement celle de la décadence des assemblées des trois ordres<sup>2006</sup>. De plus, au-delà de la dialectique entre les institutions et la qualification du régime monarchique, certains mettent l’accent sur la « qualité » intrinsèque de la législation faite sous l’égide des États généraux : « Le peu de bonnes Lois – dit Joseph Bernardi – que nous avons ont été faites sur les plaintes des États-Généraux. Il est vrai que ce sont celles qui sont les plus mal exécutées »<sup>2007</sup>.

Au-delà de la dispute relative au rôle des États généraux, c’est aussi leur composition qui fait l’objet d’une enquête. Le roi envoie en effet le 5 juillet 1788 un arrêt de son Conseil aux différentes provinces pour leur demander de l’informer sur

---

<sup>2004</sup> Parmi les tenants d’une fonction purement consultative et secondaire des États généraux : GIN, Pierre-Louis-Claude, *Les vrais principes du gouvernement françois, démontrés par la raison et par les faits*, Genève-Paris, « Chez tous les libraires qui vendent les Nouveautés », 1780, p. 358-359 : « Si vous parcourez les différentes ténues de ces assemblées, vous apercevrez qu’elles n’ont et d’autre objet que la nécessité d’assurer l’ordre invariable de la succession de la couronne, de réunir la nation pour résister aux entreprises de la cour de Rome, & plus souvent encore le respect de nos rois pour la propriété de leurs sujets, dans l’établissement des impôts ». Voir également : REAL DE CURBAN, G. de, *La science du gouvernement...*, *op. cit.*, Tome II, p. 31 ; *Essai de théorie sur le gouvernement monarchique*, Londres-Paris, Jorry, 1788, p. 142. GUDIN DE LA BRENELLERIE, Paul-Philippe, *Essai sur l’histoire des comices de Rome, des Etats-Généraux de la France, et du parlement d’Angleterre*, Tome I, Philadelphie-Paris, Maradan, 1789, *passim*.

<sup>2005</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>2006</sup> Voir l’anonyme *Les efforts de la liberté & du patriotisme contre le despotisme...*, dans lequel il s’appuie sur le texte de Jean Savaron précité (note de bas de page n° 417) : « Vous y verrez que depuis l’origine de la Monarchie, jusqu’à l’époque où l’auteur s’arrête, l’année 1615, les États généraux ont été en possession de concourir aux lois générales que les Rois ne publiaient que dans leur assemblée, de décider du droit de succession à la couronne, & de consentir à l’impôt qui leur était toujours demandé d’après l’exposition préalable des besoins de l’État ». *Les efforts de la liberté & du patriotisme contre le despotisme, du Sr. De Maupeou Chancelier de France...*, Tome II, Londres, [s.n.], 1772, p. 150. Voir aussi les *Maximes du droit public françois. Tirées des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume...*, Tome II, *op. cit.*, p. 6 et ss.

<sup>2007</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les révolutions du droit françois...*, *op. cit.*, p. 368-369. La décadence est également constatée : « Les Assemblées générales des anciens Francs, la convocation des États généraux, beaucoup d’autres usages, que nous aurons occasion de remarquer dans le cours de cet Ouvrage, tout prouve que l’esprit de nos Lois était de faciliter à tous les sujets l’accès de leur Souverain, qui est le protecteur & leur père commun. L’étiquette moderne, qui ne permet les approches du Monarque qu’aux personnes de la plus grande distinction, est donc plus conforme aux mœurs orientales, qu’au véritable esprit de la législation française » (p. 115).

leurs droits et usages concernant la tenue des assemblées des trois ordres. En réponse, plusieurs auteurs focalisent leurs recherches et leurs analyses sur les formes qu'elles ont pu avoir. Les réponses étant très nombreuses<sup>2008</sup>, nous allons nous intéresser seulement à quelques auteurs et textes qui contrarient la conception traditionnelle des assemblées des trois ordres. Louis-Alexandre de Launay, par exemple, expose qu'elles comportent un mandat impératif : « C'est une vérité démontrée par la conduite de nos états [...], que nos représentants aux états généraux n'y sont que mandataires astreints rigoureusement à suivre les ordres de leurs commettants, inhabiles à statuer sur quelque objet que ce puisse être sans leurs ordres [...] »<sup>2009</sup>. Il critique les formes des pays d'état et réfléchit à des formes nationales<sup>2010</sup>. Pour les deux premiers ordres, les critères sont clairs : les ecclésiastiques « possédant un bénéfice » ont le droit d'entrer dans l'assemblée de leur ordre qui rédige le cahier et choisit les députés aux états ; le même critère s'applique pour les nobles possédant un fief<sup>2011</sup>. Pour le tiers-état, il affirme qu'il faut « que le nombre de ces députés égale au moins celui des deux autres ordres réunis, afin que l'intérêt public prédomine toujours dans une assemblée, qui cesserait d'être nationale, si jamais l'intérêt de quelque ordre que ce soit, infirmait ou annulait la volonté du peuple »<sup>2012</sup>.

Les critiques de ce type sont partagées par d'autres textes. L'anonyme *De la formation des États-généraux* affirme que ceux réunis depuis Philippe le Bel et jusqu'en 1614 sont « tous aussi étrangers à l'Ordre Public, que les Parlements de nos premiers Rois, tels que Montesquieu les suppose »<sup>2013</sup>. C'est davantage le nombre de suffrages des deux premiers ordres qui est visé, mais également la composition de l'assemblée du troisième ordre. Le texte est catégorique : « suivre les anciennes formes, ce serait commettre de nouvelles injustices ; ce serait attenter encore à la liberté de la

<sup>2008</sup> A titre d'exemple : *Chronologie raisonnée des Etats-Généraux, les plus intéressants. Avec l'analyse des célèbres états de Tours, sous Charles VIII, faisant suite à la brochure intitulée, des Etats-Généraux et de leur convocation...*, Paris, Royez, 1788 ; *Des États Généraux et de leur convocation ; avec la chronologie des Etats-Généraux, par Savaron, & l'analyse des fameux États assemblés à Tours, qui comprend l'ordre & les noms des Députés par Bailliages, &c...*, Villefranche-Paris, Chez les Marchands de Nouveautés, 1788 ; LEVRIER, Antoine-Joseph, *Mémoire sur les formes qui doivent précéder & accompagner la convocation des Etats-Généraux...*, [s.l.n.], 1788 ; SERENT, Armand-Louis de, *Exposition des objets discutés dans les Etats-Généraux de France. Depuis l'origine de la Monarchie*, Londres-Paris, Maradan, 1789 ; LAURAGUAIS, Louis-Léon-Félicité de Brancas duc de, *Recueil des pièces historiques sur la convocation des Etats-Généraux, et sur l'élection de leurs députés*, Paris, [s.n.], 1788 ; *Les véritables intérêts des trois ordres qui composent la nation rapprochés*, [s.l.n.], 1788 ; *Réflexions sur les pouvoirs & instructions à donner par les Provinces à leurs Députés aux Etats-Généraux*, [s.l.n.d.].

<sup>2009</sup> LAUNAY, E.-L.-H.-A., *Mémoire sur les états généraux, leurs droits, et la manière de les convoquer...*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>2010</sup> Les critiques sur la diversité de nomination des députés et leur quantité aux États généraux sont aussi présentes chez l'abbé Desprez : DESPRES, Gabriel, *Mémoire sur les Etats-Généraux ; Où l'on a réuni tous les détails relatifs à la convocation aux Assemblées de Bailliages, de Villes & de Paroisses...*, Lausanne-Paris, [se trouve à Paris Rue Jacob, faubourg S. Germain, n°28], 1788, p. 88 et ss.

<sup>2011</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>2012</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>2013</sup> *De la formation des Etats-Généraux...*, *op. cit.*, p. 8.

Nation »<sup>2014</sup>. À la place, il propose quatre échelles : Communes, Assemblées des Districts, Assemblées Provinciales et finalement États-généraux<sup>2015</sup> ; et il accepte malgré sa critique les deux chambres pour le clergé et la noblesse car « ils peuvent regarder [le fait d'avoir une représentation distincte] comme un droit constitutionnel »<sup>2016</sup>. Enfin, il propose le suffrage sur la base des propriétés qui contribuent aux revenus publics.

Un autre anonyme intitulé *Observations sur l'assemblée des États-Généraux...* désavoue la division tripartite traditionnelle : « On propose de composer les États-Généraux en trois Ordres distincts ; le Clergé, la Noblesse & le Tiers-État, & de rendre les voix égales entre [eux] ; cela paraît admirable aux yeux des hommes qui n'ont pour guides, que les préjugés & les usages reçus »<sup>2017</sup>. Il propose une composition des assemblées de chaque généralité ou pays d'état sur la base de dix propriétaires de cinq classes : *primo*, dix grands propriétaires, seigneurs fonciers, héréditaires, ecclésiastiques, nobles, et du tiers-état ; *secundo*, dix propriétaires jurisconsultes et savants en droit public, ecclésiastiques, nobles, et du tiers-état ; *tertio*, dix propriétaires cultivateurs ; *quarto*, dix négociants, armateurs, manufacturiers et banquiers ; *quinto*, dix propriétaires de corporations de commerce, d'arts et métiers<sup>2018</sup>. Puis, les formes d'élection des députés aux États généraux par généralité, les questions de préséance et l'élection des participant à la « commission intermédiaire » à réaliser après la tenue des États généraux<sup>2019</sup>. En outre, le texte intitulé *Instruction sur les assemblées nationales, tant générales que particulières...* de 1787<sup>2020</sup>, admet que la division tripartite est compliquée et sujette à plusieurs difficultés. Il propose alors de « diviser la nation en deux classes : savoir, la noblesse & le peuple ». La première comprend le clergé, les noblesses d'épée et de robe, les nobles d'hier et d'aujourd'hui ; la seconde, les magistrats non nobles, les agriculteurs, les propriétaires, les simples travailleurs, les artisans et les bourgeois<sup>2021</sup>.

---

<sup>2014</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>2015</sup> « Les suffrages libres de tous les Citoyens contribuant à la chose publique, leur réunion en *Communes*, la réunion des Députés des Communes en *Assemblées de District*, celles des Députés des Districts en *Assemblées Provinciales*, & celle des Députés des *Assemblées Provinciales* aux Etats-Généraux [...] ». *Ibid.*, p. 17.

<sup>2016</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>2017</sup> *Observations sur l'Assemblée des Etats-Généraux, avec projet d'Élection des Députés, Formation d'une Commission Intermédiaire, & Ordre de Séance des Députés*, [s.l.n.], 1788, p. 4.

<sup>2018</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>2019</sup> *Ibid.*, p. 15-23.

<sup>2020</sup> *Instructions sur les Assemblées Nationales, tant générales que particulières, depuis le commencement de la Monarchie, jusqu'à nos jours...*, Paris, Royez, 1787.

<sup>2021</sup> *Ibid.*, p. 36-37.

Ces exemples montrent qu'à la veille de la Révolution, les États généraux sont le référent par excellence pour penser les formes qu'une assemblée dont la volonté « générale » du peuple peut s'exprimer<sup>2022</sup>. Or, l'irrégularité des États généraux ainsi que l'absence d'un cadre normatif clair permet aux auteurs de critiquer l'organisation trifonctionnelle de la société. Ainsi, l'idée d'une assemblée nationale remplace rapidement celle de l'assemblée des trois ordres.

### ***B. L'imposition d'une assemblée nationale inédite***

Les questions évoquées ci-dessus sur la composition des assemblées des trois ordres amènent naturellement les auteurs critiques de la monarchie absolue à remettre en question l'histoire constitutionnelle du royaume. En effet, plusieurs auteurs s'opposent à suivre le précédent des États généraux de 1614. Pour André Morellet, auteur des *Observations sur le projet de former une Assemblée nationale sur le modèle des États-Généraux de 1614*, il est évident que « le vœu public n'est pourtant pas déterminé à la forme précise des anciens États-Généraux ». Il affirme de manière catégorique :

« Ce n'est pas dans l'histoire qu'il faut aller chercher la véritable organisation d'une Assemblée Nationale, c'est dans la nature des choses. L'essence d'une Assemblée Nationale est d'être formée de Représentants de la Nation [...]. Ceux qui prétendent qu'il faut former l'Assemblée Nationale qu'on demande sur le modèle des États-Généraux de 1614, méconnaissent bien aveuglement la différence des circonstances & celle des fins qu'on se propose aujourd'hui, & qu'il est nécessaire d'atteindre, d'avec celles qu'on a poursuivies dans les anciens États-Généraux »<sup>2023</sup>

---

<sup>2022</sup> Voir encore : *Le Tiers-État éclairé ou ses droits justifiés*, [s.l.n.], 1788 ; *Mémoire et consultation, sur la question suivante : Quels sont les moyens qui doivent employer les habitants de Paris, pour obtenir de nommer eux-mêmes leurs Représentans aux prochains Etats-Généraux, & n'en pas laisser la nomination aux Officiers de l'Hôtel de Ville & à un petit nombre de Notables...*, [s.l.n.], 1788 ; *Mémoire présenté au roi par les avocats au parlement de Normandie, sur les Etats-Généraux*, [s.l.n.d.] ; *Réflexions impartiales sur la grande question qui partage les esprits, concernant les droits du Roi & de la Nation assemblée en Etats-Généraux*, [s.l.n.], 1788. En outre, le *Fanal du Tiers-État*, contient une liste de brochures sur la « discussion présente des droits du Tiers, contre les prérogatives & prétentions de la Noblesse, du Clergé & de la Robe », [s.l.n.], 1788.

<sup>2023</sup> MORELLET, André, *Observations sur le projet de former une Assemblée nationale sur le modèle des Etats-Généraux de 1614*, [s.l.n.], 1788, p. 2 et 4.

Or, parmi les auteurs et les brochures contraires à une vision « historique » de la constitution politique de la France, Sieyès signe la véritable rupture théorique<sup>2024</sup>. En effet, il réfute toute prétention historique de la noblesse :

« Si les aristocrates entreprennent [...], de retenir le peuple dans l'oppression, il osera demander à quel titre. Si l'on répond à titre de conquête [...], ce sera vouloir remonter un peu haut. Mais le Tiers ne doit pas craindre de remonter dans les temps passés. Il se reportera à l'année qui a précédé la conquête »<sup>2025</sup>

Comme le souligne François Saint-Bonnet, « l'important est de voir à quel point l'ancienneté de telle institution est indifférente pour Sieyès : le temps est un fait et [...] tout moment peut être substitué à tout autre »<sup>2026</sup>. L'argument quantitatif l'emporte sur le poids de la tradition : les États-généraux divisés en trois ordres ne prennent pas en compte la réalité démographique. La représentation du peuple ne doit pas être proportionnelle aux ordres, mais à la qualité de citoyen, laquelle est égale pour tous ceux qui réunissent « les conditions déterminées pour être électeur » ; c'est pourquoi Sieyès ironise tant sur les éventuelles critiques : « Le Tiers, dira-t-on, ne peut pas former *les États généraux*. Eh ! tant mieux ! Il composera une *Assemblée nationale* »<sup>2027</sup>. L'argument est d'autant plus pertinent lorsqu'il porte sur l'élaboration de la loi. Sieyès pointe du doigt la contradiction : « Comment peut-on soutenir, d'un côté, que la loi est l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire de la pluralité, et prétendre en même temps que dix volontés individuelles peuvent balancer mille volontés particulières ? »<sup>2028</sup>. Au fond, derrière son argumentation, il y a un objectif explicite : l'idée de l'égalité politique et légale des *individus*, car la volonté d'une nation, « c'est le résultat des volontés individuelles, comme la nation est l'assemblage des individus »<sup>2029</sup>. La loi est ainsi « au centre d'un globe immense ; [et] tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent

---

<sup>2024</sup> Pour la teneur du débat qui précède les libelles de Sieyès, voir : RICHEL, Denis, « Autour des origines idéologiques lointaines de la Révolution française : élites et despotisme », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 24<sup>e</sup> année, N. 1, 1969, p. 12-13.

<sup>2025</sup> SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, [s.l.n.], seconde édition, 1789, p. 12.

<sup>2026</sup> SAINT-BONNET, François, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, n°2, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/Regards-critiques-sur-la-methodologie-en-histoire-constitutionnelle-Les-destinations-teleologiques-des-options-epistemologiques-78.html> (consulté le 13 mai 2020).

<sup>2027</sup> SIEYES, E.-J., *Qu'est-ce que le Tiers État ?...*, *op. cit.*, p. 103 (souligné dans le texte).

<sup>2028</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>2029</sup> *Ibid.*, p. 115.

que des places égales ; tous dépendent également de la loi, tous lui offrent leur liberté et leur propriété à protéger »<sup>2030</sup>.

La rhétorique de Sieyès l'emporte quelques mois après, lorsque les États généraux convoqués par le roi et réunis en début de mai 1789 ne subsistent plus dans leur forme traditionnelle, et deviennent d'abord Assemblée nationale le 17 juin, avant de se déclarer Assemblée Constituante le 9 juillet de la même année. Les témoignages de ces deux mois montrent que la stratégie du tiers-état consiste principalement à refuser les formes et les temps que la royauté veut d'abord imposer et que le clergé et la noblesse tentent de négocier par la suite<sup>2031</sup>. Comme l'affirme Guillaume Mazeau, « en refusant de se plier à des procédures qui leur semblent vides de sens et de légitimité, les députés du Tiers ouvrent un autre temps, inconnu celui-là, celui des débats et des prises de parole »<sup>2032</sup>.

Au-delà des changements lexicaux et sémantiques, ce sont les fondements dogmatiques qui changent : le tiers s'érige en représentant du peuple souverain<sup>2033</sup>. Partant, la royauté est écartée – au moins en tant que « fondement » – de la procédure d'élaboration de la loi. De même, en ce qui concerne les normes procédurales, leur légitimité est fondée sur le fait qu'il s'agit d'une volonté générale. Alors, dans la droite ligne de Sieyès, les volontés individuelles y adhèrent parce qu'elles considèrent que la loi en tant que volonté générale est la plus à même de protéger les libertés et les propriétés individuelles.

Les fondements de la procédure législative de la monarchie ont été graduellement érodés dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. La souveraineté reste certes la notion pivot de l'État – monarchique ou autre –, mais le changement de son titulaire exige l'adaptation des formes pour faire la loi. Or la remise en cause est générale, car l'ordre judiciaire – celui qui « applique » le droit, y compris les lois – est aussi de plus en plus critiqué.

---

<sup>2030</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>2031</sup> Voir à titre indicatif : LAMARQUE, Pierre, « Naissance de l'Assemblée Nationale », *Dix-huitième siècle*, n° 20, 1988, p. 111-118 ; et principalement, TACKETT, Timothy, *Par la volonté du peuple : comment les députés de 1789 sont devenus révolutionnaires*, Paris, Albin Michel, 1997.

<sup>2032</sup> MAZEAU, Guillaume, « Décélérer, soumettre le temps (États généraux, mai-juin 1789) », *Ecrire l'histoire* [En ligne], 16 | 2016, §7, disponible sur : <https://journals.openedition.org/elh/1063> (consulté le 13 mai 2020).

<sup>2033</sup> Le républicanisme est de pair avec le développement de l'idée d'un caractère national : BELL, David A., « Le caractère national et l'imaginaire républicain au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57<sup>e</sup> année, N. 4, 2002, p. 867-888.

## Section 2. La remise en cause de la justice inhérente à l'ordre judiciaire

Au siècle des Lumières, l'administration de la justice royale subit de violentes attaques. À la critique déjà séculaire des justices non-royales – seigneuriale et ecclésiastique<sup>2034</sup> – se succède celle de l'ordre judiciaire royal établi principalement dans les ordonnances de Louis XIV. La source de la procédure judiciaire étant davantage la loi étatique, les auteurs orientent alors leurs réflexions vers son contenu même.

L'analyse de la norme procédurale esquissée dans la pensée de Montesquieu s'amplifie sous la plume de philosophes tel que Voltaire et des critiques des avocats qui remettent en question l'état de l'ordre judiciaire au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2035</sup>. En effet, on peut percevoir qu'en sus du discours déontologique des acteurs de la justice – juges, avocats, procureurs, etc. –, une remise en cause plus profonde des procédures de justice s'opère tout au long du siècle. Certains principes susceptibles de guider le perfectionnement des normes procédurales doivent également faire partie de l'ordre constitutionnel, dans la mesure où la liberté doit être davantage protégée par le pouvoir politique qui est encadré par la constitution. En absence d'un système judiciaire d'origine constitutionnelle, le pouvoir politique remettrait en cause la justice qui en est sa finalité.

Les critiques de l'ordre judiciaire de l'Ancien Régime se multiplient dans la seconde moitié du siècle. Une partie est dirigée à l'encontre de l'efficacité et de la fonctionnalité de la procédure d'une manière théorique (§1) ; une autre s'oriente plutôt contre des cas concrets et vise à révéler à l'opinion publique les injustices commises (§2).

---

<sup>2034</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2 et chapitre 6, section 2, §1.

<sup>2035</sup> Cependant, il ne s'agit guère de suggérer que le barreau en tant que corps était une institution « révolutionnaire », car sa composition était très hétérogène. Pour une interprétation contraire, voir : DELBEKE, Francis, *L'action politique et sociale des avocats au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Louvain-Paris, Librairie universitaire-Recueil Sirey, 1927.

## §1. *Les critiques fonctionnelles des procédures de justice*

Si une partie non négligeable de la doctrine d'Ancien Régime ne tarit pas d'éloges envers les ordonnances de Louis XIV et de Louis XV relatives à la procédure, d'autres au contraire désapprouvent certains aspects de l'administration de justice telle qu'elle y est exposée. Ils dénoncent d'une part l'absence de détermination légale conduisant à l'arbitraire des juges (A), d'autre part les nombreuses imperfections de l'ordre judiciaire (B).

### A. *La légalité à l'épreuve de l'arbitraire judiciaire*

Sous le règne de Louis XIV, la royauté réussit à intégrer les juridictions exogènes dans l'ordre judiciaire royal<sup>2036</sup>. Les procédures de justice deviennent désormais légales, dont il découle l'impression d'une certaine « complétude » du système. En ce sens, les ordonnances civile et criminelle de Louis XIV comportent un paradoxe : elles renforcent le discours d'obéissance aux lois royales tout en laissant une marge de discrétion aux juges au long du procès judiciaire – il s'agit, en l'espèce, de formalités que la doctrine qualifie d'« indifférentes »<sup>2037</sup>. Les procès-verbaux des conférences lors de leur élaboration attestent une convergence d'avis parmi les conseillers du roi et les magistrats sur le fait que certains aspects de la procédure doivent être laissés à « l'arbitrage » des juges. La raison est simple : la loi ne peut pas prévoir l'ensemble des circonstances propres aux procès judiciaires car elles sont innombrables<sup>2038</sup>. Cette approche qui s'avère favorable au pouvoir discrétionnaire du juge s'amenuise au fur et à mesure qu'une vision plus légicentriste du droit se consolide.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le conflit entre l'arbitraire et la légalité prend une dimension plus importante. Si auparavant ces deux termes étaient perçus comme complémentaires, au siècle des Lumières, l'arbitraire apparaît même comme un phénomène

---

<sup>2036</sup> Bien que les juridictions seigneuriales et ecclésiastiques subsistent jusqu'à la Révolution et qu'elles continuent à susciter de vives critiques, elles sont complètement encadrées au XVIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>2037</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §1-A.

<sup>2038</sup> *Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi...*, *op. cit.*, *passim*. Par exemple pour la réception de la preuve par témoins contre la preuve écrite (p. 221-222), sur l'acceptation du témoignage des parents et alliés des parties en matière civile (297-299), sur la justification des reproches des témoins (p. 321-322), sur les récusations en matière civile (p. 332-333 et p. 337-338), pour les sentences de provision (p. 126-127 de l'ordonnance criminelle), sur la possibilité d'avoir un conseil (p. 162-166 ordonnance criminelle), sur l'exécution des jugements (p. 256 ordonnance criminelle), entre autres.

diamétralement opposé à la légalité<sup>2039</sup>. Par exemple, d'Aguesseau désavoue en 1748 le pouvoir d'interprétation des juges sous prétexte de recherche de « l'esprit de la loi »<sup>2040</sup>. Montesquieu est, en revanche, plus nuancé : les juges dans les monarchies – contrairement aux républiques – ont une marge de manœuvre plus importante, car ils peuvent « en chercher l'esprit [des lois] »<sup>2041</sup> ; d'autant qu'il défend la pluralité des sources du droit dans le royaume<sup>2042</sup>. En outre, Burlamaqui dissocie les concepts d'équité et d'arbitraire : le premier cherche à adapter les lois civiles aux lois naturelles ; le second est tout simplement identifié à la volonté du magistrat qui contrarie la loi<sup>2043</sup>. Les dictionnaires de la seconde moitié du siècle reprennent cette distinction et signalent que l'interprétation judiciaire comporte un risque d'arbitraire – au sens péjoratif – et doit être complètement écartée :

« Si [...] le juge désespère de rendre un jugement équitable sans contrarier le texte de la loi, ou l'esprit qu'il y peut entrevoir, il doit ou soumettre ses lumières au sens de la loi, ou consulter la puissance législative. Celle-ci peut exercer l'équité d'une manière supérieure au magistrat ; elle peut ou corriger un article de la loi, ou l'abroger en entier [...]. Le pouvoir du magistrat est borné à interpréter par le sens, à suppléer ce qui n'a pas été prévu, à décider ce que le législateur dirait lui-même conduit par le même esprit qui l'animait lorsqu'il fait la loi »<sup>2044</sup>

<sup>2039</sup> Nous suivons l'analyse de : DESMOULINS, Thibault, *L'arbitraire histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, Thèse Histoire du droit, Université de Paris 2, 2018, 520 p. En particulier : p. 241-288.

<sup>2040</sup> Face aux arguments d'un plaçant pour lequel « il paraît plus naturel de se conformer à l'esprit de la loi, que de s'attacher servilement à des formalités qui n'ont été prescrites que dans la vue d'éviter la fraude et la suggestion », d'Aguesseau répond : « Avec cette maxime générale, si elle pouvait être tolérée, il n'y aurait aucun juge qui ne se crût en droit de mépriser toutes les formalités qui ont été si sagement établies par les lois, pour assurer la vérité et la solennité des actes les plus importants de la société civile. Leur exécution deviendrait absolument arbitraire ; chaque juge, selon les motifs qu'il lui plairait d'attribuer au législateur, s'imaginerait pouvoir en conclure qu'il n'est pas dans le cas pour lequel la loi a été faite ; et il se glorifierait d'avoir secoué le joug servile de la lettre, pour suivre ce qu'il lui plairait d'en appeler l'esprit ». D'AGUESSEAU, H.-F., *Œuvres complètes...*, *op. cit.*, Tome XII, p. 453-454. Pourtant, d'Aguesseau n'était guère partisan d'un corps complet des lois, comme l'était à la même époque l'abbé de Saint-Pierre : BLOQUET, Sylvain, « Une controverse sur l'uniformisation du droit au début du XVIII<sup>e</sup> siècle : d'Aguesseau lecteur de l'abbé de Saint-Pierre », *RHDFE*, Vol. 91, No. 3 (juillet-septembre 2013), p. 451-487.

<sup>2041</sup> MONTESQUIEU, *EL*, *op. cit.*, Livre VI, chapitre 3.

<sup>2042</sup> *Ibid.*, Livre XI, chapitre 6. Voir : CAMPAGNA, Norbert, « Arbitraire », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Auger, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1377722783/fr/> (consulté le 21 mars 2020) ; HANISCH, Till, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Volume 2, 2010, p. 131-165 ; SPECTOR, Céline, « La "bouche de la loi" ? Figures du juge dans *L'Esprit des lois* », *Montesquieu Law Review*, N° 3, Octobre 2015, p. 87-102.

<sup>2043</sup> BURLAMAQUI, Jean-Jacques, *Principes du droit de la nature et des gens*, Tome V, Yverdon, [s.n.], 1767, p. 229-230. Voir : PEROZ, Anne, « Burlamaqui et l'arbitraire du juge », *op. cit.*, p. 135-156.

<sup>2044</sup> *Encyclopédie Méthodique. Jurisprudence...*, Tome IV, *op. cit.*, p. 323. Notamment face à la critique à l'égard de l'équité des parlements. Voir : KRYNEN, J., *L'idéologie de la magistrature ancienne...*, *op. cit.*, p. 139-190 ; *ID.*, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et contemporaine) », *RHDFE*, Vol. 86, No. 2, (avril-juin 2008), p. 161-197.

Voilà pourquoi les auteurs des Lumières critiquent l'absence de normes précises de détermination des délits et des peines. Là encore, le recours à Montesquieu est essentiel, car le contenu de ces normes est étroitement lié à la liberté politique : le « caprice du législateur » ne peut les justifier, seul « la nature de la chose » compte<sup>2045</sup>. Au fond, la conviction de Montesquieu qu'il existe des lois de la nature exige que certains domaines du droit soient nécessairement déterminés par les lois civiles. Ainsi, l'indétermination des délits et des peines dans le système légal est perçue comme une atteinte à la liberté des citoyens<sup>2046</sup>. Quelques décennies plus tard, Cesare Beccaria (†1794)<sup>2047</sup> dans le sillage des idées du Baron de la Brède et imprégné de Rousseauisme, affirme clairement qu'il « n'appartient qu'aux lois seules de décerner la peine des crimes, & que le droit de faire les lois pénales ne peut résider que dans le Législateur qui représente toute la société unie par le contrat social »<sup>2048</sup>. En conséquence, pour Beccaria, « aucun magistrat ne peut avec justice décréter des peines contre un autre membre de cette même société »<sup>2049</sup>.

Les auteurs de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle qualifient l'administration de justice royale d'arbitraire pour mieux la fustiger. Voltaire, dans une de ses lettres, affirme sans ambages : « Cette cruelle affaire [...] achève de me prouver [...] que nos lois sont bien imparfaites. *Presque tout me paraît abandonné au sentiment arbitraire des juges.* Il est bien étrange que l'ordonnance criminelle de Louis XIV ait si peu pourvu à la sûreté de la vie des hommes »<sup>2050</sup>. Joseph Servan (†1807)<sup>2051</sup> suit, en

<sup>2045</sup> MONTESQUIEU, *EL, op. cit.*, Livre XII, chapitre 4.

<sup>2046</sup> Les longs développements quant à la classification des crimes finissent avec cette affirmation : « Tout ce que je dis est puisé dans la nature, et est très favorable à la liberté du citoyen », *ibid.*, Livre XII, chapitre 4. Voir également : BENREKASSA, Georges, « Nature », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376478659/fr/> (consulté le 21 mars 2020) ; IPPOLITO, D., « Montesquieu et le droit naturel », (*Re)lire l'Esprit des Lois...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>2047</sup> La bibliographie sur Beccaria est immense. Nous renvoyons seulement à titre indicatif à : AUDEGEAN, Philippe, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci editore saggi, 2014 ; *ID.*, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 ; *Cesare Beccaria : la controverse pénale, XVIII<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Michel Porret et Elisabeth Salvi (dir.), Rennes, PUR, 2015 ; *Le bonheur du plus grand nombre : Beccaria et les Lumières*, Philippe Audegean, Christian Del Vento, Pierre Musitelli, Xavier Tabet (dir.), Lyon, ENS éditions, 2017 ; *Le moment Beccaria : naissance du droit pénal moderne, 1764-1810*, Philippe Audegean et Luigi Delia (ed.), Oxford, Voltaire Foundation, 2018 ; MARTIN, Xavier, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou L'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, Poitiers, DMM, 2018 ; PISANI, Mario, *Cesare Beccaria : studi*, Milano, A. Giuffrè, 2015 ; TESSITORE, Giovanni, *Cesare Beccaria, l'uomo e il mito : idealizzazione e realtà storica*, Milano, FrancoAngeli, 2008.

<sup>2048</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, *Traité des délits et des peines*, « A Philadelphie », [s.n.], 1766, p. 9.

<sup>2049</sup> *Ibid.*, p. 9. Voir les analyses et les confrontations avec la pensée de Muzart de Vouglans : DESMOULINS, T., *L'arbitraire histoire et théorie...*, *op. cit.*, p. 275-281 ; LAINGUI, André, « P.F. Muzart de Vouglans ou l'anti-Beccaria (1713-1791) », *APD*, Tome 39, 1994, p. 169-179 ; LORMANT, François, « La Révolution du droit pénal (1791-1810), *Droit, Histoire et Société. Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissony*, Virginie Lemonnier-Lessage et François Lormant (dir.), PUN-Edulor, 2009, p. 145-168 ; PORRET, Michel, « Les "lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence" Muzart de Vouglans versus Montesquieu », *Revue Montesquieu*, N° 1, Grenoble, 1997, p. 65-95.

<sup>2050</sup> Lettre à M. Elie de Beaumont, avocat, du 22 septembre 1762. VOLTAIRE, *Correspondance*, dans : *Œuvres complètes*, Tome 42, 10, *op. cit.*, p. 246 (nous soulignons).

<sup>2051</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 927-928. LANIER, Jacques-François, *Michel Joseph Antoine Servan ou de Servan (1737-1807) : avocat général de l'humanité*, Romans, J.F. Lanier, 1995.

filigrane, ses devanciers : pour lui les lois pénales « ne sauraient donc être trop étendues & trop précises ; précises pour séparer les objets ; étendues pour développer chacun d'eux ; car les détails superflus dans les autres lois, sont indispensables dans les lois criminelles »<sup>2052</sup>. Quant aux peines, l'auteur s'écrie : « c'est une espèce de maxime, que les peines sont arbitraires dans ce royaume ; cette maxime est accablante & honteuse », il développe plusieurs exemples de l'indétermination et prône enfin pour une prise de conscience de la part de la magistrature<sup>2053</sup>. Jean-François de Saint-Lambert (†1803)<sup>2054</sup> partage également ce portrait accablant lorsqu'il critique les « Ministres de Thémis, ou plutôt ses victimes » dans son poème *Les saisons*. Ce dernier explique que les juges admettent l'usage de plusieurs sources tout en leur donnant « force de loi », rendant ainsi la justice arbitraire<sup>2055</sup>.

L'accusation d'arbitraire s'adresse également l'indétermination de l'ordre constitutionnel. En ce qui concerne l'administration de justice, l'idée de Montesquieu d'une division fonctionnelle à l'intérieur du régime politique constitue le point de départ pour critiquer l'absence de légalité. Selon sa théorie, établie à partir de son analyse de la constitution anglaise, la « puissance législative » doit se garder de se prononcer sur les cas particuliers sous peine d'être qualifiée de despotique – à l'exception en trois cas<sup>2056</sup>. La magistrature utilise cet argument conceptuel essentiellement pour dénoncer l'usage d'une justice « extraordinaire »<sup>2057</sup>, mais elle sera largement suivie par philosophes et juristes sans distinction. Outre le discours contraire aux évocations et aux commissions de justice, certains auteurs s'attaquent également aux « formes administratives » : les lettres de cachet<sup>2058</sup> et les jugements des

<sup>2052</sup> SERVAN, Joseph-Michel-Antoine, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, [s.n.], 1767, p. 113.

<sup>2053</sup> *Ibid.*, p.118 et ss.

<sup>2054</sup> L'auteur, militaire, philosophe et poète, est proche des encyclopédistes. Son poème *Les saisons* demeure une référence pour la littérature de son époque.

<sup>2055</sup> « Pourquoi le code de Louis XIV n'abroge-t-il pas les Ordonnances de Saint-Louis ? Pourquoi cite-t-on les Capitulaires, tandis que nous avons sur les mêmes objets des Lois récentes ? Pourquoi les Magistrats permettent-ils qu'on leur cite des Lois étrangères ? Pourquoi donnent-ils force de Lois à des usages, au recueil de leurs Arrêts ? Ces abus & d'autres rendent la justice arbitraire [...] ». SAINT-LAMBERT, Jean-François de, *Les saisons, poème*, Amsterdam, [s.n.], 1773, p. 105 pour les vers, p. 133-134 pour les notes sur la justice.

<sup>2056</sup> En premier lieu, les grands de l'État : « Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles ». En deuxième lieu, lorsque la loi est « trop rigoureuse » : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle ». En troisième lieu, les cas dans lesquels la puissance législative qui représente le peuple agit en tant qu'accusatrice devant « la partie législative des nobles, laquelle n'a ni les mêmes intérêts qu'elle, ni les mêmes passions ». MONTESQUIEU, *EL, op. cit.*, Livre XI, chapitre 6.

<sup>2057</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §2.

<sup>2058</sup> Mirabeau considère qu'il vaut mieux laisser cet arbitraire aux juges qu'au souverain. Ici, l'aspect psychologique de la mesure est pris en compte : « Quand il serait nécessaire que dans toute administration, une certaine portion d'autorité arbitraire fût confiée à un magistrat, le monarque ne serait jamais celui qu'il faudrait en revêtir ; car il a déjà tant d'autorité & d'influence,

intendants et des fermiers sont autant d'exemples des formes arbitraires puisque manquantes de légalité<sup>2059</sup>. En ce sens, l'avocat Linguet illustre explicitement la relation entre les formes juridiques et le régime monarchique :

« Une Magistrature [...], qui aurait le droit d'enlever à des Sujets leur état & leur honneur, sans constater de griefs, sans rendre de compte, sans craindre de réforme en cas de méprise, ne peut exister dans une Monarchie. L'impossibilité d'y être jugé autrement qu'avec des formes, est dans cette espèce d'administration l'unique dédommagement de tous les inconvénients qu'elle peut entraîner d'ailleurs. Il n'y est pas permis au Citoyen de s'y défendre autrement que par des voies légales. L'action d'appeler le Peuple à son secours, contre un Magistrat ou un Particulier vexateur, est légitime dans une Démocratie [...]. Dans une Monarchie ce serait un crime de lèse-Majesté, parce que ce n'est pas le Peuple qui est Souverain. C'est au Prince seul que l'opprimé peut avoir recours : & ce recours il ne peut l'exercer que par des voies judiciaires »<sup>2060</sup>

Du point de vue constitutionnel, la justice est désormais contingentée à la « puissance de juger », mais cette puissance *nulle* – suivant le terme employé par Montesquieu – est en quelque sorte l'exécutrice mécanique des lois. Ce raisonnement se heurte bien entendu à la réalité de l'administration de justice et des procédures judiciaires, auxquelles les critiques s'adressent tout autant.

---

que ce surcroît de pouvoir doit devenir dans ses mains l'instrument irrésistible de la subversion totale de la liberté [...]. Au moins, ma paraît-il certain qu'il serait moins dangereux que dans des cas infiniment rares, les juges ordinaires eussent recours au pouvoir suprême pour la sûreté publique, & cette voie extraordinaire quoique non exempte d'inconvénients, pourrait du moins être regardée comme le jugement rapide, mais délibéré, & seulement provisoire d'une cour légale, plutôt que comme un usage arbitraire du pouvoir absolu, toujours effrayant, toujours funeste ». MIRABEAU, Honoré-Gabriel de Riquetti, *Des lettres de cachet et des prisons d'État*, Hambourg, 1782, p. 211. L'avocat Simon-Nicolas Linguet fait un parallèle entre l'arbitraire des lettres de cachet et celui de la magistrature : « En est-il de même des vengeances exercées par la Robe, du despotisme de la Robe [...]. D'abord des procédures, SECRETES, comme les lettres de cachet ; ensuite des décrets qui disposent de la personne, comme les lettres de cachet, & des biens, quand la personne échappe, ce que ne font pas les lettres de cachet ; & enfin des sentences, des arrêts qui disposent souverainement, & irréparablement, de la vie de l'HONNEUR, ce que ne font pas les lettres de cachet », LINGUET, Simon-Nicolas-Henry, *La France plus qu'angloise...*, Bruxelles, [s.n.], 1788, p. 133.

<sup>2059</sup> Ce sont les discours du magistrat Malesherbes qui martèlent cet argument : « Dans les Provinces, c'est l'Intendant qui prononce sur le sort des Citoyens, seul dans son cabinet, & souvent dans son travail avec le Directeur des Fermes ; & à Paris, où se jugent les appels, c'est encore l'Intendant des Finances qui statue irrévocablement, seul dans son cabinet, & souvent dans son travail avec le Fermier-Général ; & sur cela, Sire, nous croyons pouvoir interpellé la bonne foi de ceux mêmes à qui ce pouvoir exorbitant est confié ; c'est à eux que nous demandons s'il n'est pas vrai que cette Justice arbitraire soit la seule qu'on rend e à vos Sujets dans toutes les matières évoquées ». *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France...*, op. cit., p. 633.

<sup>2060</sup> LINGUET, Simon-Nicolas-Henry, *Consultation de M. Linguet, avocat, En Réponse à la Consultation sur la Discipline des Avocats...*, Bruxelles, [s.n.], 1776, p. 2.

## ***B. La dénonciation des imperfections de la procédure judiciaire***

La pensée des Lumières dénonce plusieurs caractéristiques des procédures de justice. Parmi leurs cibles privilégiées, on retrouve la légalité de la « question », l'usage des contraintes par corps en dehors des affaires criminelles, la longueur extrême des procès – principalement en matière civile –, et le secret de l'instruction dans la procédure extraordinaire.

### *i. La légalité de la « question »*

Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'usage de la « torture » se raréfie dans les cours de justice<sup>2061</sup>. Cependant, elle reste autorisée parmi les procédures « légales » du procès judiciaire et la doctrine procédurale y fait mention sans la remettre en cause<sup>2062</sup>. Elle demeure ainsi un moyen d'acquérir la preuve – désuet mais tout de même prévu –, auquel Cesare Beccaria s'attaque dans son *Traité des délits et des peines*. En effet, l'auteur questionne la rationalité même de la procédure, critiquant ses fondements dogmatiques et sa capacité de « dévoiler la vérité » :

« On a pensé que la douleur était un moyen de découvrir le crime, un *critère de vérité* [...]. Ce moyen infame de découvrir la vérité est un monument encore subsistant de cette législation barbare ou les épreuves du feu, de l'eau bouillante, & l'incertitude des combats étaient appelés les jugements de Dieu [...]. La seule différence qu'on puisse assigner entre les épreuves de la torture, d'une part, & celle de du feu & de l'eau bouillante, est que le succès de la première dépend de la volonté de l'accusé, & le succès de celles-ci, d'un fait physique & extérieur »<sup>2063</sup>

Par la suppression des fondements épistémologiques de la torture, Beccaria pointe l'absence de rationalité de la fonction qu'elle est supposée accomplir : d'une part, elle ne peut pas donner la certitude de la vérité « arrachée » à l'accusé ; d'autre

---

<sup>2061</sup> Voir principalement : MONTAZEL, Laurence, « Les parlements de France et la torture judiciaire du XV<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Bernard Durand (dir.), Volume 2, Lille, Centre d'Histoire judiciaire, 2002, p. 613-641.

<sup>2062</sup> La procédure établie dans l'ordonnance criminelle de 1670, Titre XIX, est toujours en vigueur dans la seconde moitié du siècle. Aux traités de procédure criminelle largement cités plus haut, on doit ajouter la défense de MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines, traduit de l'italien*, Lausanne-Paris, Desaint, 1767, p. 72-82.

<sup>2063</sup> BECCARIA, C., *Traité des délits et des peines...*, *op. cit.*, p. 38-39. Certes, avant lui plusieurs auteurs avaient questionné l'efficacité de la torture. Cependant, la force de l'argument de Beccaria réside dans la comparaison qu'il fait avec les usages d'une époque jugée « irrationnelle » au siècle des Lumières.

part, elle se présente comme une peine, tant pour l'innocent que pour le coupable<sup>2064</sup>. En ce sens, son approche de la norme procédurale est préventive, car si l'usage ne permet pas d'arriver à la vérité, on doit lui ôter tout caractère juridique et judiciaire.

Les idées de Beccaria se propagent rapidement dans le monde francophone. Voltaire dans son *Commentaire sur le livre des délits et des peines...*, paraphrase quelques lignes du marquis, tolère la torture uniquement « pour des scélérats avérés qui auront assassiné un père de famille ou le père de la patrie »<sup>2065</sup>. Gabriel Seigneux de Correvon (†1775)<sup>2066</sup> procède de même se référant au système judiciaire de la Lausanne. Il affirme que la « voie des tourments » blesse la raison, la justice, l'humanité et la charité : la première parce qu'elle « n'a aucun rapport avec la marche ordinaire de la raison, pour parvenir à la découverte en question » ; la deuxième car elle « met le juge en péril éminent d'en violer les lois les plus sacrées en prenant l'innocent pour le coupable, & en formant » ; les troisième et quatrième car elle fait « souffrir un homme sur des indices ; en le flétrissant, ou le punissant, avant qu'il soit reconnu coupable »<sup>2067</sup>. À ces réflexions s'ajoute la perception défavorable des procès dans lesquels les juges ont eu recours à la torture : « Loin de donner aucune sûreté nouvelle aux recherches, l'usage de la Question en diminue le poids. Il semble que les Juges n'aient appelé la Torture à leur secours que pour suppléer à leur ignorance, à leur peu de sagacité & à leur paresse »<sup>2068</sup>. Enfin, Jacques-Pierre Brissot de Warville (†1793)<sup>2069</sup> condamne la « question » considérant qu'il s'agit d'une peine, « & on ne doit jamais infliger de peine, que lorsque la preuve du crime est parfaite »<sup>2070</sup> et s'oppose frontalement à ses collègues criminalistes<sup>2071</sup>. En 1780, lorsque l'Académie

<sup>2064</sup> *Ibid.*, p. 40-42.

<sup>2065</sup> VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, Genève, [s.n.], 1767, p. 33-35.

<sup>2066</sup> Juriste, traducteur et homme politique lausannois, il subit l'influence du jusnaturalisme (notamment de Burlamaqui et Barbeyrac) et adhère les idées des pénalistes italiens comme Risi et Beccaria.

<sup>2067</sup> SEIGNEUX DE CORREVON, Gabriel, *Essai sur l'usage, l'abus et les inconveniens de la torture, dans la procédure criminelle*, Lausanne-Mons, Grasset-Hoyois, 1779, p. 20-21.

<sup>2068</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>2069</sup> Sur l'auteur, voir : CAVALLARO, Giovanna, *J.P. Brissot criminalista al tramonto dell'ancien régime*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1981 ; MAZZANTI PEPE, Fernanda, *Il nuovo mondo de Brissot : libertà e istituzioni tra antico regime e rivoluzione*, Torino, G. Giappichelli, 1996 ; TIYAL, Samir, *Jacques-Pierre Brissot de Warville, genèse d'une pensée : 1770-1789*, Thèse de Doctorat en Histoire, Université de Clermont-Ferrand 2, 1997, 348 p.

<sup>2070</sup> BRISSOT DE WARVILLE, Jacques-Pierre, *Les moyens d'adoucir la rigueur des loix pénales en France, sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Châlons-sur-Marne en 1780*, Châlons-sur-Marne-Paris, Seneuze-Desauges, 1781, p. 103.

<sup>2071</sup> « La section de Jousse sur la torture, tome I, p. 689, est tout-à-fait étrange, & décèle bien le jurisconsulte qui sait citer, mais qui ne sait pas raisonner ; il cite mille autorités pour & contre la question, & finit par se décider pour elle M. Muryart de Vouglans, celui-là même qui traita M. Beccaria d'hérétique & d'imbécile, pense de même que Jousse à cet égard. Qui a lu un criminaliste Français, les a lus tous. Il semble que leurs ouvrages sortent du même moule. Qui croirait que le raisonnement

de Châlons-sur-Marne consacre son mémoire *Les moyens d'adoucir la rigueur des loix pénales en France...*, Louis XVI abolit la question préparatoire par l'ordonnance royale du 24 août ; et procède de même avec la question préalable dans la déclaration du 1<sup>er</sup> mai 1788. Ainsi, la critique farouche des opposants à la torture a un retentissement important, puisqu'elle finit par être écartée des formes de l'administration de justice royale.

ii. *Les contraintes par corps dans les affaires non criminelles*

L'ordonnance civile de Louis XIV réduit considérablement les cas dans lesquels la contrainte par corps peut être utilisée en matière civile<sup>2072</sup>. En matière commerciale, elle est acceptée par la législation et même justifiée par Montesquieu : « dans les conventions qui dérivent du commerce, la loi doit faire plus de cas de l'aisance publique, que de la liberté d'un citoyen »<sup>2073</sup>.

Malgré l'acceptation générale, quelques auteurs critiquent l'usage de la contrainte par corps et pointent les risques et abus. Joseph Bernardi la refoule, expliquant qu'il s'agit « [d']une de ses horreurs que le Droit Romain & le Droit Canonique, ou leurs Commentateurs, ont introduit dans notre Jurisprudence »<sup>2074</sup>. Il accepte tout de même l'avancement des ordonnances sur ce sujet, tout en affirmant « qu'il s'en faut de beaucoup qu'elles aient fait tout ce qu'exigeaient les vrais principes de l'humanité & de la sociabilité »<sup>2075</sup>. En outre, Pigeau dénonce les risques d'abus de la contrainte par corps notamment en matière des lettres de change<sup>2076</sup>. Claude Gaspard Barbat du Closel d'Arnery (†1811)<sup>2077</sup> colporte cette dénonciation dans son mémoire intitulé *Abus et dangers de la contrainte par corps*, de 1788. Pour lui, les lettres de change sont « devenues un moyen d'esclavage, une convention par laquelle l'homme

---

suisant est d'une des lumières du barreau, du chancelier Daguesseau [*sic*] ! Ou la preuve du crime est complète, ou elle ne l'est pas ; au premier cas, il n'est pas douteux qu'on doive prononcer la peine portée par les ordonnances ; mais dans le second cas, il est aussi certain qu'on ne peut ordonner que la question, ou un plus amplement informé ». BRISSOT DE WARVILLE, Jacques-Pierre, *Théorie des loix criminelles*, Tome II, Berlin, [s.n.], 1781, p. 105, note de bas de page n° 200.

<sup>2072</sup> Titre XXXIV de l'ordonnance. ISAMBERT, Tome XVIII, p. 172-173.

<sup>2073</sup> MONTESQUIEU, *EL*, *op. cit.*, Livre XX, chapitre 15.

<sup>2074</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les Révolutions du droit français...*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>2075</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>2076</sup> « Malgré les précautions de la loi pour empêcher que le par corps n'ait lieu hors les cas où elle le prononce, on la frude tous les jours, en faisant passer sous la forme des lettres de change, de simples engagements entre particuliers, pour donner au créancier la contrainte par corps, qu'il n'aurait pas sans cela [...]. Les juges doivent être très attentifs à réprimer ces détours. C'est par leur moyen qu'une multitude d'usuriers s'enrichissent avec les dépouilles de ceux qui sont dans le besoin, ou de jeunes gens qui consomment leur fortune dans la débauche ». PIGEAU, E.-N., *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires...*, *op. cit.*, p. 407-408.

<sup>2077</sup> Avocat à Clermont, il écrit plusieurs brochures en résonance avec les idées du temps. Il crée en outre la « Société des amis de la constitution ».

engage ce qui lui reste... sa liberté »<sup>2078</sup>. Bien que l'auteur accepte la légalité de la contrainte par corps dans ce cas, il la qualifie d'exception et affirme qu'elle ne doit jamais recevoir aucune extension : « le vœu de l'ordonnance est que les juges déclarent simples billets toutes les lettres de change qui ne sont pas faites par des marchands ou des banquiers, & qu'ainsi la contrainte ne devrait jamais être prononcée contre tous ceux qui n'ont une relation certaine »<sup>2079</sup>. Quant à la prise de la décision par les juges dans les cas de stellionat, dommages-intérêts et frais de gésine, il considère que ces « voies extraordinaires doivent être employées avec la plus grande réserve », et qu'elles « ne devraient jamais avoir lieu, que lorsque l'unanimité des suffrages convaincraient l'accusé s'un stellionat ou d'une fraude manifeste »<sup>2080</sup>. La raison est que « tout statut qu'inflige une peine est une espèce d'arme meurtrière dont l'usage devrait être très rare, permis au seul magistrat, & interdit à tout autre particulier »<sup>2081</sup>. Enfin, on constate chez l'auteur une approche préventive de la norme procédurale, car « une sage législation ne doit laisser aux citoyens d'autre liberté que celle qui leur est avantageuse »<sup>2082</sup>.

### iii. *La longueur des procès*

Si Montesquieu admet volontiers, voire fait de la complexité des procédures le gage de la liberté dans les monarchies, certains auteurs rejettent totalement cette conception. Rouillé d'Orfeuil, par exemple, s'oppose à la complexité juridictionnelle prônée, selon lui, par Montesquieu, et s'attaque notamment à la longueur qu'elle engendre : « rien ne multiplie & n'allonge plus les procès... Les incompétences de juges, seules, les multiplient & les allongent incroyablement »<sup>2083</sup>. Plus loin, il réitère son diagnostic : « La compétence & l'incompétence, seules, sont cause d'une multitude de procès... ils sont très longs & très-coûteux, & ne décident rien sur l'intérêt des particuliers, seul véritable objet de toute discussion »<sup>2084</sup>. Joseph Bernardi réfute tout

---

<sup>2078</sup> CLOSEL D'ARNERY, Claude-Gaspard-Barbat du, *Abus et dangers de la contrainte par corps*, Paris, chez l'auteur- Royez, 1788, p. 18.

<sup>2079</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

<sup>2080</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>2081</sup> *Ibid.*, p. 63-64. L'auteur en donne un exemple : « Un magistrat respectable me témoignait un jour sa surprise de ce qu'un lieutenant criminel pouvait seul & en son hôtel décréter de prise de corps un domicilié. Une chose plus étonnante, à mon avis, c'est que ce lieutenant criminel puisse également décerner ce décret de prise de corps, quoique le ministère public n'ait pas requis qu'un décret de soit ouï, il semble qu'il en devrait être référé à la chambre, lorsqu'il y a contrariété d'avis entre deux magistrats que la loi présume également éclairés » (p. 63, note de bas de page a).

<sup>2082</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>2083</sup> ROUILLÉ D'ORFEUIL, A., *L'alambic des loix, ou observations de l'ami des françois ...*, op. cit., p. 129.

<sup>2084</sup> *Ibid.*, p. 320.

simplement le principe : « Rien de moins exact que ce qu'a dit Montesquieu sur la nécessité des formes judiciaires. À l'en croire, nous n'en aurions pas encore assez » ; en outre, il s'insurge contre les « minuties superflues » qui servent de « sauvegarde à l'injustice »<sup>2085</sup>. Ange Goudar (†1791)<sup>2086</sup> s'oppose également au baron de la Brède et critique la justice de son époque, malgré son aversion aux cercles des Lumières :

« [Montesquieu] a dit que les dépenses, les dangers, & les longueurs même de la justice, sont le prix que chacun paye pour son bon droit. Cela serait en effet ainsi, si ces dépenses & ces longueurs éclairaient les Juges, mais elles font un effet tout contraire, n'y ayant rien de si embarrassant pour un Tribunal qu'un Procès commencé depuis dix lustres »<sup>2087</sup>

D'autres nuancent les propos de Montesquieu et les contrastent avec une autre perception de la réalité, comme c'est le cas de Carlo Antonio Pilati (†1802)<sup>2088</sup>. Ce dernier reconnaît les principes du magistrat bordelais en matière criminelle comme preuve du « zèle du législateur pour la liberté & la sûreté des citoyens ». Or, la « lenteur des juges, à décider du sort des criminels, ne prouve que leur paresse, leur indolence, & leur mépris pour les hommes »<sup>2089</sup>. Au contraire, en matière civile, il condamne les formalités et longueurs car elles n'assurent pas les biens des Citoyens<sup>2090</sup>. L'avocat Pierre-François Mézard<sup>2091</sup>, pointe le « mauvais ordre & la mauvaise distribution des Tribunaux ». Il en résulte « la longueur des procès, & les frais immenses que cette multiplicité de degrés nécessite », car il y a des « lieux où il faut passer par quatre

<sup>2085</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les Révolutions du droit françois...*, op. cit., p. 376-383.

<sup>2086</sup> Cet aventurier et littérateur travaille, à l'époque de son écrit (1788), pour les Affaires étrangères et la police française. Voir : DIOGUARDI, Gianfranco, *Ange Goudar contre l'Ancien Régime*, Castelnau-le-Lez, Climats, 1994 ; HAUC, Jean-Claude, *Ange Goudar : un aventurier des Lumières*, Paris, Honoré-Champion, 2004.

<sup>2087</sup> GOUDAR, Ange, *L'autorité des rois de France est indépendante de tout corps politique. Elle était établie avant que les parlements fussent créés*, Amsterdam, [s.n.], 1788, p. 113-114.

<sup>2088</sup> Juriste et journaliste italien, il est proche des cercles des Lumières françaises. Voir : *Carlantonio Pilati : un intellettuale trentino nell'Europa dei lumi*, Stefano Ferrari et Gian Paolo Romagnani (dir.), Milano, F. Angelli, 2005 ; GAETA, Renato, *Carlo Antonio Pilati : dalle esperienze culturali europee al riformismo trentino (1760-1802)*, Venezia, Deputazione di storia patria per le Venezie, 1995.

<sup>2089</sup> PILATI, Carlo Antonio, *Traité des loix civiles*, Tome I, La Haye-Londres, Gosse-Société Typographique, 1774, p. 80.

<sup>2090</sup> « Dans les procès civils, quelle liberté, qu'elle sûreté y-a-t-il à risquer ? La sûreté des biens, me dira-t-on. Qu'on ôte, par de bonnes Lois, aux Juges la liberté de décider selon leur caprice, & les biens des Citoyens seront en sûreté. Les formalités, qui n'entraînent que des dépenses & des longueurs, ne rendent pas les biens plus assurés : elles ne font qu'ajouter un mal au risque de les perdre. Quand ma vie est en danger pour un crime que l'on m'impute, les formalités me la prolongent, & nourrissent mon espoir : d'ailleurs personne ne perd à cette lenteur. Mais quand je plaide pour des biens, si je suis le Demandeur, les formalités, suppose que je gagne mon procès, m'ôtent d'autant plus de mon droit, qu'elles en reculent davantage la possession & la jouissance, & qu'elles me causent des dépenses, qu'une voie plus courte m'aurait épargné. Si je suis le Défendeur, elles ne font qu'augmenter ma perte, en cas que je succombe, par les frais dont elles m'accablent, par le temps qu'elles me font employer inutilement, & par la liberté qu'elles me laissent de consommer peu à peu les fruits d'un bien, que je serai forcé dans la suite de restituer tout d'un coup. Ajoutons encore que celle des deux parties qui a raison, souffre toujours une perte réelle, par ces formalités longues & dispendieuses », *ibid.*, p. 80-81.

<sup>2091</sup> Sur l'auteur, voir *supra*, la note de bas de page n° 1852.

degrés de Juridiction ». Ainsi, « si, dans un procès, il se présente deux ou trois incidents [...], il faut, pour obtenir un jugement définitif, en faire rendre une douzaine de provisoires »<sup>2092</sup>. De son côté, Joseph Servan affirme que, depuis longtemps, « tous les hommes de Lois convenaient tout bas que notre procédure est une espèce de paralysie, qui gêne tous les mouvements de la justice [...] ; la *forme* & le *fond* sont presque devenus, dans le langage ordinaire, les synonymes du *juste* & de l'*injuste* »<sup>2093</sup>. Enfin, à la veille de la Révolution, Target déplore une « longueur interminable » des procès en justice<sup>2094</sup>.

Ces critiques sont à manier avec prudence, comme l'ont proposé des études récentes<sup>2095</sup>. Le fonctionnement de la justice d'Ancien Régime n'est pas systématiquement défaillant et d'une durée excessive ; la plupart des procès mineurs s'achèvent rapidement – parfois en dehors des tribunaux – les procès écrits étant les seuls susceptibles de s'étendre dans la durée. Au fond, derrière la dénonciation de la longueur excessive des procès c'est l'organigramme judiciaire qui est visé, comme c'est le cas de *L'ami de la concorde* de l'avocat Champlair<sup>2096</sup>. En ce sens, elle est une prolongation de la critique séculaire des justices non-royales et aura une portée considérable au moment de l'instauration de la justice révolutionnaire.

#### iv. *Le secret en matière criminelle*

Pilier de la procédure inquisitoire depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>2097</sup>, le secret de l'instruction dans la procédure extraordinaire est aussi l'objet des critiques au siècle des Lumières. Bien que l'on y ait recours dans une minorité de contentieux sous l'Ancien Régime, l'instruction secrète apparaît comme la pointe avancée d'un système despotique. Certaines des critiques proviennent du milieu parlementaire comme dans

---

<sup>2092</sup> MEZARD, Pierre-François, *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice...*, op. cit., p. 55-56. Le texte est loué dans un recensement comme « un des meilleurs que le patriotisme a fait éclore ». *L'esprit des journaux, françois et étrangers...*, Tome I, Dix-neuvième année, Paris, Valade, Janvier, 1790, p. 148.

<sup>2093</sup> SERVAN, Joseph-Michel-Antoine, *Discours sur le progrès des connaissances humaines en général, de la morale, et de la législation en particulier...*, [s.l.n.], 1781, p. 38-39.

<sup>2094</sup> Voir *supra*, note de bas de page n° 1855.

<sup>2095</sup> Sur la longueur en matière civile, voir : PIANT, Hervé, « Des procès innombrables. Eléments méthodologiques pour une histoire de la justice civile d'Ancien Régime », *Histoire & mesure*, XXII – 2 | 2017, p. 13-38. Sur le coût du procès : FREGER, Laurie, « Le coût de la justice civile à travers les archives judiciaires : l'exemple des épices des magistrats », *L'Atelier du Centre de Recherches historiques* [En ligne], 05 | 2009, disponible sur <http://journals.openedition.org/acrh/1738> (consulté le 24 mars 2020).

<sup>2096</sup> Nous n'avons pas d'éléments biographiques à apporter sur l'auteur. CHAMPLAIR, *L'ami de la concorde, ou Essai sur les motifs d'éviter les procès, & sur les moyens d'en tarir la source*, Londres, [s.n.], 1765, p. 45 et ss., qui rejoignent la critique de Loyseau.

<sup>2097</sup> Voir : CARBASSE, Jean-Marie, « Secret et justice, les fondements historiques du secret de l'instruction », *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1243-1269.

les remontrances de Malesherbes. Pour lui, l'introduction du secret dans l'instruction criminelle est un déclin du point de vue historique : « quand les détails d'un procès exigèrent un examen de pièces, les Juges procédèrent à cet examen dans des délibérations secrètes, & on perdit l'avantage d'avoir le Public pour témoin de la conduite des Juges »<sup>2098</sup>.

La critique du secret de l'instruction est fondée tant sur des aspects historiques que fonctionnels, et elle a un objectif politique<sup>2099</sup>. Chez Voltaire, le secret de l'instruction est la conséquence d'une « méprise » de traduction du « Code *de testibus* » entérinée par l'ordonnance de 1670<sup>2100</sup>. Joseph Bernardi, par exemple, rattache le secret de l'instruction aux régimes tyranniques. En effet, selon lui, cette procédure s'est développée chez « les premiers tyrans de Rome [...]. Les Tibère, les Caligula, les Néron », qui l'introduisent pour les crimes de lèse-majesté<sup>2101</sup>. Il affirme qu'elle existait au châtelet de Paris à l'époque de Charles VI, mais pas dans les autres cours. Enfin, c'est à l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 « qu'il faut rapporter l'établissement de toutes ces lois tyranniques, qui font la honte de nôtre législation »<sup>2102</sup>. Quelques commentateurs de son ouvrage partagent son analyse, comme par exemple *L'Esprit des journaux français et étrangers*<sup>2103</sup>.

Joseph Bernardi, dans son *Discours sur les moyens d'adoucir les peines...*, affirme que l'instruction secrète « facilité les faux témoignages », et fournit les moyens au juge prévaricateur : « Qui l'empêche de changer, par la rédaction, le sens de la déposition des témoins, la plupart illitrés [*sic*], & incapables de comprendre toute la force des expressions que le Juge peut employer ? »<sup>2104</sup>. De plus, l'auteur pointe l'ignorance des juges de village, lesquels font l'instruction de toutes les procédures ; il s'étonne, par ailleurs, que l'ordonnance de 1539, pourtant « remplie de plaintes contre les prévarications des juges inférieurs », ait « fournit les moyens pour en commettre de nouvelles »<sup>2105</sup>. Jean-Baptiste Dupaty (†1788)<sup>2106</sup> considère que « le secret est la base de [la procédure criminelle] de l'inquisition [de l'Église], comme il est celle de la

<sup>2098</sup> Remontrances du 6 mai 1775. *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France...*, *op. cit.*, p. 691.

<sup>2099</sup> CASTAN, Nicole, « La justice en France à la fin de l'Ancien Régime », *Déviante et société*, vol. 7, N° 1, 1983, p. 23-34.

<sup>2100</sup> VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, Genève, [s.n.], 1767, p. 61.

<sup>2101</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les Révolutions du droit françois...*, *op. cit.*, p. 308-309.

<sup>2102</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>2103</sup> Par exemple : *L'esprit des journaux français et étrangers...*, Tome VIII, dix-huitième année, Paris, Valade, août 1789, p. 63 et ss.

<sup>2104</sup> BERNARDI, Joseph-Dominique-Elzear, *Discours sur les moyens d'adoucir la rigueur des loix pénales...*, Châlons-sur-Marne-Paris, Seneuze-Desauges, 1781, p. 176.

<sup>2105</sup> *Ibid.*, p. 176, note de bas de page n° 1.

<sup>2106</sup> Avocat général au parlement de Bordeaux (1769 et jusqu'à 1779). Vers 1784 il s'installe à Paris et travaille dans la chancellerie pour la réforme de la législation criminelle.

nôtre »<sup>2107</sup>. Malgré les ressemblances entre les deux – la justice ecclésiastique et la temporelle –, pour lui, l'inquisition de l'Église garantit davantage les droits de la défense : « C'est mot à mot notre forme de procéder, à l'exception néanmoins, que de ce que si l'on suivait l'ordonnance à la rigueur, l'accusé chez nous n'aurait pas autant de moyens pour se défendre qu'il en a à l'inquisition ». La défense est ainsi laissée « *au devoir & à la religion des juges* »<sup>2108</sup>.

Brissot de Warville considère également que « l'ombre mystérieuse » de la procédure criminelle a fait de nombreuses victimes en France : « information, interrogatoire, récolement, tout y est secret »<sup>2109</sup> ; il prône, au contraire, l'exemple de la procédure anglaise. Ce dernier recours – à savoir la comparaison avec la procédure judiciaire anglaise<sup>2110</sup> – sert aussi pour la critique de la justice dans le royaume de France. Le *Mercure de France* affirme que les lois anglaises donnent « au citoyen les Pairs pour juges, [et] un défenseur qui rendit l'instruction publique, & qui l'établit sur la présomption de l'innocence »<sup>2111</sup> ; alors qu'en France « on voit que l'instruction criminelle est établie sur la présomption du crime, & paraît préparée pour le succès de l'accusation, bien plutôt que pour la décharge de l'accusé »<sup>2112</sup>.

Les auteurs critiques de l'ordre « légal » de la justice sous l'Ancien Régime signalent ce qui, à leurs yeux, fait échouer la fonction première de l'appareil judiciaire<sup>2113</sup>. Les normes de la procédure ne sont plus là seulement pour « dévoiler » la vérité des faits, quoi qu'il en coûte, mais aussi pour garantir les libertés des citoyens face au pouvoir politique, y compris lorsque celui-ci se présente comme « puissance de juger ». La pratique judiciaire est ainsi l'objet d'une critique accrue.

---

<sup>2107</sup> DUPATY, Jean-Baptiste Mercier, *Lettres sur la procédure criminelle de la France. Dans lesquelles on montre la conformité avec celle de l'inquisition, & les abus qui en résultent*, En France, [s.n.], 1788, p. 22.

<sup>2108</sup> *Ibid.*, p. 23 (souligné dans le texte).

<sup>2109</sup> BRISSOT DE WARVILLE, J.-P., *Théorie des loix criminelles...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>2110</sup> Sur cet aspect, voir : TILLET, E., *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel...*, *op. cit.*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

<sup>2111</sup> *Mercure de France, dédié au Roi, par une société de gens de lettres*, Paris, Bureau du Mercure, 3 mai 1788, p. 203-204.

<sup>2112</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>2113</sup> Pour quelques éléments supplémentaires : TRICAUD, François, « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *APD*, Tome 39, 1995, p. 145-167.

## §2. *Les critiques de la pratique judiciaire*

Les critiques de la justice « extraordinaire » sont récurrentes depuis le XVI<sup>e</sup> siècle y compris dans le discours de la magistrature. À l'époque des Lumières, la pratique judiciaire ordinaire devient la cible privilégiée des auteurs. L'exposition des erreurs judiciaires accompagne ainsi la remise en cause des mécanismes que les ordonnances royales ont instauré. Toute une littérature se développe autour des affaires célèbres (A) ; tandis que les *factums* judiciaires chez les avocats exposent les agissements de la justice au public (B).

### *A. Le développement d'une littérature du procès judiciaire criminel*

La sanction criminelle sous l'Ancien Régime est conçue comme un « spectacle ». La publicité de la punition est indispensable dans l'économie du procès, qui est fondée sur la crainte<sup>2114</sup>. En revanche, le procès criminel lui-même demeure légalement inconnu au public. Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, le spectacle public de la sanction criminelle est décrié, alors que le procès judiciaire est de plus en plus scruté.

Les récits rétrospectifs des grands procès politiques persistent au cours de la période étudiée. Cependant, ils dénoncent essentiellement une « politique » royale ou ministérielle<sup>2115</sup> sans s'attaquer à la pratique judiciaire. En outre, la littérature proprement juridique, qui évoque les méfaits de la justice, se veut plutôt « pédagogique » : ce sont les recueils d'arrêts qui mentionnent de temps à l'autre les erreurs de procédure des juges. Or, cette littérature reste naturellement cantonnée dans les cercles des juristes et ne se présente pas non plus comme une critique systématique de la pratique judiciaire<sup>2116</sup>.

---

<sup>2114</sup> BASTIEN, Pascal, *L'exécution publique à Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle. Une histoire des rituels judiciaires*, Seyssel, Champ Vallon, 2006 ; BEE, Michel, « Le spectacle de l'exécution dans la France d'Ancien Régime », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 38(4), 1983, p. 843-862 ; CASTAN, Nicole, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, Flammarion, 1980 ; SCHNEIDER, Robert A., « Rites de mort à Toulouse : les exécutions publiques (1738-1780) », *L'exécution capitale. Une mort donnée en spectacle*, Régis Bertrand et Anne Carol (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Provence, 2003, p. 129-150.

<sup>2115</sup> C'est le cas des dénonciateurs du gouvernement « tyrannique » de Louis XI ou des Cardinaux de Richelieu ou Mazarin au XVII<sup>e</sup> siècle.

<sup>2116</sup> Les recueils d'arrêts surgissent au XVI<sup>e</sup> siècle et sont un outil d'usage fréquent chez les juristes tout au long de l'époque. Sur ce sujet : CAZALS, Géraldine, *L'arrestographie flamande : jurisprudence et littérature juridique à la fin de l'Ancien*

Ce sont les *Causes célèbres* de François Gayot de Pitaval qui inaugurent une littérature du procès judiciaire<sup>2117</sup>. La sélection des causes se concentre sur les aspects « singuliers où il entre du merveilleux » selon les propres mots de l'auteur<sup>2118</sup>, mais pas seulement. En effet, l'exposé général demeure « dans le champ lexical du droit »<sup>2119</sup>. L'auteur, avocat lui-même, vise deux objectifs : en première lieu, il s'agit d'offrir le récit des causes « qui ont fait l'empressement du Public [...], attiré la foule aux Audiences, & ont laissé les esprits en suspens dans l'attente des Jugements que les Magistrats devaient prononcer »<sup>2120</sup>. En second lieu, il veut narrer sans s'attarder sur le « fatras de la procédure » tout en faisant référence aux mémoires des avocats et aux plaidoyers des avocats-généraux, pour montrer les « véritables motifs qui ont déterminé les Juges »<sup>2121</sup>. En somme, comme l'affirme Sarah Maza, les *Causes célèbres* se présentent comme « un curieux mélange de feuille à scandales et de recueil de jurisprudence »<sup>2122</sup>.

Dans les vingt volumes des *Causes célèbres*, un certain nombre d'affaires visent directement les erreurs judiciaires. L'affaire du Sieur d'Anglade et sa femme est un exemple topique : accusés de vol, ils sont finalement condamnés, aux galères pour le premier, au bannissement pour la seconde et ce pour neuf ans, en plus des réparations pécuniaires<sup>2123</sup>. Sur ce, l'auteur signale que les accusés « ne sont pas déclarés atteints & convaincus d'avoir fait le vol », et que malgré le fait que le crime dont ils sont accusés mérite la peine capitale, « on les condamna à une peine plus douce, parce que

---

*Régime (1668-1789)*, Genève, Droz, 2018 ; CHÈNE, Christian, « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil des travaux et mémoires publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 1985, p. 179-187 ; *Des "arrests parlans" : les arrêts notables à la Renaissance entre droit et littérature*, Géraldine Cazals et Stéphane Geonget (dir.), Genève, Droz, 2014 ; FEUTRY, David, *La fabrique de la mémoire judiciaire : les recueils d'arrêts du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Mémoire Master 2, Histoire du droit, Université de Lille 2, 127 p. ; *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles*, Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion (dir.), Paris, GIP Mission de recherche droit et justice, 2002 ; LEYTE, Guillaume, « "Le droit commun de la France" observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 53-68.

<sup>2117</sup> Sur la littérature des causes célèbres : CHABRIER, Amélie, *Les genres du prétoire : chronique judiciaire et littérature au XIX<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en littérature, Université Paul Valéry – Montpellier III, 2013, p. 18-32 pour le XVIII<sup>e</sup> siècle. CREMERY, Nicolas, *Entre littérature, justice et politique : les "Causes célèbres et intéressantes" de François Gayot de Pitaval*, Mémoire de Master 2 en Histoire moderne, Université de Lille 2, 2015, 178 p. ; DE DONCKER, Jules, *A Canon of Crime : The rise and development of the causes célèbres in Europe, 1734-1890*, Thèse de Doctorat en littérature, Université de Gent, 2017, 218 p. ; MAZA, Sarah, *Vies privées, affaires publiques : les causes célèbres de la France pré-révolutionnaire*, Paris, Fayard, 1997, notamment p. 22-24 ; SGARD, Jean, « La littérature des causes célèbres », *Approches des Lumières : mélanges offerts à Jean Fabre*, Paris, Klincksieck, 1974, p. 459-470.

<sup>2118</sup> Voir les premières lignes de l'avertissement du premier volume : GAYOT DE PITAVAL, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, Tome I, La Haye, Jean Neaulme, 1747, p. iii.

<sup>2119</sup> CHABRIER, A., *Les genres du prétoire : chronique judiciaire et littérature...*, *op. cit.*, p. 24-25.

<sup>2120</sup> Avertissement du premier volume : GAYOT DE PITAVAL, F., *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées...*, Tome I, *op. cit.*, p. iii.

<sup>2121</sup> *Ibid.*, p. iv et viii.

<sup>2122</sup> MAZA, S., *Vies privées, affaires publiques : les causes célèbres...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>2123</sup> Arrêt du 16 février 1688. GAYOT DE PITAVAL, F., *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées...*, Tome I, *op. cit.*, p. 255.

les preuves n'étaient pas de celles qui démontrent le crime avec évidence »<sup>2124</sup>. Il critique ainsi les condamnations *per modum probationis* :

« Le motif qui a obligé les Juges d'adoucir la peine, ayant sa source dans le défaut des preuves, ne devait-il pas être précisément le motif qui devait dicter l'absolution ? Que veulent dire les Criminalistes, quand ils disent que dans ces cas-là les peines adoucies sont prononcées *per modum probationis* ? Comprend-t-on comment elles peuvent suppléer au défaut des preuves ? On ne peut répondre à l'objection, qu'en disant que c'est l'usage. Quelle réponse ! »<sup>2125</sup>

Plus loin dans son récit, l'auteur questionne l'usage de la torture et des présomptions en tant que preuves, tant pour l'accusation que pour la condamnation<sup>2126</sup>. Ces mêmes présomptions sont visées dans l'affaire du domestique Le Brun, condamné sur la base des indices pour l'assassinat de sa maîtresse la Dame Mazel<sup>2127</sup>. L'auteur vise également les nullités dans la procédure : selon lui, le second procès-verbal « n'a point été demandé pour instruire la religion des Juges, mais pour la surprendre », car « on avait résolu de lui ôter [à l'accusé] tous les moyens d'une défense légitime ; & c'est par cette raison que ce Procès-verbal se fait dans le secret, & que trois jours après on précipite le Jugement & la condamnation de Le Brun »<sup>2128</sup>. En outre, les autorités judiciaires sont également évoquées : l'auteur en réfère à la condamnation de plusieurs juges prévaricateurs à Mantes<sup>2129</sup>, aussi bien que d'un procureur fiscal condamné pour subornation de témoin et prévarication<sup>2130</sup>, ainsi qu'à la négligence d'un procureur<sup>2131</sup>.

Les *Causes célèbres* de Gayot de Pitaval avancent certes quelques critiques de la pratique judiciaire. Néanmoins, le ton général de l'ouvrage est assez

<sup>2124</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>2125</sup> *Ibid.*, p. 225-226.

<sup>2126</sup> *Ibid.*, p. 278-280.

<sup>2127</sup> Procès intitulé « Innocent condamné sur des indices, et sa mémoire justifiée », GAYOT DE PITAVALE, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, Tome III, Paris, Cavelier, 1742, p. 435 et ss.

<sup>2128</sup> *Ibid.*, p. 492-493.

<sup>2129</sup> GAYOT DE PITAVALE, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, Tome IV, La Haye, Jean Neaulme, 1748, p. 101 et ss. L'auteur critique les « traits d'indécence, & d'inhumanité, dans le Prévôt & l'Assesseur : le premier alla querir le Bourreau ; le second eut tant d'empressement pour avancer le supplice du Sieur des Ferrières [le condamné], qu'il fit faire la potence dans sa cour, & fournit le bois nécessaire pour cela [...] ». D'un point de vue juridique, l'auteur dénonce que les juges ne « gardèrent pas la proportion de la peine due au degré du crime qu'ils supposaient dans les accusés ; le Sieur des Ferrières fut condamné à une peine capitale pour un larcin peu considérable ; & Marie Menu qui avait déclaré qu'elle avait commis le vol, fut seulement condamné à la peine de fouet [...] » (p. 111). La teneur de l'arrêt de condamnations des officiers de Mantes se trouve dans les pages 154-157.

<sup>2130</sup> GAYOT DE PITAVALE, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, Tome IX, La Haye, Jean Neaulme, 1749, p. 9.

<sup>2131</sup> GAYOT DE PITAVALE, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, Tome V, Amsterdam-Liège, Bassompierre-Van der Berghen, 1775, p. 388.

« conservateur », dans le sens où les défauts de la justice sont le reflet de la faiblesse humaine plus que de celle du système judiciaire<sup>2132</sup>. Dans la seconde moitié du siècle, cette approche évolue sous la plume de Voltaire.

En effet, c'est Voltaire qui amplifie la littérature du procès judiciaire, notamment dans les affaires bien connues dont il a pu prendre parti : Jean Calas, Pierre-Paul Sirven, François-Jean Lefebvre chevalier de la Barre, le général Thomas Artur Lally-Tollendal, tous réhabilités par le truchement de son entremise<sup>2133</sup>. Certaines études critiquent les connaissances juridiques de Voltaire, qualifiant même sa participation d'« imposture intellectuelle » en ce qu'elle déformerait la réalité de la justice d'Ancien Régime<sup>2134</sup>. Or, c'est précisément cette « déformation » qui est centrale chez Voltaire car elle est, *in fine*, nécessaire pour justifier la « réformation », et ce malgré ses maigres connaissances de la doctrine procédurale et criminaliste de son époque.

Voltaire utilise, en effet, sa plume pour critiquer la pratique judiciaire de son époque. Dans son *Histoire d'Elisabeth Canning et de Jean Calas* de 1762, par exemple, il s'attaque au secret du procès. Il contraste le système de l'Angleterre où « tous les interrogatoires se font à portes ouvertes, & tous les procès intéressants sont imprimés dans les Journaux »<sup>2135</sup>, avec le fait que les Juges de Toulouse ont « pendant quatre mois refusé la communication du Procès, & même de l'Arrêt, à quiconque l'a demandé »<sup>2136</sup>. Dans *Le cri du sang innocent* de 1775, l'auteur dénonce l'absence d'avocat dans les affaires criminelles : « on permet en France à un banqueroutier frauduleux d'être assisté continuellement par un avocat, & qu'on ne le permet pas à des

<sup>2132</sup> DE DONCKER, J., *A Canon of Crime : The rise and development...*, *op. cit.*, p. 69-74.

<sup>2133</sup> A titre indicatif, voir : ALLIER, Raoul, *Voltaire et Calas : une erreur judiciaire au XVIII<sup>e</sup> siècle*, [s.l.], Editions Ampelos, 2012 ; BASTIER, Jean, « L'affaire Sirven devant la justice seigneuriale de Mazamet », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 49, No. 4 (octobre-décembre 1971), p. 601-611 ; BIJAOU, Rémy, *Voltaire avocat : Calas, Sirven et autres affaires*, Paris, Tallandier, 1994 ; INCHAUSPE, Dominique, *L'intellectuel foudroyé : Voltaire et l'affaire Sirven : 1762-1778*, Paris, Albin Michel, 2004 ; THORP, René William, « Voltaire et l'affaire Calas », *Revue des Deux mondes*, 1<sup>er</sup> août 1962, p. 402-414 ; WATERLOT, Ghislain, *Voltaire. Le procureur des Lumières*, Paris, Michalon, 1996.

<sup>2134</sup> Notamment : GARNOT, Benoît, *C'est la faute à Voltaire... Une imposture intellectuelle ?*, Paris, Belin, 2009 ; *ID.*, *Voltaire et l'affaire Calas. Les faits, les interprétations, les enjeux*, Paris, Hatier, 2013 ; *ID.*, « Voltaire et la justice d'Ancien Régime : la médiatisation d'une imposture intellectuelle », *Le temps des médias*, vol. 15, n° 2, 2010, p.26-37.

<sup>2135</sup> VOLTAIRE, *Histoire d'Elisabeth Canning, et de Jean Calas*, [s.l.n.d.], p. 4. Dans le *Prix de la justice et de l'humanité*, Voltaire revient sur cet aspect : « Toutes ces procédures secrètes ressemblent peut-être trop à la mèche qui brûle imperceptiblement pour mettre le feu à a bombe. Est-ce à la justice à être secrète ? Il n'appartient qu'au crime de se cacher. C'est la jurisprudence de l'Inquisition [...]. On punit en France le témoin qui se dédit après le récolement, c'est-à-dire après son second interrogatoire secret. Punissez-le s'il s'est laissé corrompre, mais non pas sur la seule supposition qu'il a pu être corrompu ». *VOLTAIRE, Prix de la justice et de l'humanité*, Londres, 1777, p. 100-101.

<sup>2136</sup> VOLTAIRE, *Histoire d'Elisabeth Canning...*, *op. cit.*, p. 18.

mineurs, dans un procès où il s'agissait de leur vie »<sup>2137</sup>. Il s'en prend également aux monitoires, « reste odieux des anciennes procédures de l'inquisition »<sup>2138</sup> qui produisent des témoins non-oculaires ; cette critique s'amplifie d'ailleurs lorsqu'il prend la défense du chevalier de La Barre. À ces usages, on doit rajouter sa perception défavorable des preuves dites « légales »<sup>2139</sup>.

L'influence des écrits de Voltaire ne se cantonne pas au succès des causes qu'il a défendu. C'est surtout leur fonction performative face à l'opinion publique qui doit être soulevée. En effet, comme le souligne Elisabeth Claverie, il réussit à « transformer l'arène judiciaire, dont les débats étaient secrets, en une arène publique et à solliciter l'appui d'un jugement public »<sup>2140</sup>, ce qui suppose un discours de défiance des institutions étatiques. De même, ses procédés brisent « l'organisation des opinions en tant que signature de l'appartenance sociale », mettant en relation deux mondes « qui s'excluent mutuellement : la ville et la Cour »<sup>2141</sup>. Enfin, il réussit à imposer les termes du débat : l'opposition entre la « vérité universelle » et l'erreur de l'usage local, ainsi que l'impératif éthique sous-jacent à la notion de « cause ».

On peut évoquer un dernier exemple de la littérature critique des procédures de justice : l'édition des années 1770 des *Causes célèbres*, faite par François Richer (†1790)<sup>2142</sup>. Chez ce dernier, contrairement à son devancier Gayot de Pitaval, la critique des pratiques judiciaires est plus incisive. On retrouve cette idée, par exemple, dans le cas d'une contrainte par corps pour une fausse dette commerciale qui permet le lieutenant criminel de Rouen d'emprisonner un valet soupçonné d'avoir assassiné un

---

<sup>2137</sup> VOLTAIRE, *Le cri du sang innocent*, [s.l.n.], 1775, p. 17. Dans le *Prix de la justice et de l'humanité*, Voltaire fait la comparaison avec l'Angleterre : « Plonger un homme dans un cachot, l'y laisser seul en proie à son effroi & à son désespoir, l'interroger seul quand sa mémoire doit être égarée par les angoisses de la crainte & du trouble entier de la machine ; n'est-ce pas attirer un voyageur dans une caverne de voleurs pour l'y assassiner ? C'est surtout la méthode de l'inquisition [...]. En Angleterre [...], les jurés étaient eux-mêmes les avocats de l'accusé [...]. Sous le règne de Charles second on accorda le ministère de deux avocats à tout accusé, parce qu'on considéra que les jurés ne sont juges que du fait, & que les avocats connaissent mieux les pièges & les évasions de la jurisprudence. En France, le code criminel paraît dirigé pour la perte des citoyens ; en Angleterre pour leur sauvegarde ». VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité...*, *op. cit.*, p. 101-102.

<sup>2138</sup> VOLTAIRE, *Le cri du sang innocent...*, *op. cit.*, p. 17. Sur les monitoires : HUMBERT, Sylvie et ROYER, Jean-Pierre, « Témoignages et monitoires : de l'affaire du chevalier de La Barre à l'oralité des débats du XIX<sup>e</sup> siècle », *Histoire de la justice*, vol. 24, No. 1, 2014, p. 103-114.

<sup>2139</sup> C'est un extrait bien connu : « J'apprends que le Parlement de Toulouse & quelques autres Tribunaux ont une jurisprudence singulière ; ils admettent des quarts, des tiers, des sixièmes de preuve. Ainsi, avec six oui-dires d'un côté, trois de l'autre, & quatre quarts de présomptions, ils forment trois preuves complètes ; & sur cette belle démonstration, ils vous rouent un homme sans miséricorde ». VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Genève, [s.n.], 1763, p. 180.

<sup>2140</sup> CLAVERIE, Elisabeth, « Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique », *Politix*, vol. 7, n° 26, Deuxième trimestre 1994, p. 76.

<sup>2141</sup> *Ibid.*, p. 76-77.

<sup>2142</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 875. Après son édition, il existe au moins deux recueils des causes célèbres qu'on réfère seulement : BASDEL, P.-F., *Abrégé des causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, que connaît plusieurs éditions ; et DES ESSARTS, Nicolas-Toussaint Le Moine, *Causes célèbres et intéressantes de toutes les cours souveraines du royaume, avec les jugements qui les ont décidées*, 196 volumes in-12, Paris, [s.n.], 1777-1789.

commerçant italien<sup>2143</sup>. En cette affaire, outre l'emprisonnement, l'auteur affirme que « ce jugement fut prononcé bien légèrement », car la preuve sur laquelle il a été prononcé « ne devait même pas être regardée comme un indice »<sup>2144</sup>. Dans l'affaire des juges de Mantes, leur prévarication et leurs défauts de procédure sont évoqués : « on n'avait même fait nulle instruction relative à aucune de ces crimes ; nulle plainte rendue, nulle information ; on en voyait tout au plus quelques traces légères dans des dépositions fort suspectes »<sup>2145</sup>. Surtout, comme le relève Jules De Doncker, dans l'affaire du Sieur d'Anglade, François Richer infléchit l'argument de Gayot de Pitaval sur plusieurs aspects, l'associant à la critique de la pratique judiciaire caractéristique de la pensée de Lumières<sup>2146</sup>.

L'essor de la littérature des causes célèbres est symptomatique du changement opéré dans la perception de l'opinion publique sur la justice royale. Elle expose les arcanes de la procédure judiciaire, mettant l'accent sur les conséquences qu'elle peut engendrer sur les libertés des justiciables. Elle influence indiscutablement le « discours du Palais », comme c'est le cas du discours *De la bienfaisance dans l'ordre judiciaire* d'André-Jean Boucher d'Argis (†1794)<sup>2147</sup>. Si ces exemples se cantonnent au domaine de la littérature, un moyen plus « juridique » se développe dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle pour déprécier la pratique judiciaire : les *factums* ou mémoires judiciaires des avocats.

---

<sup>2143</sup> Affaire intitulée « Ruse singulière d'un Lieutenant-Criminel de Rouen, pour convaincre un assassin de son crime », RICHER, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidés*, Tome I, Amsterdam, Rhey, 1772, p. 117 et ss.

<sup>2144</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>2145</sup> RICHER, François, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidés*, Tome VI, Amsterdam, Rhey, 1773, p. 255.

<sup>2146</sup> Pour l'analyse des changements dans la présentation de l'affaire : DE DONCKER, J., *A Canon of Crime : The rise and development...*, *op. cit.*, p. 81-85.

<sup>2147</sup> « Des Écrivains [...], n'ont pas dédaigné de s'exercer depuis quelques années sur la matière importante de nos Lois criminelles, dont la discussion avait été jusqu'alors abandonnée à des Jurisconsultes ou à des Praticiens ; mais au lieu de se borner, ainsi que ces tristes Commentateurs, à l'exposition servile des textes, & à leur application aux circonstances, ils ont élevé leurs regards jusques vers le principe & l'objet de chaque disposition. Après avoir présenté l'homme parfaitement libre dans l'état de nature, ils l'ont suivi dans la formation des premières sociétés, soumis à un pacte ; ils l'ont suivi dans les modifications de ces diverses sociétés, soumis à des Loix, à un Empire ; ils ont calculé quelle portion de sa liberté il avait aliéné, & quelle autre portion lui avait été conservée, quelles obligations il avait contractées, & quels engagement il avait à remplir, quel droit le Corps social avait acquis sur chacun de ses membres, quel devait être le but des Loix pénales, & quels en étaient les effets ». BOUCHER-D'ARGIS, André-Jean, *De la bienfaisance dans l'ordre judiciaire : discours, dans lequel on prouve la nécessité de donner aux pauvres des défenseurs gratuits, et l'obligation d'indemniser ceux qui, ayant été accusés, décrétés et emprisonnés à la requête du ministère public, ont ensuite obtenu des jugemens absolutoires...*, Paris, Le Boucher-Clousier, 1788, p. 32-33. Sur l'auteur : *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 147-148.

## ***B. L'exposition publique de la justice au travers des factums judiciaires***

Depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, les *factums*, ou mémoires judiciaires, sont utilisés par les avocats pour présenter aux juges les faits et les moyens de droit de la partie qu'ils défendent, tant dans les matières civiles que criminelles<sup>2148</sup>. Ils sont composés d'un récit des faits et d'une argumentation de droit, et sont parfois accompagnés d'une consultation signée par plusieurs avocats. Une seule condition est requise pour leur publication : la signature de l'avocat ou du procureur, selon l'arrêt du parlement de Paris du 11 août 1708, pour éviter l'insertion des « faits injurieux contre leurs adversaires »<sup>2149</sup>.

La dimension « pédagogique », et de surcroît contestataire, de ces textes a pu être constatée depuis le XVI<sup>e</sup> siècle. En ce sens, la large diffusion des mémoires judiciaires participe, bien évidemment, à la publicité de la justice royale, et notamment criminelle, contrariant ainsi le secret de l'instruction<sup>2150</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, dans le contexte de la bulle *Unigenitus*, les mémoires des avocats développent une rhétorique de la liberté, comme dans la *Consultation de messieurs les avocats du Parlement de Paris* relative à l'affaire de Jean Soanen, évêque de Senez<sup>2151</sup>. Un texte postérieur illustre la conception étendue que les avocats soutiennent : face aux critiques faites à la *Consultation*, qui accusaient les signataires d'outrepasser leurs compétences en tant qu'avocats sous prétexte de la défense des libertés, il affirme qu'il faut leur permettre de discuter les « grands principes d'où [les libertés gallicanes] dérivent essentiellement & radicalement »<sup>2152</sup>.

---

<sup>2148</sup> La définition de l'*Encyclopédie* affirme que le premier mémoire imprimé a été fait par le premier président du parlement Le Maître au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle. *Verbo* « factum » : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v6-464-0/> (consulté le 31 mars 2020). Bien entendu, les mémoires judiciaires manuscrits existaient bien avant. Sur les *factums*, quelques études récentes ont souligné leur valeur en tant que source de recherche : *La Revue*, Numéro 3, Ecole de droit Université d'Auvergne, Découverte et valorisation d'une source juridique méconnue : le factum ou mémoire judiciaire, Jacqueline Vendrand-Voyer (dir.), avril 2013 ; LAVOIR, Lise, *Factums et mémoires d'avocats au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> : un regard sur une société (environ 1620-1760)*, thèse de Doctorat en Histoire, Université Paris 4 Sorbonne, 1987, 415 p. ; *ID.*, « Factums et mémoires d'avocats aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles », *HES*, 1988, n° 2, p. 221-242 ; LEMAIGNAN, Marion, « Les factums : une écriture sans modèle ? Avocats et actions d'écriture entre droit et discours social au XVII<sup>e</sup> siècle », *L'écriture des juristes, XVI<sup>e</sup> - XVIII<sup>e</sup> siècle*, Laurence Giavarini (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2010, p. 298-317.

<sup>2149</sup> FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit...*, *op. cit.*, Tome I, p. 630.

<sup>2150</sup> HOULLEMARE, Marie, « Factums et jugement du public dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle », *Histoire de la justice*, vol. 20, No. 1, 2010, p. 35-42.

<sup>2151</sup> *Consultation de Messieurs les avocats du parlement de Paris, au sujet du jugement rendu à Ambrun, contre Mr. l'évêque de Senez*, Paris, [s.n.], 1728. Sur l'affaire : LAURENT, Marcel, « Jean Soanen, évêque de Senez, devant le "concile" d'Embrun », *Revue d'Auvergne*, Tome 82, pp. 95-112, 1968.

<sup>2152</sup> *Question nouvelle. A-t-on droit d'accuser Mrs les Avocats du Parlement de Paris, d'avoir passé leur pouvoir ; & d'avoir traité des matières qui ne sont pas de leur Compétence...*, [s.l.n.d.], p. 9. Plus largement sur la question : MAIRE, Catherine, *De la cause de Dieu ç la cause de la nation : le jansénisme au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 1998.

Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, le nombre des mémoires judiciaires explose ; ils deviennent un moyen à part entière de défense des affaires<sup>2153</sup>. Ils participent ainsi à la remise en cause croissante de l'appareil judiciaire, car ils exposent parfois au public ce qui, aux yeux des avocats, constituent des erreurs de procédure commises par les juges. S'il est impossible dans le cadre de cette étude de présenter de manière exhaustive les mémoires judiciaires des dernières décennies de l'Ancien Régime, quelques exemples permettent de montrer le rapprochement avec les arguments que les auteurs des Lumières exposent concernant la justice de l'époque.

Elie de Beaumont (†1786)<sup>2154</sup> expose, dans ses mémoires judiciaire pour l'affaire Calas, les défauts de la procédure de première instance : concernant le procès-verbal sur le champ (titre 4 article I de l'ordonnance) ; l'absence de confrontation des rapports des médecins aux accusés (car l'ordonnance dans les titres 8, article 12 et 9, article 16 assimile les experts aux témoins) ; l'arrêt et emprisonnement de Calas sans décret malgré le fait qu'il ne s'agissait ni de flagrant délit ni de clameur publique ; les erreurs dans l'usage des monitoires (titre 9 article 10 de l'ordonnance) ; l'utilisation de la question sans remplir les conditions exigées dans l'ordonnance (titre 19, article 1)<sup>2155</sup>. Pour la procédure d'appel, Elie de Beaumont évoque « quatre vices essentiels » : le premier est de « n'avoir pas cassé toute la procédure faite par les premiers Juges, infectée des nullités les plus frappantes » ; le deuxième est qu'il fallait instruire tant à la charge qu'à la décharge, ce qui n'a pas été faite ; le troisième est de ne pas avoir admis les faits justificatifs des accusés ; le dernier est d'avoir privé les accusés de deux témoins nécessaires<sup>2156</sup>. L'auteur conclut alors de la sorte : « Voilà de ces nullités qui n'empruntent rien de la forme, que la raison seule établit, que la seule lumière naturelle démontre, & que les Magistrats trouvent dans leurs cœurs autant que dans les lois mêmes ! »<sup>2157</sup>.

Le *Mémoire pour le comte de Sanois...*<sup>2158</sup> de Pierre-Louis de Lacrevelle s'attaque particulièrement aux lettres de cachet. L'affaire, au début purement

---

<sup>2153</sup> Voir principalement les travaux de Sarah Maza précités, ainsi que : BELL, David A., *Lawyers and citizens. The making of a political elite in Old Regime France*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994 ; *ID.*, « Safeguarding the rights of the accused : Lawyers and political trials in France, 1716-1789 », *The French idea of freedom. The Old Regime and the declaration of rights of 1789*, Dale Van Kley (ed.), Stanford, Stanford University Press, p. 234-264.

<sup>2154</sup> Avocat au parlement de Rouen (1752) puis à celui de Paris, il devient célèbre avec les mémoires judiciaires écrites pour l'affaire Calas.

<sup>2155</sup> ELIE DE BEAUMONT, Jean-Baptiste-Jacques, *Mémoire à consulter et consultation, pour la Dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, & pour ses Enfants*, [s.n.], Paris, 23 août 1762, p. 57-62.

<sup>2156</sup> *Ibid.*, p. 64-67.

<sup>2157</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>2158</sup> LACRETELLE, Pierre-Louis de, *Mémoire pour le comte de Sanois, Ancien Aide-major des Gardes Françaises, sortant de Charenton, où il a été détenu pendant neuf mois ; contre ses accusateurs*, Paris, Simon, 1786.

domestique, devient publique lorsque la comtesse de Sanois sollicite une lettre de cachet pour faire enfermer son mari parti en Suisse, sous prétexte de vol d'argent<sup>2159</sup>. Le comte est enfermé dans la prison de Charenton à Paris et sa femme obtient une sentence de séparation des biens « et qu'on procède contre le mari, comme *défaillant* »<sup>2160</sup>. Pour l'avocat, les accusateurs ont commis quatre crimes à l'égard du comte de Sanois : « Injure à son honneur ; attentat à sa liberté ; punition désolante & infamante ; barbaries dans le refus à toutes ses demandes »<sup>2161</sup>. L'argumentation de l'avocat tend à montrer que les lettres de cachet sont limitées aux cas « bien déterminés & bien prouvés » : les crimes d'État et les offenses contre le gouvernement ; ceux qu'intéressent les familles concernant « les fous & les imbéciles » et les « libertins, les débauchés [et] les prodigues » ; les « hommes qui ont commis des violences ou des crimes qui intéressent la sûreté publique » ; et enfin, « les hommes qui se sont rendus coupables de ces délits et bassesses, qu'il importe de punir, quoique la loi n'ait pas de peines à leur infliger »<sup>2162</sup>. Évidemment, pour l'avocat, la conduite du comte de Sanois n'entre pas dans aucune de ces hypothèses. Par ailleurs, les seules preuves pour l'octroi de la lettre de cachet proviennent d'une enquête faite par la comtesse elle-même<sup>2163</sup>. Enfin, il dénonce l'absence d'un jugement des tribunaux, signalant au passage l'absence de responsabilité de celui qui a donné la lettre de cachet : « Le Magistrat négligent peut être pris à partie, quand il sort des règles de la Loi ; & le Ministre, qui inflige les punitions de la Loi, sans les formes de la Loi, n'est tenu de rien, quand il a même omis les précautions de la prudence ordinaire ! »<sup>2164</sup>. Si sa défense ne critique pas en soi la pratique judiciaire – car il ne s'agit pas d'un procès judiciaire *stricto sensu* –, Lacretelle prévient néanmoins le public, par l'intermédiaire de son mémoire, des risques de confusion entre les mesures d'« administration » et celles de la « justice »<sup>2165</sup>.

---

<sup>2159</sup> Pour une analyse de l'affaire, voir : MAZA, Sarah, « Domestic melodrama as political ideology : the case of the Comte de Sanois », *The American Historical Review*, Vol. 94, No. 5 (Décembre 1989), p. 1249-1264.

<sup>2160</sup> LACRETELLE, P.-L., *Mémoire pour le comte de Sanois...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>2161</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>2162</sup> *Ibid.*, p. 125-127. Le dernier cas montre qu'un degré important d'arbitraire est tout de même accepté.

<sup>2163</sup> « Ce qui pourrait seulement donner quelque lumière sur l'information de la Police, c'est l'Enquête produite par la Comtesse de Sanois, pour appuyer sa demande en séparation. Elle n'est composée que de trois témoins, gens infiniment suspects par eux-mêmes, puisqu'on ne sait ni qui ils sont, ni par quel hasard ils ont quelque chose à dire sur les affaires du Comte de Sanois [...] ». *Ibid.*, p. 128.

<sup>2164</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>2165</sup> Dans la dernière partie de son *Mémoire pour le comte de Sanois...*, Lacretelle se livre à une dissertation plus théorique contre les lettres de cachet. L'influence des remontrances de Malesherbes et *grosso modo* les éléments de la rhétorique parlementaire, ainsi que des *Maximes du droit public français*, est patente. *Ibid.*, p. 136-190.

Un dernier exemple de la teneur des *factums* judiciaires est le *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue...*<sup>2166</sup> de Jean-Baptiste Dupaty. Ce dernier accuse violemment les juges de Chaumont et du parlement de Bordeaux d'avoir condamné trois hommes innocents. Les charges contre la condamnation des tribunaux sont : premièrement, elle est faite au mépris « des formes les plus sacrées prescrites par l'Ordonnance » ; deuxièmement, elle est prononcée « sans aucune preuve que les accusés fussent coupables, ni même que le corps du délit existât » et même « contre la preuve même de leur innocence » ; troisièmement, elle montre « une partialité manifeste de la part des premiers juges »<sup>2167</sup>. Il pointe en outre le temps passé en prison dans les différentes juridictions, y compris celle du parlement : au total presque trois ans. Le mémoire finit avec une injonction au roi :

« Hâtez-vous, Sire, car peut-être, dans quelque Province éloignée [...], vos lois criminelles, les lois surtout des criminalistes, poussent, dans ce moment même, à l'échafaud des hommes qui [...] sont dépourvus de tout conseil, languissent comme eux [les accusés], dans les prisons depuis des années, sont comme eux, les jouets de l'injustice & de l'ignorance des premiers Juges [...] »<sup>2168</sup>

On pourrait encore ajouter l'iniquité des juges supérieurs, si on tient au fait que le *Mémoire justificatif...* s'attaque à eux aussi, comme le prouve sa condamnation unanime par le parlement de Bordeaux<sup>2169</sup>.

Les mémoires judiciaires très critiques de la pratique judiciaire ainsi que de la politique royale ne constituent pas la majorité de ces documents<sup>2170</sup>. Toutefois, ils sont représentatifs d'une inflexion dans la manière de concevoir les procédures de justice. Certains *topoi* de ces mémoires – la critique des emprisonnements, des peines arbitraires, du système des preuves légales, entre autres – s'opposent frontalement à la doctrine « officielle » des criminalistes de l'époque, comme c'est le cas, explicitement,

---

<sup>2166</sup> DUPATY, Jean-Baptiste Mercier, *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*, Paris, Pierres, 1786.

<sup>2167</sup> DUPATY, J.-B. M., *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>2168</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>2169</sup> Le parlement de Bordeaux condamne le mémoire à être lacéré et brûlé en août 1786.

<sup>2170</sup> C'est principalement la critique de : LEUWERS, Hervé, « Les avocats défenseurs des Lumières et de la liberté ? Problème d'analyse autour des *factums* », *Les parlements et les Lumières*, Olivier Chaline (dir.), Pessac, Maison des Sciences de l'Homme de l'Aquitaine, 2012, p. 213-224.

dans le mémoire de Dupaty, ce qui veut dire *in fine* qu'ils remettent en cause l'ordre judiciaire en vigueur<sup>2171</sup>.

Pendant les dernières années de l'Ancien Régime, certains auteurs élargissent la définition des mémoires, introduisant un objectif plus politique. Pour Ambroise Falconnet (†1817)<sup>2172</sup>, ces textes visent « l'établissement des droits d'un citoyen, exposés aux juges et au public » et bénéficient autant aux parties, qu'aux tribunaux et à l'État même<sup>2173</sup>. La définition de l'*Encyclopédie Méthodique*, faite par l'avocat Jacques-Vincent Delacroix (†1831)<sup>2174</sup>, sous-entend que les mémoires judiciaires rapprochent le système politique de la France de la constitution anglaise, car ils représentent la « liberté que tout sujet a de donner en France de la publicité à sa cause »<sup>2175</sup>. La fonction protectrice des libertés est par ailleurs explicitée : « tout ce que l'homme a de plus cher, l'honneur, la liberté la fortune, tiennent à la faculté d'appeler, pour ainsi dire, à son jugement à la nation entière, par la connaissance qu'il lui communique de sa demande & de sa défense »<sup>2176</sup>. En outre, les objections contre les mémoires judiciaires pointent davantage le commerce que les avocats font de ces textes, le style pathétique et les injures qu'ils avancent, plutôt que la critique de la pratique judiciaire<sup>2177</sup>. Au fond, et malgré la réprobation de l'usage, par le biais des mémoires judiciaires les avocats fixent une idée : la justice qui s'exerce dans le secret est désormais l'objet de suspicion, ce qui veut dire que la publicité est nécessaire pour conserver les libertés du justiciable.

---

<sup>2171</sup> Voir en ce sens : LAINGUI, André, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *RHFD*, n° 13, 1992, p. 75-89.

<sup>2172</sup> Homme de lettres et avocat, il devient célèbre pour ses mémoires dans l'affaire de la famille Véron. Il consacre quelques études à la profession d'avocat, comme l'*Essai sur le barreau grec romain et français sur les moyens de donner lustre à ce dernier* (1773) et *Le Barreau français...*, cité ci-dessous.

<sup>2173</sup> FALCONNET, Ambroise, *Mémoire pour M. Falconnet, Avocat en la Cour, appelant d'une Sentence rendue au Châtelet de Paris, le 2 juin 1778, entre le duc de Guines, etc., et le sieur Tort., etc.*, dans : *Le Barreau français, partie moderne, contenant les plaidoyers, mémoires et consultations des plus célèbres avocats...*, Tome I, Paris, Gueffier, 1806, p. xvi. Le rapport de la publicité avec le « dévoilement » de la vérité (des faits et du droit) inverse toute la logique de la procédure criminelle d'Ancien Régime : « l'État tout entier a le plus puissant intérêt à la publication de cette sorte d'écrits. Dans une nation où il y aurait d'excellentes lois, mais éparses, mais consignées dans des volumes effrayants par leur forme et par l'immensité de leur nombre, qu'arriverai-t-il ? Que ces lois peu connues seraient comme n'étant point, et que de cette ignorance fatale il naîtrait chez la plupart des sujets une lâche indifférence sur le sort de ces lois, et chez le reste un pyrrhonisme effrayant sur leur existence. Or, quel effet produisent ces deux misérables impressions dans un empire ? Un effet terrible. Elles réduisent un peuple chez lequel elles se sont établies, à douter de tout, et permettent aux dépositaires subalternes de l'autorité de ne douter de rien. Un bon Mémoire ramène à la loi, il en montre l'origine, la nature ; il en appuie la nécessité ; il la reproduit, pour ainsi dire, et l'éclaire du plus beau jour » (p. xvii).

<sup>2174</sup> Pour une biographie succincte, voir : MAGONI, Clizia, « L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix (1791-1801) », *La Révolution française, Dire et faire l'Europe à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, p. 1-2, disponible sur : <https://journals.openedition.org/lrf/268> (consulté le 4 juin 2020).

<sup>2175</sup> *Encyclopédie Méthodique. Jurisprudence...*, Tome IV, *op. cit.*, p. 460.

<sup>2176</sup> *Ibid.*, p. 460.

<sup>2177</sup> LEUWERS, H., « Les avocats défenseurs des Lumières et de la liberté ?... », *op. cit.*, p. 215-217.

Le débat constitutionnel des Lumières déstabilise les fondements mêmes sur lesquels repose le pouvoir politique, ce qui implique de repenser les formes et les procédures par lesquelles il s'exprime. Qu'il s'agisse de celles qui concernent l'élaboration et l'application de la norme, il semble que la réflexion parte d'une conviction fondamentale : le citoyen est porteur de droits et libertés à l'intérieur de la société. Or ce dernier est une catégorie politique qui succède à la notion ontologique de l'individu, à laquelle « appartient » les droits subjectifs qualifiés actuellement de droits « fondamentaux ».

## Chapitre 8. Vers un droit au procès appartenant à l'individu

D'un point de vue politique, la notion d'individu est une élaboration de la pensée moderne. Du nominalisme d'Ockham à la subjectivité du *cogito* cartésien, le concept émerge et prospère dans différents registres sociaux, parmi lesquels le droit. Michel Villey a retracé les fondements philosophiques du droit qu'il qualifie de « moderne » et qu'il caractérise par la méthode *résolutive-compositive*, « qui procède par la dissection des corps, puis par leur recombinaison, par l'analyse, puis la synthèse »<sup>2178</sup>. Le corps en question est, bien entendu, le corps politique, lequel est analysé non dans « l'ensemble et l'harmonie intrinsèque » – à la manière d'Aristote –, mais plutôt à travers les « particules élémentaires » que sont les individus<sup>2179</sup>.

En outre, l'idée d'un « droit à » qui se trouve dans l'intitulé du chapitre évoque la notion de droit subjectif telle que Francisco Suarez l'a formulée : « *Ius... facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam* »<sup>2180</sup>. D'autres, tels que Grotius dans les Provinces-Unies, Hobbes et Locke en Angleterre, Domat et Pothier en France, demeurent tributaires de cette définition<sup>2181</sup>. Le *jus* en tant que *qualitas*, *facultas*, ou *potestas* renvoie à un sujet de droit, à un individu. Or que le « droit à » lui soit accordé exclusivement ne veut pas dire qu'il se cantonne à sa sphère privée. Au contraire, il est des droits subjectifs qui n'ont de sens qu'en rapport avec la sphère publique : tel est le cas du « droit au procès ». En effet, il suppose, en contrepartie, que le pouvoir public ait l'obligation d'accomplir d'un certain nombre de formalités, à défaut de quoi il y porterait atteinte.

La conception d'un « droit subjectif aux formes juridiques » découle de la pensée qui fait de l'individu/citoyen le sujet politique par excellence, face à l'État souverain. Selon une telle conception, l'individu « pré-politique » de l'état de nature transformé en sujet politique – le citoyen – entre dans le champ lexical du droit. En France, au XVIII<sup>e</sup> siècle, les physiocrates et les « libéraux » répandent cette pensée rationaliste qui structure l'idée de libertés publiques (Section 1). Enfin, son contenu se cristallise

<sup>2178</sup> VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne...*, op. cit., p. 575.

<sup>2179</sup> *Ibid.*, p. 575.

<sup>2180</sup> SUAREZ, Francisco, *De legibus, I, De natura legis*, Edición crítica bilingüe por Luciano PEREÑA (Corpus Hispanorum de Pace, XI), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1971, p. 24. Voir : PADOVANI, Andrea, « Birth of a legal category : subjective rights », *Divus Thomas*, 116, 3, 2013, p. 37-53.

<sup>2181</sup> Et notamment en ce qui concerne l'élaboration d'une dogmatique de la propriété, qu'André-Jean Arnaud qualifie de « grande mystification ». Voir : ARNAUD, André-Jean, « *Imperium et Dominium* : Domat, Pothier et la codification, *Droits*, n° 22, 1995, p. 55.

en termes juridiques durant la Révolution, qui aboutira finalement à une ébauche « officielle » du droit au procès en tant que droit subjectif aux formes juridiques (Section 2).

## Section 1. Le rationalisme à l'origine des libertés

La rupture avec une certaine conception des libertés est entérinée dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2182</sup>. L'influence des auteurs qualifiés *a posteriori* de libéraux, ainsi que ceux de l'école des physiocrates, sur la pensée politico-juridique de l'époque est indiscutable, d'autant que leurs idées seront consolidées dans les dispositifs normatifs issus de la Révolution française. Désormais, les auteurs postrévolutionnaires – on songe à Benjamin Constant ou à Sismondi – distinguent la liberté des *Anciens* de celle des *Modernes*<sup>2183</sup>.

La définition de la liberté des modernes de Benjamin Constant inclut certains des éléments du « droit au procès » : « n'être soumis qu'aux lois, ne pouvoir être arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet arbitraire d'un ou de plusieurs individus [...] »<sup>2184</sup>. Ces éléments très concrets avaient été théorisés philosophiquement dès la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle.

En outre, la notion d'espace est déterminante dans la définition des libertés car elle est le socle à partir duquel l'individu se construit. Chez les Anciens, il n'y a pas de distinction entre sphères publique et privée, ce qui signifie qu'il « n'y a pas de frontière spatiale à la norme : celle-ci oblige le particulier toujours et partout ». Chez les Modernes, au contraire, l'espace est conçu *a minima* sur la base de cette distinction<sup>2185</sup>. Celle-ci s'opère grâce à l'identification des lieux où l'individu peut s'ériger en « maître ». Dans ce schéma donc, la notion de propriété est intimement liée à celle de liberté : elle permet de déterminer les « choses » sur lesquelles l'individu a « un droit à ».

<sup>2182</sup> Pour les aspects moraux de ce changement, voir : POCOCK, John Greenville Agard, « Virtues, rights and manners : a model for historians of political thought », *Political theory*, Vol. 9, No. 3, 1981, p. 353-368.

<sup>2183</sup> La paternité de la distinction est au second, qui écrit en 1818 : « [...] Jusqu'au dix-septième siècle, enfin, la liberté du citoyen fut toujours considérée comme une participation à la souveraineté de son pays ; et que c'est seulement l'exemple de la constitution britannique qui nous a appris à considérer la liberté comme une protection du repos, du bonheur, et de l'indépendance domestiques. Ce que nous désirons avant tout n'était considéré par nos ancêtres que comme un avantage accessoire et de seconde ligne ; ce qu'avoient voulu nos ancêtres n'est considéré par nous que comme un moyen plus ou moins imparfait d'obtenir ou de conserver ce que nous désirons nous-mêmes. Cependant l'un et l'autre objet de l'association politique est également désigné par le nom de liberté. Lorsqu'on a voulu les distinguer, et qu'on a nommé liberté civile cette faculté toute passive, cette garantie contre les abus du pouvoir, en quelques mains qu'il soit logé, à laquelle prétendent les Modernes ; tandis qu'on a réservé le nom de liberté politique à la faculté active, à la participation de tous au pouvoir exercé sur tous, à l'association de l'homme libre à la souveraineté, on n'a point encore évité la confusion parce que les mots qu'on emploie ne contrastent point assez l'un avec l'autre ». DE SISMONDI, Jean Charles Léonard Simonde, *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Âge*, Tome XII, 4<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Aug. Wahlen, 1826, p. 286. Pour Benjamin Constant, voir son discours célèbre prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*.

<sup>2184</sup> CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, dans : *Œuvres politiques*, Paris, Charpentier et Cie., 1874, p. 260.

<sup>2185</sup> SAINT-BONNET, François, « La liberté des Modernes et la partition de l'espace », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Villey*, Volume 7, 2015, p. 17.

La pensée des libéraux et des physiocrates contribue amplement à fonder la notion de droit au procès. D'une part, parce que la liberté est conçue en termes de propriété : elle est considérée comme une « propriété de soi » (§1). D'autre part, parce qu'elle refuse les catégories de la société trifonctionnelle au profit d'une « mosaïque de principautés individuelles »<sup>2186</sup> et prône l'idée d'égalité de ces dernières face aux procédures étatiques (§2).

### **§1. La liberté par la « propriété de soi »**

« La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens »<sup>2187</sup> *dixit* Montesquieu. Dans la droite ligne de la pensée de Locke, la pensée politico-juridique des Lumières considère que l'individu a la propriété de soi-même et qu'elle constitue « la souche primordiale de la normativité qu'il incombe à tous, donc à chacun, d'assumer »<sup>2188</sup>. Sur la base de cette idée, les fondements de la normativité évoluent. D'une part, la loi est assimilée à la « volonté générale » qui surpasse les individualités, y compris celle du monarque ; elle apparaît donc comme garante de l'ordre social (A). D'autre part, l'idée de la liberté comme propriété engendre une nouvelle rationalité de la justice pesant sur ses fondements et les principes qui en découlent (B).

#### **A. La légalité comme conservation de l'ordre social**

La thèse des jusnaturalistes modernes – parmi lesquels les physiocrates – et celle de Rousseau divergent quant aux fondements de la loi, même si elles convergent sur ses finalités. La première accorde à la loi un rôle « déclaratif » de l'ordre naturel, alors que la seconde lui attribue un rôle « constitutif » de l'ordre social.

---

<sup>2186</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2187</sup> MONTESQUIEU, *Pensées et fragments inédits*, Tome II, publiés par le Baron Gaston de Montesquieu, Bordeaux, Gounouilhou, 1901, p. 321. Sur la liberté en tant que « vérité ontologique de l'homme », voir : ROLAND, Sébastien, « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *RFHIP*, vol. 29, no. 1, p. 20-28.

<sup>2188</sup> GOYARD-FABRE, Simone, « La propriété dans la philosophie de Locke », *Archives de Philosophie*, Vol. 55, No. 4 (octobre-décembre 1992), p. 618.

*i. Jusnaturalisme et physiocratie : conserver l'ordre naturel par les lois positives*

La notion de *consensus*, en ses différentes déclinaisons – pacte, contrat, *covenant*, *trust*, *consentement* –, atomise l'ordre social car elle sous-entend que chaque particulier accorde sa volonté avec lui. Pour Montesquieu, la loi positive doit montrer « les rapports qui se trouvent entre [la raison humaine qu'il qualifie de primitive] et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux »<sup>2189</sup> ; elle est donc un acte de la raison humaine capable de concrétiser les lois de la nature. Si plusieurs ouvrages du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle ne discutent pas la question de la participation de chaque particulier – ne serait-ce que théoriquement –, c'est que la loi civile apparaît comme l'expression, certes subséquente, de la raison innée qui produit le *consensus* à l'origine du régime politique<sup>2190</sup>. Cela signifie *in fine* que la rationalité individuelle est insérée dans la législation.

Les définitions de la loi et du législateur de l'*Encyclopédie*, rédigées par Louis de Jaucourt, sont emblématiques de la nomophilie du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2191</sup>. La loi est à la fois la manifestation de la « raison humaine » et une prescription du souverain à ses sujets. On constate la vision contractualiste de l'auteur : « les hommes se réunissant en société, cherchent une situation plus heureuse que l'état de nature », c'est pourquoi ils « ont consenti donc à perdre un peu de leur égalité & liberté »<sup>2192</sup>. Cependant, l'auteur récuse les conséquences qui en découlent pour l'absolutisme monarchique ou pour la théorie de Hobbes : « le législateur a rempli son objet, lorsqu'en ôtant aux hommes le moins possible d'égalité & de liberté, il leur procure le plus qu'il est possible de sécurité & de bonheur »<sup>2193</sup>.

<sup>2189</sup> MONTESQUIEU, *EL*, Livre I, chapitre I. Pour ces développements, nous nous sommes largement inspirés de : GOYARD-FABRE, Simone, *Philosophie politique. XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle : modernité et humanisme*, Paris, PUF, 1987, p. 247-287.

<sup>2190</sup> Voir *supra*, chapitre 7 section 1, §1-B.

<sup>2191</sup> Voir les deux définitions : « Législateur (politique) » : [enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v9-1175-0/](http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v9-1175-0/) et loi (droit naturel, moral, divin & humain) <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v9-1848-0/> (consultées le 5 avril 2020).

<sup>2192</sup> Dans la définition du législateur précitée. La réflexion de Chavray de Boissy est similaire : « Les hommes nés libres & réunis en société, ne se sont choisis un Chef ou un Roi, armé du pouvoir des Lois, que pour maintenir leur liberté, en assurant cette tranquillité qui forme le bonheur du citoyen. Ainsi convenus entr'eux, cette société politique, la source de ces biens nécessaires, & rendant la vie si agréable, n'a pu subsister sans l'honneur, la bonne foi & les autres vertus sociales, qui élevant l'homme à l'égal de lui-même, ennoblissent son essence, en l'approchant de la perfection. Cette société nous liant tous par des obligations réciproques, & s'étant aussi formée pour garantir, par la puissance du corps social, à chacun de ses membres, trop faible pour se suffire à lui-même, sa vie, son honneur & ses biens, contre la cupidité, la fraude & la violence des autres ; chaque individu ne doit-il pas employer tous ses soins pour contribuer à l'avantage commun de cette société ? Les Lois, cet Ouvrage sacré des Législateurs, ne présentent que les moyens d'y conserver l'ordre & la paix ». CHAVRAY DE BOISSY, F., *L'Avocat, ou réflexions sur l'exercice du barreau...*, *op. cit.*, p. 23-24.

<sup>2193</sup> *Ibid.* Dans la définition des lois, l'auteur affirme que « rien ne doit être si cher aux hommes que les lois destinées à les rendre bons, sages & heureux. Les lois seront précieuses au peuple, tant qu'il les regardera comme un rempart contre le despotisme, & comme la sauvegarde d'une juste liberté », article précité.

L'inversion des fondements de la loi est opérée : aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, la loi était la source privilégiée du droit positif parce qu'elle était la volonté du souverain incarnant l'unité du corps politique, ce qui fait qu'elle s'impose aux sources « exogènes » à cette volonté (le droit romain, le droit canonique et la coutume). Pour le rationalisme des Lumières, la loi est désormais privilégiée en tant qu'elle constitue la manifestation de la raison humaine – individuelle de prime abord – et de sa volonté de conservation, ce qui implique la préservation de l'ordre social à propos duquel tous les individus se sont *a priori* mis « en accord ». Cette théorie du « contractualisme jusnaturaliste » peut être remarquée dans nombre d'ouvrages de l'époque : le *pactum subjectionis* implique que la loi correspond d'une certaine manière au développement de cet « accord » originel<sup>2194</sup>. L'absence de loi ou l'édiction d'une loi incompatible avec ce pacte viendrait contrarier l'ordre social et de surcroît porter atteinte à la loi naturelle.

Cependant, certains auteurs, à l'instar de Montesquieu, ne se réfèrent pas à un quelconque pacte. C'est le cas des physiocrates. En effet, ces derniers contestent l'existence d'un état de nature différent de l'état de société<sup>2195</sup>. Il existe bien une « société naturelle », la société politique est un développement de celle-ci, les deux ne sont donc pas en opposition. Qui plus est, suivant la pensée de Burlamaqui, l'individu est naturellement destiné à la vie en société car son besoin de s'aligner au bien commun détermine le bonheur individuel. Pour François Quesnay (†1774)<sup>2196</sup>, chef de file de la *science nouvelle*, cette sociabilité naturelle est régie par deux types de lois : les lois

<sup>2194</sup> Ce qu'on voit *grosso modo* dans les ouvrages des jusnaturalistes suisses – Burlamaqui ou Vattel –, allemands – Christian Wolff –, ou dans certains traités français plus tardifs – comme le *Traité des lois civiles* de Simon-Nicolas-Henri Linguet (1767), les *Maximes du droit public français* (1772), *De la législation ou Principe des Lois* de l'abbé de Mably (1776), entre autres.

<sup>2195</sup> François Quesnay récuse dans son article sur le droit naturel les idées de Thomas Hobbes : « Quelques philosophes absorbés dans l'idée abstraite du droit naturel des hommes, qui laisse à tous un droit à tout, ont borné le droit naturel de l'homme à l'état de pure indépendance des hommes les uns envers les autres, et à l'état de guerre entre eux pour s'emparer les uns et les autres de leur droit illimité. Ainsi, prétendent ces philosophes, lorsqu'un homme est privé par convention, ou par une autorité légitime, de quelques parties du droit naturel qu'il a à toutes les choses propres à sa jouissance, son droit général est détruit ; et cet homme se trouve sous la dépendance d'autrui par ses engagements, ou par une autorité coactive. Il n'est plus dans le simple état de nature, ou d'entière indépendance ; il n'est plus lui seul juge de son droit ; il est soumis au jugement d'autrui ; il n'est donc plus, disent-ils, dans l'état de pure nature, ni par conséquent dans la sphère du droit naturel. Mais si l'on fait attention à la futilité de cette idée abstraite du droit naturel de tous à tout, il faudra, pour se conformer à l'ordre naturel même, réduire ce droit naturel de l'homme aux choses dont il peut obtenir la jouissance, et ce prétendu droit général sera dans le fait un droit fort limité ». QUESNAY, François, « Le droit naturel », *Journal d'agriculture*, septembre 1765. Nous suivons la version disponible sur : <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/quesnay/drnat.htm>. Sur la pensée politique des physiocrates, nous suivons principalement : ALBERTONE, Manuela, « Fondements économiques de la réflexion du XVIII<sup>e</sup> siècle. Autour de l'homme porteur de droits », *Clio@Themis*, N° 3, 25 p., 2010, disponible sur : <https://www.cliothemis.com/Fondements-economiques-de-la> (consulté le 21 mai 2020) ; LARRERE, Catherine, *L'invention de l'économie au XVIII<sup>e</sup> siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992 ; MATHIEZ, Albert, « Les doctrines politiques des physiocrates », *AHRF*, 13<sup>e</sup> année, No. 75 (mai-juin 1936), p. 193-203 ; ainsi que le numéro 20 de la *Revue française d'histoire des idées politiques*, seconde volume de 2004.

<sup>2196</sup> Pour une biographie de l'auteur : DELMAS, Bernard, *François Quesnay et la naissance de l'économie politique*, Thèse de Doctorat en Sciences Economiques, Université de Lille 1, 2000, p. 73-97 ; et VERGONJEANNE, Hélène, *Un laboureur à Versailles : François Quesnay, médecin de Madame de Pompadour, encyclopédiste et économiste de la cour de Louis XV*, Paris, L'Harmattan, 2008.

naturelles et les lois positives. Les premières peuvent être physiques ou morales et se présentent comme des règles de l'ordre « évidemment le plus avantageux au genre humain »<sup>2197</sup>. Les secondes, au contraire, sont définies de manière plus subtile : elles constituent « des règles authentiques établies par une autorité souveraine » et fixent « l'ordre de l'administration du gouvernement pour assurer la défense de la société [...] »<sup>2198</sup>. On peut constater que les lois s'adressent d'abord au gouvernement, pas à l'individu. Enfin, pour Quesnay, les lois positives sont « déclaratives » des lois naturelles ; dès lors, elles ne peuvent que bénéficier tant aux « hommes réunis en société » qu'au souverain. Le retournement de la manière de concevoir les lois positives par rapport aux siècles précédents est clair : elles ne sont pas le résultat de la manifestation de la volonté du souverain, mais plutôt de l'ordre social<sup>2199</sup>.

Pour Victor Riquetti, marquis de Mirabeau (†1789), la propriété offre un droit de représentation au sein des assemblées d'état, elle est consubstantielle à la société mais précède l'instauration du gouvernement. Ce dernier n'est que le « régime conservateur de la société »<sup>2200</sup> et c'est en raison de cela que la société élabore les lois qu'il nomme *de titre* (les lois fondamentales). Or celles-ci ne sont pas exactement assimilées au concept traditionnel de l'époque car leur fonction est de « constater la propriété quelconque »<sup>2201</sup>. Au contraire, les lois que Mirabeau appelle *de règlement* sont « dans les mains du Gouvernement qui en distribue à son gré l'action sur toute l'étendue de la société par l'entremise de ses préposés ». Cette mainmise ne signifie pas un changement continu des lois car, pour l'auteur, « la stabilité & l'uniformité de toute règle quelconque est ce qui en assure le plus l'exécution, & en perpétue l'utilité »<sup>2202</sup>. Par ailleurs, il opère un renversement de la notion bodinienne de la loi en tant que « marque de la souveraineté », puisque le « souverain n'est point propriétaire de la souveraineté [...]. Il est propriétaire de la force exécutive de la loi et protectrice

---

<sup>2197</sup> QUESNAY, F., « Le droit naturel », *op. cit.*, chapitre V.

<sup>2198</sup> *Ibid.*, chapitre V.

<sup>2199</sup> « La législation positive consiste donc dans la déclaration des lois naturelles, constitutives de l'ordre évidemment le plus avantageux possible aux hommes réunis en société ; on pourrait dire tout simplement le plus avantageux possible au souverain ; car ce qui est réellement le plus avantageux au souverain est le plus avantageux aux sujets ». *Ibid.*, chapitre V.

<sup>2200</sup> MIRABEAU, Victor Riquetti de (marquis de), *Précis de l'organisation, ou mémoire sur les états provinciaux*, dans : *L'ami des hommes, quatrième partie*, Avignon, [s.n.], 1759, p. 45.

<sup>2201</sup> Cependant, le marquis de Mirabeau semble les assimiler aux normes coutumières plutôt qu'aux lois étatiques : « Quelqu'un faisait à un homme de génie cette question : Où sont donc les lois fondamentales du Royaume ? Il lui répondit : Dans la Coutume de Normandie ; mot d'un grand sens & d'une profonde sagesse. En effet, toute propriété quelconque dans l'État est sacrée, & tout arrangement qui constate la propriété quelconque, est loi de titre, loi fondamentale ». *Ibid.*, p. 42.

<sup>2202</sup> *Ibid.*, p. 48.

de la volonté commune. Dans toute société existante la loi est faite, car la société n'existe que par la loi »<sup>2203</sup>.

Pour Le Mercier de La Rivière, la propriété foncière « est la source où nous devons puiser toutes les institutions sociales qui constituent l'ordre essentiel des sociétés »<sup>2204</sup>. De là l'exclusivité de la propriété des biens – principalement des récoltes – et la nécessité de leur partage. De ces deux impératifs dérive la nécessité de mettre en place des conventions ou des lois pour régler le partage. Ainsi, Le Mercier de La Rivière affirme qu'il est d'une « nécessité absolue que des lois positives constatent les devoirs et les droits réciproques des hommes, et les consolident d'une telle manière, que la propriété et la liberté ne puissent jamais être blessés impunément »<sup>2205</sup>. L'idée de constatation des devoirs et des droits montre la « naturalité » des lois dans la mesure où elles ne font qu'entériner l'ordre naturel. La légalité est à chaque fois affirmée comme une évidence ou une nécessité : les lois sont « l'expression de la justice par essence », elles sont « immuables », leur observation ne peut « dépendre d'aucune volonté arbitraire », elles ont « pour organe des Magistrats [...] qui sont toujours dans l'impossibilité de parler autrement que les lois » ; elles sont « armées d'une force coercitive, et qu'à cet effet il existe une puissance tutélaire et protectrice » ; cette force supérieure est « unique dans son espèce » et elle ne peut jamais « devenir destructive des lois »<sup>2206</sup>. Enfin, pour l'auteur, la procédure est une condition pour l'élaboration des lois : l'évidence quant au « contenu » des lois ne suffit pas pour qu'elles soient considérées comme telles, il y faut « les signes sensibles qui manifestent qu'on a suivi l'ordre des procédés qu'il faut garder nécessairement dans leur institution »<sup>2207</sup>.

Dupont de Nemours désigne plus explicitement le rapport entre la loi naturelle et le respect de la légalité « positive ». L'autorité de « faire toute espèce de lois » appartient au corps entier de la société. Le législateur entendu comme l'autorité qui fait les règlements est appelé ainsi parce qu'il est « porteur de loi ». Partant, il n'a « d'autre droit que de prendre la loi dans le dépôt immense de la nature, de la justice et de la

---

<sup>2203</sup> MIRABEAU, Victor Riquetti (comte de), *Les devoirs*, Milan, Monastère Imperial de St. Ambroise, 1780, p. 206-207.

<sup>2204</sup> LE MERCIER DE LA RIVIERE, P.-P., *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques...*, op. cit., p. 16.

<sup>2205</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>2206</sup> *Ibid.*, p. 36-37.

<sup>2207</sup> Deux finalités sont envisagées : « 1. Pour s'assurer de leur justice et de leur nécessité. 2. Pour rendre cette justice et cette nécessité certaines à tous ceux qui ne peuvent en acquérir une connaissance explicite et évidente ». L'auteur rejoint ici l'analyse de Montesquieu : « Or il est constant que cet ordre de procédés ne serait plus observé, si la puissance législative voulait encore se charger des fonctions de la Magistrature : le législateur et le Magistrat n'étant plus ainsi qu'une seule et même personne, il en résulterait que d'un côté le pouvoir d'instituer des lois ne trouverait dans les lumières, et dans les devoirs du Magistrat, aucune ressource contre les surprises qui pourraient être faites au Législateur ; tandis que d'un autre côté, la volonté du Législateur ne pouvant dominer, enchaîner, assujettir celle du Magistrat, les lois les plus justes dans leurs dispositions se trouveraient incertaines et variables dans leur application ». *Ibid.*, p. 64 (souligné dans le texte).

raison, où elle était toute faite, et de la porter, de l'élever, de la présenter au peuple »<sup>2208</sup>. La nature porte en elle l'ordre que les lois ne font qu'explicitier et elles visent « la conservation du droit de propriété et de la liberté qui en est inséparable »<sup>2209</sup>. Or, pour l'auteur, une instruction est nécessaire pour observer et comprendre ce que la nature contient. Il prône donc une déclaration des droits qui renferme toute la législation en elle. La déclaration des droits est ainsi garante du respect de la légalité en ce qu'elle est un abrégé – à la fois le constat de l'ordre et la condition axiologique – des lois positives<sup>2210</sup>.

En creux, pour la *science nouvelle*, la légalité est tout à la fois l'explicitation et le rappel constant de l'ordre naturel. Si ce dernier est immanent, il n'est pourtant pas évident : les lois positives ayant d'abord une fonction d'information car elles le « montrent » au peuple. Cet ordre naturel protège davantage les individus parce qu'il vise la propriété telle que l'entendent les physiocrates : le « despotisme légal », selon la formule de Le Mercier de la Rivière, est en ce sens la garantie de la protection de la liberté des individus.

Les théories du contractualisme jusnaturaliste et de la physiocratie accordent une place centrale à la loi comme acte qui dévoile les lois naturelles au travers de la raison propre à chaque individu. De la même manière, mais avec une approche différente, le contractualisme de Rousseau renforce la place de la loi et de la légalité.

## ii. Rousseau : constituer l'ordre social par les lois

Contrairement au jusnaturalisme majoritaire au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, Rousseau s'attache à rechercher les fondements de la loi positive ou, selon son expression, « de l'État »<sup>2211</sup>. Pour le premier, le fondement juridique de la loi positive est la loi naturelle – la première doit refléter la seconde. Pour Rousseau, les seules lois ayant une « vraie » valeur juridique sont bien les lois civiles. Il ne récuse pas complètement l'existence d'un droit naturel, qu'il distingue par ailleurs entre le « droit

---

<sup>2208</sup> Les citations de Dupont de Nemours se trouvent dans les notes de l'ouvrage de : STEVENS, John, *Examen du gouvernement d'Angleterre comparé aux constitutions des Etats-Unis. Où l'on réfute quelques assertions contenues dans l'ouvrage de M. Adams intitulé : Apologie des constitutions des Etats-Unis d'Amérique, & dans celui de M. Delolme, intitulé : De la constitution d'Angleterre*, Londres-Paris, Froullé, 1789, Note XIX, p. 179.

<sup>2209</sup> DUPONT DE NEMOURS, Pierre-Samuel, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Paris, Geuthner, 1910, p. 16.

<sup>2210</sup> Sur ce point, voir l'analyse de : ALBERTONE, M., « Fondements économiques de la réflexion du XVIII<sup>e</sup> siècle... », *op. cit.*, *passim*.

<sup>2211</sup> « Tant qu'on se contentera de n'attacher à ce mot que des idées métaphysiques, on continuera de raisonner sans s'entendre, & quand on aura dit ce que c'est qu'une loi de la nature, on n'en saura pas mieux ce que c'est une loi de l'État ». ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Livre II, Chapitre 6, *op. cit.*, p. 47.

naturel proprement dit » et le « droit naturel raisonné ». Cependant, il considère que, selon les mots de Simone Goyard-Fabre, le droit naturel « n'est pas le paradigme qui préside à l'institution des lois civiles »<sup>2212</sup>.

Pour Rousseau, la loi doit « donner le mouvement & la volonté » au corps politique<sup>2213</sup>. Elle est postérieure à l'acte qui crée le corps politique ayant la volonté générale car elle est son expression et « détermine ce qu'il doit faire pour se conserver »<sup>2214</sup>. Par ailleurs, la légalité – entendue chez Rousseau comme le respect de la loi – est l'expression de la liberté politique. Ainsi, lorsque les lois constituent l'ordre politique et juridique dans l'état de société, leur conservation même est une manière d'exercer la liberté politique. Selon lui, la volonté individuelle ne peut s'opposer à la volonté générale : « la volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale ; c'est par elle qu'ils sont citoyens libres »<sup>2215</sup>. L'autonomie – dans le sens étymologique de faire la norme pour et par soi-même – est identifiée à la loi, et donc garante de l'ordre social. La loi ne peut être contestée par une rationalité individuelle car « en vertu du caractère rationnel et raisonnable qu'elle manifeste, elle ne laisse sans aucune réponse aucune des requêtes de la conscience »<sup>2216</sup>.

L'on voit que, sans afficher un positivisme juridique comme celui d'Hobbes, l'accent de Rousseau sur les fondements et la composition de la loi civile a un effet retentissant chez d'autres auteurs. Un exemple concret est la légalité des délits et des peines chez Beccaria. Pour lui, le respect de la loi – en l'occurrence par le gouvernement – est étroitement lié à la conservation de l'ordre social. La loi pénale doit déterminer davantage ces prescriptions de manière exhaustive car « la peine n'est pas une mise hors la loi mais la garantie de la loi »<sup>2217</sup> et, partant, assurer la conservation de l'ordre social et juridique résultant du « contrat social ».

Le « rationalisme de la loi », contrariant une vision volontariste commune depuis Jean Bodin, suppose que la loi positive soit une manifestation de la raison humaine capable de discerner la loi naturelle. La nomophilie du siècle des Lumières se fonde sur cette certitude, même si pour Rousseau la loi naturelle n'a rien de prescriptif.

---

<sup>2212</sup> GOYARD-FABRE, S., *Philosophie politique. XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle : modernité et humanisme...*, op. cit., p. 277-280.

<sup>2213</sup> ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Livre II, Chapitre 6, op. cit., p. 46.

<sup>2214</sup> *Ibid.*, Livre II, chapitre 6, p. 46.

<sup>2215</sup> *Ibid.*, Livre IV, chapitre 6, p. 151.

<sup>2216</sup> GOYARD-FABRE, S., *Philosophie politique. XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle : modernité et humanisme...*, op. cit., p. 285.

<sup>2217</sup> CLEMENT, Eloi, « Le Droit selon Beccaria », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2014-4, p. 44.

Il en découle également l'idée que la justice est instaurée par les lois et consiste principalement en la conservation de la propriété.

### ***B. La justice comme conservation de la propriété individuelle***

Les déclinaisons de la notion de propriété – le *quid ad proprium* de John Locke – renvoient à différents aspects de l'individualité : *primo*, par la propriété de soi entendue comme propriété de son corps physique et, partant, de son intégrité et de sa liberté de mouvement ; *secundo*, par la propriété de soi entendue comme propriété de son esprit et donc de son « contenu » (idées, croyances, etc.) ; *tertio*, la propriété sur des choses extérieures ou *réelles*, c'est-à-dire en tant que *dominium*. C'est de manière générale ces trois types de propriétés que les lois positives doivent protéger et que les juges doivent « reconnaître ». En ce sens, la justice n'est plus exactement perçue comme le reflet d'un ordre divin mais comme la manifestation de la rationalité universelle car elle protège ce qu'il y a de plus manifeste chez l'humain en tant qu'individu : la propriété.

La définition que donne François Quesnay est révélatrice de ce retournement : « Si on me demande ce que c'est que la justice ? Je répondrai que *c'est une règle naturelle et souveraine, reconnue par les lumières de la raison qui détermine évidemment ce qui appartient à soi-même, ou à un autre* »<sup>2218</sup>. D'autres auteurs physiocrates explicitent cette idée. Le Mercier de La Rivière ou Le Trosne détaillent les rapports entre la propriété de l'individu et les autres individualités. Le Trosne affirme même qu'en dépit du caractère abstrait de la notion de justice, celle-ci doit être concrétisée dans ce qu'il appelle « l'administration » :

« On convient aisément que l'administration doit être soumise aux lois de la justice : mais où est-elle cette justice qu'on se fait gloire de réclamer ? Est-ce le nom seul de la justice qui doit gouverner les hommes, ou entend-on une législation réelle, constante, applicable à tous les rapports qu'ont entre eux les hommes réunis, à toutes les opérations du gouvernement ? »<sup>2219</sup>

---

<sup>2218</sup> QUESNAY, F., « Le droit naturel », *op. cit.*, chapitre I (souligné dans le texte).

<sup>2219</sup> LE TROSNE, Guillaume, *De l'ordre social...*, *op. cit.*, p. 18.

Les lois positives constituent *in fine* la synthèse des propriétés individuelles et la concrétisation des lois naturelles. On retrouve cette réflexion chez Nicolas Le Clerc (†1798)<sup>2220</sup>, qui affirme que les lois assurent à tous et à chacun « trois espèces de propriétés qui dérivent l'une de l'autre, & trois espèces de liberté qui en sont les fruits »<sup>2221</sup>, expliquant l'enchaînement normatif qui en découle :

« L'homme qui travaille, qui remplit ses devoirs, doit jouir exclusivement de son droit naturel. En observant les Lois sociales, son droit est garanti par les Lois positives. De là, l'origine des droits & des devoirs respectifs, des Lois conservatrices des sociétés ; de-là, la propriété de sa personne, de ses facultés corporelles & intellectuelles, des biens justement acquis, & de la liberté d'en user, en cherchant les objets propres à satisfaire les besoins »<sup>2222</sup>

Suivant la même définition de François Quesnay, Le Clerc affirme que « l'injustice serait l'usurpation de ces droits, de ces libertés, de ces propriétés, de ces jouissances »<sup>2223</sup>. La propriété est conçue essentiellement comme un rapport avec soi-même, l'injustice est d'abord ressentie par les individus eux-mêmes. Ainsi, la justice ne peut être dissociée de la notion d'utilité. Ce lien indissoluble est, pour Le Trosne, un « principe de la plus grande fécondité [...] qui dissipe tous les préjugés [...], qui présente aux administrateurs un point fixe et invariable, sans lequel il n'existerait point d'ordre social ni de règle certaine pour procurer le bonheur des hommes réunis »<sup>2224</sup>. Mais l'utilité – conçue comme une « morale » ou une « politique » économique éloignée tant de l'aristotélisme que du christianisme<sup>2225</sup> – est individuelle ; et la justice, comme le dit Turgot, « n'est elle-même qu'un amour de soi très éclairé »<sup>2226</sup>. Cette vision « individualiste » de la justice doit être mise en parallèle avec les thèmes et dénonciations récurrents à l'époque, notamment face aux commissions de justice et aux lettres de cachet.

<sup>2220</sup> Quoique médecin de profession, l'auteur adhère les idées de la physiocratie et est proche des cercles des philosophes.

<sup>2221</sup> LE CLERC, Nicolas-Gabriel, *La boussole morale et politique des hommes et des empires, dédiée aux nations*, Boston, [s.n.d.], p. 15.

<sup>2222</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2223</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>2224</sup> LE TROSNE, Guillaume, *De l'intérêt social, Par rapport à la Valeur, à la Circulation, à l'Industrie, & au Commerce intérieur & extérieur*, Paris, Debure, 1777, p. 225.

<sup>2225</sup> Nous suivons ici les remarques de : CITON, Yves, « Rousseau et les physiocrates : la justice entre produit net et pitié », *Etudes Jean-Jacques Rousseau*, Numéro spécial « Rousseau : économie politique », Reinhard Bach (ed.), 1999, p. 161-181 ; et PERRU, Olivier, « Les physiocrates : La communauté est-elle de droit naturel ? », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième Série, Tome 95, n° 4, 1997, p. 617-638.

<sup>2226</sup> TURGOT, Anne-Robert, « Second Discours sur l'histoire universelle », *Œuvres de Turgot*, Tome I, Paris, Daire, Guillaumin, 1844, p. 653.

Tout comme Montesquieu<sup>2227</sup>, les physiocrates acceptent que la justice précède l'instauration de la loi : « la justice n'est pas une invention humaine », dit Le Trosne<sup>2228</sup>. Or elle met en évidence que la concrétisation de la justice est intersubjective car elle suppose la détermination individuelle de ce qui « appartient à soi-même, ou à un autre ». La difficulté réside en ce que les lumières de la raison ne suffisent pas à rendre prescriptives les lois qu'elles décèlent. Rousseau a bien vu ce point lorsqu'il critique notamment la pensée de Pufendorf<sup>2229</sup> et affirme que le droit naturel raisonné – celui qui subsiste après l'établissement des sociétés – demeure vague :

« Sans doute, il est pour l'homme une justice universelle émanée de la raison seule et fondée sur le simple droit de l'humanité [...]. À considérer humainement les choses, faute de sanction naturelle, les lois de la justice sont vaines entre les hommes ; elles ne font que le profit des méchants et la charge du juste, quand celui-ci les observerait avec tous les hommes, sans qu'aucun d'eux les observe avec lui »<sup>2230</sup>

Chez Rousseau, il ne s'agit pas de « renaturaliser le politique » comme chez les physiocrates, mais bien de « dénaturer l'homme »<sup>2231</sup>. Les individualités ne présentent aucun problème chez les physiocrates dans la mesure où elles convergent dans leurs finalités. Pour le « citoyen de Genève », au contraire, la complexification des rapports et dépendances entre les individualités augmente les conflits et accentue les inégalités. La société civile et le régime politique qui est instauré de manière artificielle prétendent neutraliser « les effets oppressifs de ces rapports de dépendance »<sup>2232</sup>. La justice, entendue comme sentiment personnel des individus, apparaît comme une pure invention.

---

<sup>2227</sup> Rappelons seulement que chez Montesquieu la justice précède les lois civiles : « Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux ». MONTESQUIEU, *EL*, Livre I, chapitre I.

<sup>2228</sup> LE TROSNE, Guillaume, *Lettres à un ami, sur les avantages de la liberté du commerce des grains et le danger des prohibitions*, Amsterdam-Paris, Desaint, 1768, p. 104.

<sup>2229</sup> « Tout ce que vous me dites des avantages de la loi sociale pourrait être bon, si, tandis que je l'observais scrupuleusement envers les autres, j'étais sûr qu'ils l'observeraient tous envers moi... ou donnez-moi des garants contre toute entreprise injuste, ou n'espérez pas que je m'en abstienne à mon tour ». ROUSSEAU, J.-J., Livre I, chapitre 2 du *Manuscrit de Genève*, cité dans : DERATHE, Robert, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1995, p. 168, note de bas de page n° 2.

<sup>2230</sup> ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Livre II, Chapitre 6, *op. cit.*, p. 47.

<sup>2231</sup> CITON, Y., « Rousseau et les physiocrates : la justice entre produit net et pitié... », *op. cit.*, p. 176.

<sup>2232</sup> *Ibid.*, p. 176.

Rousseau considère que l'intérêt commun est « ce qui généralise la volonté » et fait ainsi un « accord admirable de l'intérêt & de la justice »<sup>2233</sup>. Il existe une justice « universelle émanée de la raison seule » mais pour être admise entre les hommes, elle doit « être réciproque » et « se fonder sur des conventions »<sup>2234</sup>. Les lois, en tant qu'expression de la volonté générale, ne représentent pas un intérêt collectif différent de l'intérêt particulier de chaque individu car la volonté générale « tend toujours à la conservation et au bien-être du tout et de chaque partie et qui est la source des lois, est, pour tous les membres de l'État, par rapport à eux et à lui la règle du juste et de l'injuste »<sup>2235</sup>. Le « sentiment de justice » des individus ne précède pas les dispositifs juridiques ; au contraire, ces derniers la prédisposent et la constituent.

La nomophilie du siècle des Lumières est davantage étatique : la propriété qu'elle protège est celle que les lois déterminent – en tant que *raison universelle* ou *volonté générale*. Certes, chez quelques auteurs comme Montesquieu, la nature du régime doit prendre en compte sa complexité, ce qui signifie concrètement que la justice peut être conservée par des dispositifs différents outre les lois *stricto sensu* – l'on songe principalement à la coutume dans un régime monarchique. Néanmoins, le rationalisme des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle tend à instaurer la suprématie de la loi, y compris à l'égard de l'organisation et l'administration de la justice ; et qui dit loi dit souci de généralité et d'égalité.

## §2. Vers un égalitarisme procédural

Le rationalisme du XVIII<sup>e</sup> siècle entérine la notion d'individualité jusqu'à en faire l'unité de mesure de la société. L'« état de nature » dans lequel se trouve à l'origine tout individu, implique théoriquement une égalité au moins en ce qui concerne la faculté de raisonner. La loi dans sa généralité et son universalité devient le dispositif normatif le plus en adéquation avec l'ontologie rationaliste. Au cours des dernières décennies de l'Ancien Régime, les discours portant sur les procédures de justice illustrent ce souci d'égalité : d'une part, à travers la dénonciation grandissante des

---

<sup>2233</sup> ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Livre II, Chapitre 6, *op. cit.*, p. 40.

<sup>2234</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>2235</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Economie politique*, dans : *Du contrat social. Edition comprenant avec le texte définitif...*, Paris, Alcan, 1896, Appendice V, p. 370.

privilèges de juridiction (A) ; d'autre part, à travers les nombreuses propositions de réforme de l'appareil judiciaire (B).

### *A. Dénoncer les privilèges de juridiction*

L'idée de privilège de juridiction peut s'entendre dans un sens actif ou « d'acteur », en vertu duquel un particulier ou un corps obtient ou possède la *jurisdictio* comme dans un sens passif ou « de récepteur », en vertu duquel un particulier ou un corps ne peut être justiciable que d'une certaine juridiction. Le premier vise donc l'uniformité des juridictions dans le territoire, le second les abus résultant de l'inégalité entre les individus.

La dénonciation des privilèges de juridiction dans le sens actif rejoint une critique séculaire : celle de la justice seigneuriale<sup>2236</sup>. La mosaïque des juridictions issues de la féodalité est perçue par certains auteurs comme un archaïsme insupportable. Pour Simon-Nicolas Linguet (†1794)<sup>2237</sup>, les justices seigneuriales sont très onéreuses et dégénèrent en impunité en matière criminelle. Il récuse ainsi l'opinion de Montesquieu – qui considère que les seigneuries sont attachées au régime monarchique –, concluant « qu'il ne résulterait aucun inconvénient si l'on supprimait une prérogative dont la Noblesse craint de se servir, [et] si à ces Tribunaux indécents, on substituait des Compagnies distinguées »<sup>2238</sup>.

Jérôme Pétion de Villeneuve (†1794)<sup>2239</sup> liste les maux du « funeste système de la féodalité » : les amendes, les épaves, les droits de bris et naufrages, de retraits féodaux sont des « monuments honteux de la tyrannie des siècles sauvages, des restes impurs de la puissance de ces brigands qui traitaient à *leurs semblables* comme des vils animaux »<sup>2240</sup>. Plus loin, l'auteur revient sur la facilité d'acquérir une juridiction

<sup>2236</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2-B.

<sup>2237</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 667-669.

<sup>2238</sup> LINGUET, Simon-Nicolas-Henri, *Nécessité d'une réforme dans l'administration de la justice et dans les lois civiles en France, avec la réfutation de quelques passages de L'Esprit des Loix*, Amsterdam, [s.n.], 1764, p. 62.

<sup>2239</sup> Avocat et député du tiers-état aux États généraux de 1789, il est maire de Paris entre 1791 et 1792 et premier président de la Convention la même année.

<sup>2240</sup> PETION DE VILLENEUVE, Jérôme, *Les lois civiles et l'administration de la justice, ramenées à un ordre simple et uniforme, ou Réflexions morales, politiques*, Londres, [s.n.], 1782, p. 34-35. Pour cet auteur la division de la société issue de ce système est claire : « Ainsi, les dignités, les biens sont d'un côté ; de l'autre se trouvent l'humiliation & l'indigence. Il n'y a, à proprement parler, que deux classes d'hommes, des riches & des pauvres, des maîtres & des esclaves. La classe qui tient le milieu entre ces deux extrêmes, est, pour ainsi dire, nulle » (p. 36). La critique de la distribution de la richesse issue de ce système est aussi avancée : « Il y a tel seigneur dont les maisons de campagne sont des palais ; qui possède à lui seul les domaines capables de faire subsister deux cents familles. Ne sachant que faire de ces terrains immenses, il en sacrifie une partie à sa folle vanité & à ses plaisirs. La terre au lieu de porter des récoltes abondantes, est couverte de fleurs odoriférantes,

seigneuriale : « Les plus petites terres sont décorées de ce qu'on appelle noblement une basse-justice [...]. Il suffit d'acquérir de pareilles terres, pour acquérir le privilège de dominer sur de malheureux paysans, & de les vexer de son gré »<sup>2241</sup>. Par la suite, sa diatribe contre les justices seigneuriales rejoint les *topoi* existant sur ce sujet depuis le XVII<sup>e</sup> siècle. En outre, il critique les juridictions d'attribution créées moins pour le besoin des sujets que pour les nécessités provisoires de l'État : « Les charges devenues un objet de trafic, plus on en a vendu, plus on retire de l'argent », déplorant ainsi que ces parcelles de la souveraineté soient « vendues » partout<sup>2242</sup>.

Joseph Bernardi renvoie également aux serfs de l'époque franque attachés à la glèbe et affirme qu'on « trouve encore des traces de cette humiliante servitude, soit dans les mains-mortes, soit dans les Droits féodaux & les redevances seigneuriales »<sup>2243</sup>. Il s'attaque de même à la défense que l'on a pu faire de ces formes car on les traite comme des propriétés, ce à quoi l'auteur rétorque :

« Cela prouve combien nous comprenons peu le sens des mots, dont nous nous servons journallement. La plus sacrée des propriétés, la seule même véritable, est celle de notre personne & de notre liberté. Ceux-là seuls attendent à la propriété, qui l'attaquent dans ses droits les plus sacrés ; qui anéantissant cette liberté naturelle qui appartient à tous les hommes, pour l'intérêt particulier de quelques individus, en dévouent des milliers d'autres à la misère & à l'oppression »<sup>2244</sup>

De manière générale, la critique de Charles Loyseau persiste tout en étant progressivement reformulée. André-Jean Boucher d'Argis l'énonce – les justices seigneuriales sont une usurpation – mais il change les fondements de la critique : face aux motifs justifiant la permanence des justices seigneuriales, l'auteur avance qu'« il n'est pas moins vrai que toute justice émane du Roi, qui est investi du droit de Justice universelle, ou *plutôt chargé par le pacte social, & qui n'a jamais pu aliéner à perpétuité un droit de souveraineté [...]* dont il n'était que le dépositaire »<sup>2245</sup>. À la

---

de bosquets voluptueux, de gazons stériles, & autour de ces lieux enchanteurs s'élèvent de vieilles mesures, dont les habitants gémissent dans la plus grande misère » (p. 36-37).

<sup>2241</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>2242</sup> « Il n'y a pas jusqu'à un capitaine des chasses, qui n'ait une juridiction à lui pour connaître des délits qui se commettent dans l'étendue du terrain confié à sa garde ». *Ibid.*, p. 250.

<sup>2243</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les Révolutions du droit françois...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>2244</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

<sup>2245</sup> BOUCHER D'ARGIS, André-Jean, *Cahier d'un magistrat du châtelet de Paris, sur les justices seigneuriales et l'administration de justice dans les campagnes*, Paris, Clousier-Le Boucher, 1789, p. 12 (nous soulignons).

veille de la Révolution, Antoine-Didier-Jean-Baptiste Challan (†1831)<sup>2246</sup> évoque ces mêmes fondements sans faire référence au régime monarchique : « L'administration de la justice [...] ne peut être établie, ni sur des droits usurpés, ni sur des erreurs consacrées par le temps : c'est dans la raison et dans le cœur des citoyens que l'on doit en chercher les principes »<sup>2247</sup>. La justice seigneuriale est incompatible avec les principes constitutifs de la société – la justice « doit être utile à tous, et ne blesser personne, si ce n'est ceux qui s'opposent au bonheur général » –, car « en unissant la justice au fief, [elle] devait être l'avantage du justiciable ; mais cet avantage ayant été négligé, leur titre devient incertain »<sup>2248</sup>. François-Jacques Ducellier (†1801)<sup>2249</sup> considère, lui, qu'il serait injuste de répartir les charges communes – l'impôt – de manière plus égalitaire, « et laisser subsister une injuste inégalité dans le partage du bénéfice des lois pour les campagnes », faisant référence à l'administration de la justice seigneuriale et à ses défaillances<sup>2250</sup>.

La critique des privilèges de juridiction des ecclésiastiques est similaire : Jérôme Pétion de Villeneuve affirme que « c'est un spectacle vraiment étrange, que de voir un corps dont le premier vœu est de ne s'occuper que des choses spirituelles, décider les affaires temporelles de la société »<sup>2251</sup>. L'avocat Pierre-François Mézard n'en dit pas moins lorsqu'il affirme que « le privilège de Cléricature ne mérite pas plus de faveur », et il se demande « pourquoi un laïque est-il obligé de suivre les Tribunaux Ecclésiastiques pour faire condamner un clerc à remplir des obligations purement civiles ? »<sup>2252</sup>. Si globalement les auteurs de la fin de l'Ancien Régime reconnaissent l'existence d'une juridiction spirituelle, ils refusent qu'elle puisse se mêler aux affaires du temporel.

S'agissant du sens passif des privilèges de juridiction, la dénonciation est autant théorique que concrète. Dans son *Essai sur les privilèges*<sup>2253</sup>, Sieyès décrit en filigrane la perception des auteurs du rationalisme de l'époque. Outre les conceptions de liberté

---

<sup>2246</sup> Sous l'Ancien Régime, il est procureur du roi au bailliage de Meulan (Yvelines) et devient après la Révolution procureur-syndic du département de Seine et Oise. Voir : *Galerie historique des contemporains, ou nouvelle biographie...*, Seconde édition, Tome III, Bruxelles, Wahlen et Cie., 1822, p. 285.

<sup>2247</sup> CHALLAN, Antoine-Didier-Jean-Baptiste, *Réflexions sur l'administration de justice, sur la formation de Tribunaux ordinaires et Municipaux, afin de rendre la Justice gratuite...*, Paris, Chez les marchands de nouveautés, 1789, p. 4.

<sup>2248</sup> *Ibid.*, p. 4-6.

<sup>2249</sup> Avocat au parlement de Paris et député du tiers-état aux États généraux de 1789 et à l'Assemblée constituante.

<sup>2250</sup> DUCCELLIER, François-Jacques, *Les fléaux de l'agriculture, causes de la disette des viandes, toujours augmentant, et de la disette des blés après une seule mauvaise récolte...*, [s.l.n.], 10 avril 1789, p. 99-100.

<sup>2251</sup> PETION DE VILLENEUVE, J., *Les lois civiles et l'administration de la justice, ramenées à un ordre simple et uniforme...*, *op. cit.*, p. 247.

<sup>2252</sup> MEZARD, P.-F., *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice...*, *op. cit.*, p. 71-72.

<sup>2253</sup> SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Essai sur les privilèges*, [s.l.n.], 1788.

et de loi semblables à celle des physiocrates, il esquisse une explication sous un angle psychologique : « Au moment où le Prince imprime à un citoyen le caractère de privilégié, il ouvre l'âme de ce citoyen à un intérêt particulier, & la ferme plus ou moins aux inspirations de l'intérêt commun »<sup>2254</sup>. Or pour Sieyès les privilèges sont sans rapport avec la richesse. L'inégalité de richesse n'est pas incompatible avec le sentiment de la liberté dont jouissent tous les hommes et cela quelle que soit leur position : « Si le riche paie plus de contributions, il offre plus de propriétés à protéger. Mais le denier du pauvre serait-il moins précieux ? son droit moins respectable ? & sa sécurité ne doit-elle pas reposer sous une protection au moins égale ? »<sup>2255</sup>.

Plus précisément, le privilège de juridiction est dénoncé à travers la critique des *committimus*. Linguet affirme que la plupart de ces dispositifs sont nés de la « faiblesse des Rois, ou de la tyrannie de leurs Ministres »<sup>2256</sup>. Il convient que certains ont pu être accordés avec sagesse, mais considère néanmoins que les *committimus* « choquent la raison, la Justice, & tous les droits connus parmi les hommes » parce qu'ils sont « une arme redoutable donnée à la richesse qui opprime, contre l'indigence opprimée »<sup>2257</sup>. Joseph Bernardi propage cette critique une vingtaine d'années après Linguet. S'opposant à Montesquieu, il considère que ces privilèges sont préjudiciables pour deux raisons : d'abord, plusieurs tribunaux sont susceptibles de connaître de la même matière cumulativement ; ensuite, les tribunaux du privilège sont « rarement à la portée de toutes les Parties » et que « ceux qui y assignent sont toujours des hommes riches & puissants ; ceux qui y sont assignés peuvent être des gens faibles & pauvres, hors d'état de fournir & à la dépense d'un long voyage & aux frais de justice ». Qui plus est, l'auteur affirme que « cela détruit nécessairement l'égalité qui doit régner dans la distribution de la justice »<sup>2258</sup>. Jérôme Pétion se réfère également au souci d'égalité qui touche la juridiction des Requêtes du Palais de l'hôtel : « Cette faveur accordée par nos Souverains à plusieurs de ses sujets ; est une prédilection. Lorsqu'il s'agit de la justice ;

---

<sup>2254</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

<sup>2255</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>2256</sup> LINGUET, S.-N.-H., *Nécessité d'une réforme dans l'administration de la justice et dans les lois civiles en France...*, p. 52-53.

<sup>2257</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>2258</sup> BERNARDI, J.-D.-E., *Essai sur les Révolutions du droit françois...*, *op. cit.*, p. 187-188 (nous soulignons). Bernardi continue sa diatribe avec quelques exemples infructueux : « Aussi a-t-on tenté plusieurs fois, en France, d'après les plaintes des États généraux, de réduire les *Committimus* à leur première institution. Les Chanceliers Briçonnet & Olivier les avaient fait interdire à tous autres Officiers de la Maison du Roi. Pour prévenir encore mieux l'abus que l'on faisait des *Committimus*, le chancelier de l'Hôpital fit supprimer toutes les Chambres des Requêtes, qu'on avait créés assez mal à propos, dans les Parlements de Province. Il ne laissa subsister que celle du Parlement de Paris, à cause de son antiquité. Mais toutes ces sages Ordonnances sont restées sans exécution » (p. 188-189).

il ne doit point y avoir de différence entre les sujets »<sup>2259</sup>. L'avocat Pierre-François Mézard est plus explicite dans ses critiques. Il affirme que les *committimus* « embarrassent la marche de la Justice, énervent les premières Juridictions, blessent le droit qu'à chaque individu de ne plaider que devant ses Juges naturels ; ils doivent donc être supprimés »<sup>2260</sup>. Ainsi, pour lui, les seuls privilèges qui doivent subsister sont ceux des Princes du sang et des Grands officiers de la couronne<sup>2261</sup>.

Ces critiques revêtent un vœu explicite : le souci d'égalité devant la loi. Chaillon de Joinville (†1807)<sup>2262</sup> le résume ainsi : « Lorsque toutes les distinctions de personnes & de biens seront détruites [...], on verra alors que *les formes judiciaires n'étaient qu'un labyrinthe ou l'on égarait le pauvre & le malheureux* »<sup>2263</sup>. Le poids de l'histoire et de la tradition demeure certes lourd mais les auteurs lui opposent avec vigueur la raison de l'individu. C'est à ce moment que les propositions de réforme de la justice se multiplient.

### ***B. Proposer une réformation entière de l'appareil judiciaire***

Les dernières années de la monarchie d'Ancien Régime se caractérisent par une abondance de propositions visant à reformer le système politique, fiscal, économique et, bien évidemment, judiciaire<sup>2264</sup>. Cependant, avant même l'échec de l'entreprise du chancelier Maupeou au début des années 1770, des projets de réforme pour

---

<sup>2259</sup> PETION DE VILLENEUVE, J., *Les lois civiles et l'administration de la justice, ramenées à un ordre simple et uniforme...*, op. cit., p. 246. Il accepte cependant quelques distinctions : « Que certains corps aient des statuts particuliers, que les membres de ces corps soient jugés par leurs Pairs, lorsqu'il s'élève des contestations relatives à l'observation ou à l'infraction de ces statuts : il n'y a rien là de contraire au bon ordre. Mais qu'une affaire ordinaire puisse être portée dans deux tribunaux différents à raison des personnes, qu'un citoyen ait la faculté de franchir deux degrés de juridiction, uniquement parce qu'il a telle charge, tel emploi, & qu'un autre n'ait pas cette liberté, parce qu'il est pauvre, qu'il n'est décoré d'aucun titre : cette distinction est une injustice manifeste » p. 246-247.

<sup>2260</sup> MEZARD, P.-F., *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice...*, op. cit., p. 71.

<sup>2261</sup> « Je supprimerais donc tous les committimus ; je ne ferais grâce, tout au plus, qu'aux privilèges des Princes du Sang & des grands Officiers de la Couronne. Ces privilèges dérivent, en quelque façon, du droit politique ; d'ailleurs, ce qui est rare ne peut tirer à conséquence ». *Ibid.*, p. 71.

<sup>2262</sup> Conseiller au parlement de Paris en 1752, puis maître des requêtes (en 1762), président du Grand Conseil (en 1768) et conseiller d'État. Il a fait partie de la commission royale envoyée pour le jugement du procureur du parlement de Bretagne La Chalotais. Défenseur de l'absolutisme, il ne rejoint pas moins dans son texte une idée d'égalité devant la loi.

<sup>2263</sup> CHAILLON DE JOINVILLE, Augustin-Jean-François, *La vérité dévoilée*, « Cosmopolis », Paris, Desray, 1789, p. 79-80 (nous soulignons).

<sup>2264</sup> Voir entre autres : BOTTIN, Michel, « Louis XVI et la réforme de l'Ancien Régime. 1774-1788. Essai d'interprétation », *Mémoire*, VI, 1987, p. 3-22, disponible sur : <http://www.michel-bottin.com/article.php?article=362&page=1> (consulté le 14 avril 2020) ; BRESSAN, Thierry, *Serfs et mainmortables en France au XVIII<sup>e</sup> siècle, la fin d'un archaïsme seigneurial*, Paris, L'Harmattan, 2007 ; *ID.*, « Un épisode important et méconnu du procès du régime seigneurial en France : l'édit d'août 1779 contre les survivances serviles », *HES*, 15<sup>e</sup> année, n° 4, p. 571-599 ; MONNIER, François, « La réforme impossible : Turgot et Necker », *La Revue administrative*, 59<sup>e</sup> année, No. 353 (septembre 2006) p. 456-463 ; PETITFILS, Jean-Christian, *Louis XVI*, Paris, Editions Perrin, 2015, p. 213-237 ; THUILLIER, Guy, *La réforme monétaire de 1785 : Calonne et la refonte des louis*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2005.

l'administration de la justice voient le jour. Voltaire est l'un des premiers à faire des propositions en ce sens, en s'appuyant notamment sur les outils conceptuels fournis par l'ouvrage de Beccaria<sup>2265</sup>. Les propositions de réforme portent davantage sur la procédure criminelle extraordinaire, bête noire des philosophes et juristes réformateurs. Elles concernent également l'ensemble de l'administration de justice dans ses aspects les plus critiqués, tels que la permanence des justices seigneuriales ou la vénalité des offices et charges de justice. La royauté elle-même engage à la fin de l'Ancien Régime quelques réformes de l'administration de justice. Celles-ci portent sur l'organisation judiciaire : la suppression des tribunaux d'exception, l'instauration des grands bailliages, la réduction du nombre d'offices dans le parlement de Paris, ou encore la création d'une cour plénière pour l'enregistrement des lettres patentes<sup>2266</sup>. Elles traitent également de la procédure criminelle : abolition de l'interrogatoire sur la sellette, interdiction aux juges de prononcer « pour les cas résultant du procès », la nécessité d'une majorité de trois voix pour les peines de mort, les sentences de peine de mort ne peuvent être exécutées qu'un mois après le jugement, l'abolition de la question préparatoire, entre autres<sup>2267</sup>. Malgré l'échec de la réforme du garde des sceaux Chrétien-François de Lamoignon, on peut constater que les critiques issues du « rationalisme » de l'époque et provenant du cercle proche du pouvoir royal sont entendues. Certains exemples sont représentatifs de la variété de propositions, desquelles il ressort cependant un point commun : le souci de modifier la justice sur un fondement ontologique nouveau, l'égalité issue de la liberté individuelle.

Antoine-Nicolas Servin (†1811)<sup>2268</sup> propose un nouveau plan d'organisation de la justice criminelle<sup>2269</sup>. Il s'oppose à l'instruction menée par un seul juge et à celle menée par trois juges réunis dans le tribunal qui jugera l'affaire, prônant ainsi la distinction des fonctions existant alors en Angleterre. La notion de *pair* est détournée de son sens féodal (et commun pour l'époque) car elle fait référence à l'égalité entre les citoyens. Cette égalité est au fondement du processus d'élection des juges pour les

---

<sup>2265</sup> GROFFIER, Ethel, *Criez et qu'on crie ! Voltaire et la justice pénale*, Laval, Presses Universitaires de Laval, 2011. Voir aussi : AUDEGEAN, Philippe, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 ; *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1994*, Michel Porret (dir.), Genève, Droz, 1997.

<sup>2266</sup> MARION, Marcel, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905.

<sup>2267</sup> BOTTIN, Michel, « La réforme de l'Ordonnance criminelle de 1670 devant le parlement de Paris au printemps 1788 », *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Bernardini*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 19-34.

<sup>2268</sup> Juriste, historien et avocat au parlement de Rouen.

<sup>2269</sup> SERVIN, Antoine-Nicolas, *De la législation criminelle. Mémoire fini en 1778, envoyé à la Société Economique de Berne en 1779, & retiré du Concours en Janvier de l'année présente 1782*, Basle, Schweighauser, 1782, Livre III, p. 349 et ss.

délits et crimes ordinaires, alors que pour les cas extraordinaires – Servin se réfère aux cas militaires, de commerce ou du « droit des gens » – la notion de pair implique essentiellement la connaissance de la matière. La fonction des juges ne doit pas être exercée à perpétuité. Les jugements doivent se faire « en habits ordinaires & en présence de tout le peuple, qui serait témoin de tous les actes de la procédure »<sup>2270</sup>. Sur les formalités de l’instruction, il analyse les dénonciations – plaintes privées et publiques –, les moyens de découvrir les coupables, les emprisonnements et les cautions, les interrogatoires, les témoignages, les déclarations extrajudiciaires, les procès-verbaux, et la justification des faits et en droit de l’accusé<sup>2271</sup>. Concernant les formalités postérieures à l’instruction, il évoque les décisions (formalités des condamnations, suite des absolutions ou des décisions de réserve), le principe du *non bis in idem* et les appellations<sup>2272</sup>.

François-Michel Vermeil (†1810)<sup>2273</sup> s’attarde aussi sur la procédure criminelle, en la comparant avec celle de l’Angleterre<sup>2274</sup>. Il analyse les dénonciations, la réception des plaintes, les informations qui doivent être réalisées par trois officiers – un juge et deux gradués, acceptant même la compétence des juridictions seigneuriales pour ce faire –, les décrets, les prisons, les interrogatoires, la civilisation des procès et des règlements à l’extraordinaire, les reproches, les récolements et confrontations, les preuves et indices, les faits justificatifs et les exemptions péremptoires, les jugements de première instance ainsi que les appels et les jugements définitifs, la pluralité nécessaire pour condamner à un accusé, l’exécution des jugements souverains et, finalement, la contumace<sup>2275</sup>.

L’exposé des abus dans la procédure et l’organisation judiciaires ainsi que les propositions de réforme de Jérôme Pétion méritent une attention particulière en raison de leur clarté<sup>2276</sup>. D’abord, il distingue les abus relatifs à la procédure et ceux relatifs à l’organisation judiciaire – les Tribunaux. Concernant la procédure, il divise les abus en

---

<sup>2270</sup> *Ibid.*, Livre III, Article premier, § III, p. 362-366.

<sup>2271</sup> *Ibid.*, Livre III, Article second, p. 366-417.

<sup>2272</sup> *Ibid.*, Livre III, Article troisième, p. 417-429.

<sup>2273</sup> *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 1001.

<sup>2274</sup> VERMEIL, François-Michel, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Paris, Demonville, 1781.

<sup>2275</sup> VERMEIL, F.-M., *Essai sur les réformes...*, *op. cit.*, *passim*. Les dénonciations sont dans les p. 176-180 ; l’information, p. 181-185 ; les décrets, p. 186-190 ; les prisons, p. 191-193 ; l’interrogatoire, p. 194-200 ; la civilisation et les procès extraordinaires, p. 201-206 ; les reproches, récolements et confrontations, p. 207-213 ; les preuves et indices, p. 214-217 ; les faits justificatifs et les exceptions péremptoires, p. 218-226 ; les jugements en première instance, p. 227-231 ; l’appel, p. 232-237 ; la nécessité de pluralité dans les suffrages pour la condamnation, p. 238-241 ; l’exécution des jugements, 242-246 ; la contumace, p. 247-251.

<sup>2276</sup> PETION DE VILLENEUVE, J., *Les lois civiles et l’administration de la justice, ramenées à un ordre simple et uniforme...*, *op. cit.*, p. 201 et ss.

deux classes : les « Défauts de célérité dans l'expédition des affaires » et « l'énormité des frais »<sup>2277</sup>. Pour les premiers, plusieurs propositions sont faites : les critères pour les délais de comparution, les conséquences de la non-comparution, la responsabilité des procureurs lors des contumaces, la fixation des délais entre les actes de la procédure et les pièces d'écritures, l'interdiction de rémission des causes appelées à tour de rôle et nécessité de motivation des décisions de rémission des juges, les délais pour les rapports des affaires en état de jugement et la restriction des exceptions, la défense aux agents de justice de recevoir de l'argent avant la fin de l'affaire (pour les contraindre à accélérer les procédures) ou encore le délai d'un mois pour les appels<sup>2278</sup>. Pour la réduction des frais de justice, l'auteur fait aussi plusieurs propositions : tous les frais occasionnés doivent être supportés par la partie qui les occasionne (exceptions, incidents ou moyens quelconques), les dépenses ne peuvent pas être compensées ni par la parenté ni par la nature des affaires, les moyens des parties doivent suivre une marche régulière – d'abord les exceptions déclinatoires, ensuite les moyens de nullité, puis les exceptions dilatoires et enfin les péremptoires – sans pouvoir changer cet ordre, les frais des procédures vicieuses doivent tomber sur celui qui aura dirigé la procédure (visant les procureurs), l'ensemble des parties ayant les mêmes intérêts dans une affaire doivent avoir un seul procureur, les pièces signifiées par les parties doivent contenir des faits liés à leurs intérêts dans l'affaire, les procureurs sont défendus de certains agissements, l'auteur donne quelques critères pour réduire les pièces d'écriture et leur coût ainsi que les actes de la procédure, l'abolition du « droit honteux & abusif » de révision des pièces d'écritures d'avocat, l'interdiction des épices des juges et défense à tous les secrétaires « de recevoir la moindre chose des parties, sous les peines les plus infamantes », les sentences et arrêts doivent être synthétiques, ne contenant seulement qu'un « simple exposé des conclusions prises par les parties & des actes qui auront fait la base du jugement »<sup>2279</sup>.

Concernant l'organisation des tribunaux<sup>2280</sup>, l'auteur propose d'anéantir les justices seigneuriales, d'établir trois degrés de juridiction<sup>2281</sup>, de déterminer un ressort

---

<sup>2277</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>2278</sup> *Ibid.*, p. 211-214.

<sup>2279</sup> *Ibid.*, p. 225-231.

<sup>2280</sup> *Ibid.*, p. 253 et ss.

<sup>2281</sup> Il s'oppose aux propositions de certains auteurs : « Il est des auteurs qui pensent que chaque tribunal devrait être souverain dans son district ; & juger en dernier ressort toutes les affaires. Ce système entraînerait beaucoup d'inconvénients. Un tribunal est sujet à se tromper, & il est juste qu'une partie condamnée ait la liberté, la consolation de déposer ses plaintes devant d'autres juges. Il ne suffit pas que la justice soit rendue : *il faut de plus que le citoyen soit convaincu qu'on a pris les*

des tribunaux équivalant à « quatre lieues ou environ » et de leur attacher quatre juges, de composer les tribunaux de second ordre de douze juges ayant la compétence sur six ou sept tribunaux inférieurs, d'instituer les tribunaux suprêmes dans chaque province et de les composer de quarante juges. En outre, il précise certaines règles pour la détermination des compétences. Il affirme qu'il n'y aura pas d'affaires « plus particulièrement dévolues aux tribunaux supérieurs qu'aux inférieurs »<sup>2282</sup>, que le recours au tribunal suprême aura lieu seulement lorsque les deux premiers sont d'avis opposés, que les requêtes du palais et de l'hôtel doivent être anéanties, que les officialités doivent exclusivement traiter des matières de « foi, dogme & discipline » et enfin, que les tribunaux d'attribution doivent être réunis aux tribunaux ordinaires<sup>2283</sup>. À ces propositions on doit rajouter celles concernant les officiers de justice : l'abolition de la vénalité et les conditions d'entrée à la fonction de juge, mesure s'appliquant également aux gens du roi et aux auxiliaires de justice (avocats, procureurs, notaires, greffiers, huissiers et secrétaires)<sup>2284</sup>.

Gérard de Lally-Tollendal (†1830) propose aussi quelques réformes, lui qui a vu son père condamné à mort par le parlement de Paris. Dans son essai<sup>2285</sup> on trouve l'influence de la jurisprudence anglaise, ainsi que des législations de Prusse, de Russie et d'Autriche<sup>2286</sup>. Il propose des modifications précises à la procédure criminelle : premièrement, les cours souveraines devraient être les seuls tribunaux compétents pour les cas susceptibles de peine afflictive, infamante ou capitale, ce qui suppose l'interdiction aux prévôts ; deuxièmement, les jugements souverains doivent être rendus par dix juges *a minima*, et, dans les cas de condamnation, il est nécessaire « une pluralité de quatre voix » ; troisièmement, les cours souveraines doivent avoir un magistrat qui donne conseil aux accusés, et qui « réclamerait en leur faveur l'exécution de l'ordonnance, dénoncerait au ministère public les prévarications des Juges subalternes, & suivrait contre eux les prises à parties », entre autres fonctions<sup>2287</sup> ;

---

*précautions les plus sages pour la lui rendre [...]. D'autres publicistes soutiennent, que deux degrés de juridiction suffiraient. Ils sont également dans l'erreur. Que le premier tribunal embrasse une opinion qui se trouve contredite par le second : qui est-ce qui fera pencher la balance, la partie qui aurait triomphé dans le premier tribunal ne serait-elle pas en droit de se plaindre de la défaite qu'elle éprouverait dans le second ? Trois degrés de juridiction nous paraissent donc devoir former l'ordre le plus beau, le plus régulier & le moins sujet à abus ». *Ibid.*, p. 257-258 (nous soulignons).*

<sup>2282</sup> Article 6, *ibid.*, p. 259.

<sup>2283</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>2284</sup> *Ibid.*, p. 270-314.

<sup>2285</sup> LALLY-TOLLENDAL, Gérard de, *Essai sur quelques changemens qu'on pourroit faire dès-à-présent dans les loix criminelles de France. Par un honnête homme, qui depuis qu'il connoît ces loix, n'est pas bien sûr de n'être pas pendu un jour*, Paris, [s.n.], 1786.

<sup>2286</sup> *Ibid.*, p. 4-5.

<sup>2287</sup> *Ibid.*, p. 7-13.

quatrièmement, la procédure doit admettre que l'accusé puisse apporter la preuve des faits justificatifs à tout moment du procès ; cinquièmement, elle doit également permettre de faire entendre les témoins proposés par le conseil légal donné à l'accusé s'il fait la demande, et ce dernier peut présenter de nouveaux moyens de reproche « contre les témoins qui l'auraient chargé » ; sixièmement, les témoins qui se rétractent avant l'exécution du jugement ne peuvent pas être accusés de faux témoignage ; septièmement, le « plus amplement informé » ne peut être prononcé que pour un an et prorogé six mois maximum ; huitièmement, les accusés enfermés durant deux ans en prison sans être jugés en dernier ressort doivent être relâchés ; neuvièmement, la liberté de tout homme de publier de documents en faveur des accusés – la référence aux mémoires judiciaires n'est pas explicite mais il s'agit bien de cela<sup>2288</sup>. À ces propositions sur la procédure s'ajoutent quelques modifications du « code pénal »<sup>2289</sup> ; et de l'exécution des jugements<sup>2290</sup>.

Pour Antoine Challan, la réforme<sup>2291</sup> doit d'abord envisager l'abolition des justices seigneuriales. Il propose deux degrés de juridiction : bailliages et cours souveraines. Il écarte donc les présidiaux car ils excitent « la jalousie des sièges dont les affaires [d'appel] y sont portées », et ils « s'exposent à l'animadversion de la cour supérieure, par [leur] esprit d'indépendance »<sup>2292</sup>. À côté des tribunaux, il propose « des jurisconsultes qui puissent prêter leur ministère aux personnes instruites », et « d'y joindre des citoyens notables, qui deviendraient juges du fait ». Ces élus « auraient une espèce de juridiction gratuite et conservatoire, afin de constater d'une manière positive les délits qui pourraient se commettre, aussitôt qu'ils en seraient informés »<sup>2293</sup>. Ils doivent être appelés après l'instruction criminelle pour rendre un jugement sur les faits. En matière civile, ils peuvent réaliser certains actes de la procédure et dans les cas litigieux être juges conciliateurs<sup>2294</sup>. En matière de police, ils peuvent connaître des contraventions dans leur détroit et, le cas échéant, transmettre l'affaire au magistrat accusateur « qui ferait prononcer la condamnation suivant la nature du délit »<sup>2295</sup>.

---

<sup>2288</sup> *Ibid.*, p. 14-28.

<sup>2289</sup> La peine de mort doit s'appliquer exclusivement pour les homicides ; les deux supplices capitaux qui doivent être conservés sont la tête tranchée et la corde ; la torture doit être absolument proscrite ; la peine de mort pour les vols et les autres crimes punis de mort, sera remplacée pour les galères pour les hommes et la réclusion pour les femmes ; les accusations de blasphème, sacrilège, magie, hérésie, etc., ne seront plus reçues. *Ibid.*, p. 28-34.

<sup>2290</sup> *Ibid.*, p. 39-48.

<sup>2291</sup> CHALLAN, A.-D.-J.-B., *Réflexions sur l'administration de justice, sur la formation de Tribunaux ordinaires et Municipaux...*, op. cit.

<sup>2292</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2293</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>2294</sup> *Ibid.*, p. 35-36.

<sup>2295</sup> *Ibid.*, p. 36.

L'accusé doit profiter par ailleurs du conseil d'un avocat dès le début du procès et les sentences d'appel ne doivent pas aggraver les peines. En creux, pour l'auteur, l'idée d'une séparation fonctionnelle des pouvoirs place de surcroît le juge comme protecteur des libertés face à la fonction de police. Elle illustre la « défiance » individuelle à l'encontre du système, laquelle est inhérente à l'idée du droit au procès<sup>2296</sup>. Enfin, on peut constater, en matière de police, une tendance à la décentralisation<sup>2297</sup>.

Un dernier exemple, plus synthétique, est celui de François-Jacques Ducellier, qui fait des propositions similaires<sup>2298</sup> : l'instauration de deux instances ; l'institution des bailliages en première instance « composés de quinze à vingt paroisses seulement », ayant droit d'appel direct à la cour souveraine et de juger sans appel jusqu'à une certaine somme pour certaines matières<sup>2299</sup> ; l'octroi du pouvoir de police aux officiers de la municipalité et, dans les cas de contravention, l'obligation d'information au procureur du bailliage ; la tenue des assises des baillis ou de leurs lieutenants au moins deux fois par an pour « entendre les plaintes, les réclamations, et juger toutes les demandes de peu d'importance *sommairement, sans ministère d'huissier* ni de procureur », et sans frais, sauf exceptions<sup>2300</sup> ; fixer les gages des juges, sans qu'ils puissent recevoir ni épices ni vacations pour leurs jugements ; charger les provinces du paiement de ces gages ; donner aux municipalités « le droit de nommer les juges de ces petit bailliages, et ce, par délibération, à la pluralité des voix »<sup>2301</sup>.

Ces quelques exemples de propositions de réforme de l'administration de justice illustrent le souci d'uniformité que seule la loi doit pouvoir garantir. Ces suggestions de réforme ne sont pas pourtant majoritaires et, bien évidemment, ne vont pas toutes dans le même sens. Certains se limitent à présenter les principes de la justice sans détailler les propositions, comme c'est le cas de la brochure *Éclaircissements sur les*

---

<sup>2296</sup> « Il faut distribuer leurs fonctions de façon que dans aucun cas ils ne puissent agir seuls, qu'ils ne puissent jamais faire autre chose que d'être juges ; afin que, s'ils s'étaient immiscés à faire d'autre fonctions que celles qu'ils doivent remplir, ils soient forcés de s'abstenir de prononcer sur l'objet qu'ils auraient discuté sous un autre titre, car, quel qu'il soit, il est une source de vexations. En matière de police, par exemple, si le juge peut se transporter, dresser des procès-verbaux de contravention, et sur le champ prononcer une amende sans déport, il s'ensuit que le magistrat de police devient juge et partie. Il serait donc plus régulier, et il y aurait bien moins d'inconvénients, de retarder le jugement, et d'obliger le juge à rapporter son procès-verbal à la compagnie, pour y être prononcé sur la plainte du magistrat accusateur, ou de la partie civile ; car sans un de ces deux cas, il ne doit pas lui être libre d'agir ni de faire aucune instruction d'office ; parce qu'impassible comme la loi, il ne peut ni ne doit, comme le magistrat accusateur ou comme la partie, faire les démarches préliminaires à l'instruction. S'il s'en permet, ou il est presque toujours trompé, où il fait soupçonner sa délicatesse. On lui suppose un dessein secret, qui n'est peut-être que le désir d'accélérer une instruction que son zèle semble provoquer [...] ». *Ibid.*, p. 28-29. Sur le caractère délibéré flou de la notion de police, voir : NAPOLI, Paolo, « "Police" : La conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime ». *Droits*, n° 20, 1995, p. 183-196.

<sup>2297</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>2298</sup> DUCCELLIER, F.-J., *Les fléaux de l'agriculture, causes de la disette des viandes...*, *op. cit.*

<sup>2299</sup> *Ibid.*, p. 100-101.

<sup>2300</sup> *Ibid.*, p. 101-102.

<sup>2301</sup> *Ibid.*, p. 102.

*questions les plus importantes de notre droit public... de 1789*<sup>2302</sup> ; d'autres, traitent principalement un aspect, comme les *Observations... de Louis-Augustin Legrand de Laleu* (†1819)<sup>2303</sup> qui se focalise sur l'égalité d'accès au conseil d'un avocat<sup>2304</sup>. Or les propositions de réforme montrent que l'individu est désormais indispensable dans l'élaboration et l'application de la procédure, ce qui aura un effet important dans les dispositifs « officiels » que la monarchie mettra en place à l'aube de la Révolution.

## Section 2. L'expression « officielle » du droit au procès

À la veille de la Révolution, le bouillonnement intellectuel est à son comble. Ces illustrent les contrastes et les oppositions entre des conceptions du droit qui s'affirment comme « rationalistes » et d'autres, plus traditionnelles ; entre les libertés conçues comme propriétés individuelles et les libertés statutaires issues de la société trifonctionnelle ; entre les partisans d'une séparation constitutionnelle des fonctions dans l'État et les tenants de la monarchie absolue. La royauté, pour sa part, cherche à relégitimer le système politique d'abord avec l'assemblée de notables de 1787 et ensuite avec la convocation des États généraux.

Les discours politico-juridiques, voire philosophiques, des Lumières trouvent désormais un canal « officiel » pour être discutés. Certes, avant 1789, quelques responsables – l'on songe principalement à Turgot – ont entamé des réformes sur le fondement de ces idées nouvelles. Néanmoins, concernant les procédures d'élaboration des normes ou d'application dans l'administration de la justice, les réformes ont toutes échoué. De plus, en contraste avec l'origine ministérielle des réformes d'avant 1789, la convocation des États généraux et ses suites ont des fondements politiques différents car c'est bien le « peuple » ou la « nation » qui s'érige en corps politique par

---

<sup>2302</sup> « XXI. Qu'aucun Français ne puisse être privé de sa liberté ni de ses propriétés, qu'il ne puisse être contraint de faire aucun acte de religion, ni profession contraire à sa croyance [...]. XXIV. Que les lois criminelles soient exécutées sans qu'elles puissent être interprétées ; que, dans leur obscurité ou leur silence, le tribunal s'adresse au roi, & qu'il en attende l'interprétation [...]. XXV. Qu'aucun jugement de rapport ou autre ne puisse être rendu à huis clos mais toujours en présence des parties ou de leurs avocats. XXVI. Que chaque juge dise hautement & publiquement son avis & sa décision [...]. XXVIII. Qu'il n'y ait aucune justice qui ne soit composée d'au moins quinze juges. XXIX. Qu'il n'y ait aucune justice qui ait au-delà de cent cinquante mille justiciables & aucune qui n'en, ait au moins soixante-dix mille [...] ». *Eclaircissements sur les questions les plus importantes de notre droit public, Nécessaires pour résoudre les difficultés auxquelles peut donner lieu la discussion des cahiers présentés aux États-généraux*, [s.l.n.], 1789, p. 43 et ss.

<sup>2303</sup> Parfois écrit Louis-Augustin, il est un avocat picard qui participe à la consultation signée pour le *Mémoire justificatif* de Dupaty.

<sup>2304</sup> LEGRAND DE LALEU, Louis-Auguste, *Observations concernant quelques modifications importantes, dont l'Ordonnance Criminelle paroît dès-à-présent susceptible*, En France, [s.n.], 1788.

excellence, ramenant le roi à la place d'agent du gouvernement plus que de « maître » du corps politique<sup>2305</sup>.

Si l'expression du « droit au procès équitable » n'apparaît jamais dans les sources de l'époque révolutionnaire, l'idée est pourtant présente. En effet, le droit au procès en tant que « faisceau de plusieurs principes »<sup>2306</sup> nécessite que ces derniers soient effectivement énoncés. En ce sens, l'expression de ces principes s'esquisse de prime abord dans les dispositifs issus de la convocation royale aux États généraux : les cahiers de doléances et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (§1). Enfin, le « faisceau » de principes s'officialise dans la normativité révolutionnaire (§2).

### ***§1. Des doléances sur la procédure à la déclaration des droits sur le procès***

La convocation des États généraux en 1788 donne lieu à une source documentaire qui témoigne de la diversité de la France d'Ancien Régime : les cahiers de doléances expriment la pluralité des demandes relatives à la procédure (A). À l'inverse, les débats de l'Assemblée nationale concernant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen déploient des arguments universalistes – et de surcroît jusnaturalistes – sous-jacents à l'idée d'un « droit subjectif aux formes juridiques » (B).

#### ***A. La pluralité : les doléances relatives à la procédure***

Les études sur les cahiers de doléances des États généraux de 1789 indiquent que les éléments « révolutionnaires » y sont peu nombreux. George Taylor parvient à cette conclusion en établissant une classification des doléances. Selon lui, les cahiers des doléances des villes, et principalement ceux de la ville de Paris, exprimaient une opinion publique plus « extrémiste » relativement à ceux des assemblées locales des

---

<sup>2305</sup> Voir *supra*, chapitre 7, section 1, §1-A. Voir également : CHIANEA, Gérard, « Droit divin et droit de l'homme : deux fondements différents pour une même légitimation de l'État », *JDCP*, volume 5, 1999, p. 11-22, disponible sur : <https://www.wgtn.ac.nz/law/research/publications/about-nzaci/publications/cljppjdcj-journals/volume-5,-1999/Chianea.pdf> (consulté le 16 mai 2020).

<sup>2306</sup> L'expression est de Jean Carbonnier. CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. Introduction*, Volume I, Paris, PUF, 2004, p. 370.

paroisses et des campagnes<sup>2307</sup>. Nous allons donc nous focaliser sur les cahiers de doléances du tiers-état des bailliages et sénéchaussées des villes<sup>2308</sup> pour mettre en évidence les demandes relatives tant à la procédure d'élaboration des normes qu'à la procédure judiciaire.

### *i. La procédure législative*

De manière générale, les cahiers de doléances analysés font référence à la procédure législative dans les intitulés « constitution », « législation » ou « administration ». La question sous-jacente porte sur le rôle des États généraux en tant qu'assemblée consultative ou délibérative de la monarchie. Les termes pour décrire le rôle des États généraux dans l'élaboration des lois ne sont pas univoques : certains cahiers considèrent que ce pouvoir réside uniquement dans l'assemblée générale de la nation, laquelle est formée par les représentants librement choisis par elle selon les formes prescrites par les États généraux<sup>2309</sup> ; d'autres évoquent plutôt le consentement préalable des États généraux, ou bien le « concours » nécessaire entre les États généraux et le roi pour faire les lois – comme par exemple la proposition, le consentement des États et la sanction royale<sup>2310</sup> ; la maxime *lex consensu populi fit et constitutione Regis* apparaît également dans le cahier du bailliage d'Alençon et dans celui du bailliage d'Orléans<sup>2311</sup>. Parfois, il est sous-entendu que ce pouvoir appartient aux États généraux, comme dans l'article 16 du cahier de la Sénéchaussée d'Anjou :

---

<sup>2307</sup> TAYLOR, George V., « Les cahiers de 1789 : éléments révolutionnaires et non révolutionnaires », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 28<sup>e</sup> année, N. 6, 1976, p. 1495-1514. Voir les catégories selon le « degré de conscience révolutionnaire » proposées –1 étant peu de conscience, 4 étant beaucoup de conscience – (p. 1499).

<sup>2308</sup> Concrètement, il s'agit des 23 cahiers suivants : les Sénéchaussées d'Anjou, d'Aix-en-Provence, de Bordeaux, de Clermont-Ferrand, de La Rochelle, de Marseille, de Montpellier, de Nantes, de Toulouse, de Rennes. Les Bailliages d'Alençon, d'Amiens, de Besançon, de Caen, de Dijon, de Metz, de Reims, de Rouen, d'Orléans. La gouvernance de Lille, la ville de Lyon, la prévôté et vicomté de Paris hors les murs et de la ville de Paris intramuros. La plupart de ces cahiers peuvent être classifiées dans les grilles 3 et 4 proposées par George Taylor (voir la note de bas de page précédente). Nous avons écarté les cahiers du clergé et de la noblesse car ce sont les ordres privilégiés de l'organisation sociale de l'Ancien Régime ; notre démonstration s'intéresse justement au discours égalitaire qui est colporté davantage par les roturiers et bourgeois. Concernant la référence des sources, nous avons consulté les Archives parlementaires de la Révolution française, pour la commodité de la lecture nous allons référer dans les pages suivantes seulement le cahier avec le Tome, la page, et l'article ou le paragraphe le cas échéant. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799) sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879. L'ensemble de la collection est disponible sur : <https://www.persee.fr/collection/arcpa> (consulté le 16 avril 2020).

<sup>2309</sup> Voir par exemple : cahier du tiers-état de la sénéchaussée d'Anjou, rédigé dans l'assemblée générale d'Angers, du 19 mars 1789 (Tome II, p. 38, art. 1) ;

<sup>2310</sup> Cahier du tiers-état de la sénéchaussée d'Aix, du 2 avril 1789 (Tome I, p. 695, §1)

<sup>2311</sup> Le cahier du tiers-état du bailliage d'Alençon [s.d.] n'évoque pas explicitement le pouvoir législatif, il réfère seulement qu'« au roi seul appartient la souveraine puissance pour gouverner d'après les lois suivant la maxime fondamentale, *lex fit consensu* [...] » (Tome I, p. 716, art. 1). Le cahier d'Orléans du 20 mars 1789 affirme que « les lois ne peuvent être faites que par l'autorité du Roi, sur sa demande et du consentement de la nation assemblée, sans qu'aucun autre corps puisse prétendre avoir la moindre part au pouvoir législatif » (Tome VI, p. 659, art. 3).

« Les lois faites par les États généraux seront promulguées... »<sup>2312</sup>. Le cahier du bailliage de Caen insiste sur le libre consentement des États généraux et sur le fait que la publication doit être faite « eux séant ». Le cahier du bailliage de Dijon a une proposition similaire : les lois demandées ou consenties par l'assemblée doivent être sanctionnées par le roi et promulguées dans la même assemblée<sup>2313</sup>. À l'inverse, le cahier de la sénéchaussée de La Rochelle ne fait aucune référence explicite à la procédure législative, se contentant d'évoquer le consentement des États généraux relatifs aux impôts et aux privilèges de commerce. Celui de la gouvernance de Lille n'évoque pas non plus la procédure législative ; de même que le cahier de la sénéchaussée de Marseille<sup>2314</sup>. Certains cahiers comme celui de Besançon songent également à une législation provinciale qui doit être consentie par les États provinciaux<sup>2315</sup>.

Dans un registre plus rousseauiste, les cahiers de Paris – de la prévôté et vicomté hors murs, ainsi que de la ville intramuros – évoquent tous les deux la « volonté générale » qui fait la loi, laquelle appartient à la nation<sup>2316</sup>. Celui de Paris intramuros refuse la division par ordres : « en attendant l'union si désirable des citoyens de toutes les classes en une représentation et délibération commune et générale, les citoyens du tiers-état auront au moins la moitié des représentants »<sup>2317</sup>. La majorité des cahiers du tiers ordre étudiés partagent par ailleurs ces vœux.

Certains cahiers, comme celui de la sénéchaussée de Bordeaux, incluent un critère temporel à la procédure pour légiférer sur les « matières importantes et principalement sur celles qui sont relatives à la constitution » : que « ce ne soit qu'à la troisième délibération prise à jours successif, que le résultat des opinions puisse être

---

<sup>2312</sup> Tome II, p. 39, art. 16.

<sup>2313</sup> Cahier du tiers-état du bailliage de Caen, 21 mars 1789 (Tome II, p. 492, art. 2) ; cahier du tiers-état du bailliage de Dijon, 31 mars-4avril 1789 (Tome III, p. 130, art. 8 n°1).

<sup>2314</sup> Le cahier du tiers-état de la sénéchaussée, de la ville et du gouvernement de La Rochelle [s.d.] évoque à maintes reprises le consentement lorsqu'il s'agit des impôts ou des finances mais nulle part explicitement le pouvoir général de faire les lois (Tome III, p. ex. p. 479 art. 5 et 10 ; p. 481, art. 42). Le cahier du tiers-état de la ville de Lille du 21 mars 1789 réfère seulement le consentement à l'impôt et eux emprunts (Tome III, p. 533, art. 6). Le cahier du tiers-état de la ville de Marseille, du 30 mars-1 avril 1789, mentionne seulement le consentement à l'impôt (Tome III, p. 702, art. 5 et 9).

<sup>2315</sup> Cahier du tiers-état du bailliage de Besançon du 27 mars 1789 : « Les lois générales du royaume ne pourront être établies que du consentement de la nation assemblée en États généraux, et quant aux lois particulières aux provinces, elles ne pourront être portées que du consentement des états provinciaux » (Tome II, p. 337, art. 3).

<sup>2316</sup> Cahiers du tiers-état de la prévôté et vicomté de Paris hors les murs, 29 avril 1789 : « Le pouvoir législatif appartient à la nation, et la loi ne peut se faire que par la volonté générale, sanctionnée par le Roi » (Tome V, p. 239, Section III, art. 2). Cahier du tiers-état de la ville de Paris [s.d.] : La volonté générale fait la loi ; la force publique en assure l'exécution (Tome V, p. 281).

<sup>2317</sup> Cahier du tiers-état de la ville de Paris (Tome V, p. 282).

définitivement arrêté »<sup>2318</sup>. De même, il évoque les règlements « de simple administration » qui sont à la charge du Conseil du roi mais qui sont soumis à la révision ultérieure des États généraux<sup>2319</sup>. Le cahier du bailliage de Metz se réfère également à cette compétence complémentaire de « ratification » des États : pendant leur absence, le roi peut faire des ordonnances qui seront provisoirement inscrites sur les registres des cours « mais n'auront force [de loi] que jusqu'à la prochaine tenue de l'Assemblée Nationale, et ne pourront devenir lois permanentes et perpétuelles, qu'après avoir été ratifiées dans le sein de cette assemblée »<sup>2320</sup>. En outre, le cahier de la sénéchaussée de Montpellier propose que les lois portent dans le préambule les mots « de l'avis et consentement des gens des trois États du royaume »<sup>2321</sup>.

Le droit de vérification et d'enregistrement n'est pas non plus partagé unanimement : la plupart des cahiers demandent la publication et l'enregistrement dans les cours souveraines<sup>2322</sup>, d'autres laissant aux États généraux le soin de déterminer « la forme du dépôt et de la promulgation des lois »<sup>2323</sup>. Le cahier de la sénéchaussée de Bordeaux limite surtout la participation des cours souveraines à la publication et à l'enregistrement, sans qu'elles puissent apporter des modifications ou des délais, limitation qui est répétée dans plusieurs cahiers comme ceux d'Alençon, Montpellier, Metz, Nantes, Reims, Rouen ou Orléans<sup>2324</sup>.

---

<sup>2318</sup> Cahiers du tiers-état de la sénéchaussée de Guyenne [s.d.] (Tome II, p. 397). Le cahier du tiers-état de la ville de Lyon du 29 mars 1789 a la même proposition : « Que les délibérations prises à la pluralité ne deviennent définitives qu'après la troisième séance qui suivra celle où elles auront été prises » (Tome III, p. 616). Celui de Paris réfère deux délibérations pour certaines matières : « Tout objet d'intérêt majeur soit mis deux fois en délibération, à des intervalles proportionnés à l'importance des questions, et ne puisse être décidé que par la pluralité des voix, c'est-à-dire, par plus de la moitié des suffrages » (Tome V, p. 281).

<sup>2319</sup> Cahiers du tiers-état de la sénéchaussée de Guyenne [s.d.] (Tome II, p. 397).

<sup>2320</sup> Cahier du tiers-état du bailliage de Metz, 13-20 mars 1789 (Tome III, p. 765, art. 7). Voir aussi le cahier d'Aix (Tome I, §II, p. 695). Le Cahier de Rennes est plus détaillé : « Toute délibération des États généraux concernant la législation ou les finances, sera rédigée en forme de loi, au nom du Roi et des États généraux. Aussitôt qu'elle sera arrêtée, elle sera rendue publique par la voie de l'impression, et délibérée encore deux fois dans l'assemblée, savoir : quinze jours après la première publication et après la quinzaine suivante. C'est ainsi et non par une chambre haute que l'on doit préserver la nation des inconvénients qui pourraient naître de l'activité d'un corps législatif opinant par tête. Cette triple délibération aura lieu également pour les lois qui seraient proposées par Sa Majesté » (Tome V, p. 539, art. 23).

<sup>2321</sup> Cahier du tiers-état de la sénéchaussée de Montpellier [s.d.] (Tome IV, p. 50, art. 3). Le cahier de Metz demande la même chose (Tome III, p. 765, art. 6).

<sup>2322</sup> Voir : Cahier du tiers-état de la sénéchaussée de Clermont-Ferrand [s.d.] (Tome II, p. 770, art. 2) ou cahier de Paris intramuros (Tome V, p. 283). En revanche, le cahier de Dijon affirme que les lois générales seront « adressées [après la promulgation par l'assemblée] aux assemblées particulières des provinces, pour être déposées dans leurs archives, et envoyées par sa Majesté aux cours souveraines, pour les publier et faire exécuter » (Tome III, p. 130, art. 8, n° 1). Le cahier de la sénéchaussée de Toulouse suggère que « les parlements soient déclarés être des corps permanents, tenant du roi leur compétence et leur pouvoir comme juges, et de la nation le droit d'enregistrer les lois, de veiller au maintien de la constitution, d'en rappeler les principes oubliés ou menacés, et qu'en conséquence, il ne pourra être touché à leur existence sans le consentement de la nation » (Tome VI, p. 37, art. 32).

<sup>2323</sup> Par exemple, le cahier du tiers-état du bailliage d'Amiens [s.d.] (Tome I, Première partie, art. 1).

<sup>2324</sup> Cahiers du tiers-état de la sénéchaussée de Guyenne [s.d.] (Tome II, p. 397), cahier du tiers-état du bailliage d'Alençon (Tome I, p. 716, Chapitre II, art. 3), cahiers de Montpellier (Tome IV, p. 50, art. 3), cahier de Nantes (Tome IV, p. 94, art. 4), cahier de Reims (Tome V, p. 531, art. 9), cahier de Rouen (Tome V, p. 599, art. 32), cahier d'Orléans (Tome VI, p. 659, art. 10), cahier de Rennes (Tome V, p. 539, art. 24). Le cahier de Metz est le plus précis quant aux fonctions des cours souveraines :

En creux, si les cahiers ne se soucient pas de détailler la procédure législative, on peut constater qu'une déclaration de principe est faite : dorénavant, au moins pour les députés du tiers-état, la puissance royale ne peut pas se passer d'une assemblée nationale quelle que soit la procédure établie pour faire les lois du royaume.

## ii. *La procédure judiciaire*

Les cahiers analysés font état d'un entremêlement entre demandes « traditionnelles » et nouvelles mais surtout d'un changement de registre sémantique qui signifie clairement que leurs fondements sont issus du mouvement des Lumières<sup>2325</sup>. En effet, plusieurs d'entre eux évoquent la liberté et la propriété individuelles comme « droits inviolables », requérant de manière catégorique l'abolition des lettres de cachet<sup>2326</sup>. Dans certains cahiers le dispositif est explicitement dénoncé, comme dans celui d'Amiens : pour les députés, les lettres de cachet « ne sont le plus souvent qu'une arme perfide dans les mains des agents de l'autorité, qu'un moyen d'enchaîner l'opinion publique, la sauvegarde des mœurs et de la liberté, *et qu'elles sont d'ailleurs inconstitutionnelles* »<sup>2327</sup>. D'autres énoncent l'interdiction de toute détention « si ce n'est par ordre de la justice ou dans les cas autorisés par les lois du royaume »<sup>2328</sup>. Certains – c'est le cas du cahier d'Alençon – acceptent qu'un tel ordre puisse provenir du roi même, pourvu que certaines formalités soient accomplies à la suite de la détention<sup>2329</sup>. D'autres encore acceptent l'usage des lettres de cachet à condition que certaines formalités soient accomplies en amont de la détention. Le

---

« [Les lois] seront, pendant la tenue même de l'Assemblée nationale, envoyées aux parlements du royaume, pour être inscrites sur leurs registres et placées sous la garde des cours souveraines, qui ne pourront se permettre d'y faire aucune modification, mais continueront, comme ci-devant, & être chargées de l'exécution des ordonnances du royaume, du maintien de la constitution et des droits nationaux, d'en rappeler les principes par des remontrances au Roi et des dénonciations à la nation, toutes les fois que ces droits seront attaqués ou seulement menacés [...] » (Tome III, p. 765, art. 6).

<sup>2325</sup> Pour une analyse des changements lexicaux de l'époque : TRAMPUS, Antonio, *La naissance du langage politique moderne : l'héritage des Lumières de Filangieri à Constant*, Paris, Classiques Garnier, 2017.

<sup>2326</sup> Par exemple : cahier de La Rochelle (Tome III, p. 479, art. 7) ; cahier de la gouvernance de Lille (Tome III, p. 533, section III, art. 1) ; cahier de Montpellier (Tome IV, p. 49, art. 1) ; cahier de Nantes (Tome IV, p. 95art. 10) ; cahier de Rouen (Tome V, p. 597, art. 2) ; cahier de d'Orléans (Tome VI, p. 659, art. 18bis) ; cahier de Rennes (Tome V, p. 540, art. 37). Le cahier de Besançon est moins catégorique, car il supplie au roi de « renoncer à l'usage de toutes lettres de cachet, hors les cas de péril pour l'État » (Tome II, p. 338, art. 16) ; celui de Metz demande un règlement sur les lettres de cachet (Tome III, p. 765, art. 2).

<sup>2327</sup> Cahier d'Amiens (Tome I, p. 745, art. 3, nous soulignons). Le cahier de Clermont-Ferrand utilise le même terme d'inconstitutionnelles (Tome II, p. 770, art. 6).

<sup>2328</sup> Cahier de Marseille (Tome III, p. 702, art. 1), cahier de Reims (Tome V, p. 531, art. 23).

<sup>2329</sup> « Que la liberté personnelle et individuelle soit mise à l'abri de toute espèce d'atteinte ; qu'en conséquence aucun individu ne puisse être arrêté et détenu si ce n'est par ordre de la justice ou dans les cas autorisés par les lois du royaume, ou bien par ordre du roi ; que dans ce dernier cas, l'individu qui sera arrêté soit remis dans vingt-quatre heures dans la prison du lieu public où il sera arrêté ou dans la plus voisine, et que s'il est arrêté pour aucun cas pour lequel il doit être traduit devant un autre juge que celui du lieu, il soit transféré sans délai dans les prisons du juge devant lequel il devait être traduit, et que l'accusation soit formée dans les trois jours de l'arrivée du détenu dans ladite prison ». Cahier d'Alençon (Tome I, p. 717, art. 5). Voir aussi : cahier de Bordeaux (Tome II, p. 397).

cahier de Toulouse envisage deux cas : en premier lieu, « lorsqu'une famille les demandera [les lettres de cachet], pour cause légitime », énonçant quelques formalités ; en second lieu, lorsqu'il s'agit d'un sujet « devenu suspect au gouvernement à la charge », cas pour lequel certaines formalités postérieures à l'exécution de la lettre doivent être accomplies<sup>2330</sup>. Enfin, le cahier de Paris hors les murs demande que « toute personne qui aura sollicité ou signé ce qu'on appelle lettre de cachet, ordre ministériel, ou autre semblable de détention ou exil [...], sera poursuivie devant les juges ordinaires et punie de peine grave »<sup>2331</sup>. Le souci de l'arbitraire potentiel desdites lettres est omniprésent ; la puissance judiciaire gardienne des lois devient ainsi l'institution protectrice de la liberté.

La notion de « juge naturel » est également présente de manière récurrente. Elle est accompagnée d'une demande séculaire : l'abolition des commissions de justice<sup>2332</sup>, des chambres ardentes, des tribunaux d'exception<sup>2333</sup> et des évocations<sup>2334</sup>, ainsi que l'interdiction de tout type de contentieux aux intendants. De même, certains cahiers réclament la suppression des juridictions spécifiques comme les commissions des contrebandiers et des fermiers, les prévôts, les juridictions ecclésiastiques et cartulaires, la Maîtrise des eaux et forêts, les tables de marbre jugeant en dernier ressort, la juridiction du grenier à sel, la juridiction contentieuse de la cour des monnaies de Paris et les chancelleries près des cours et présidiaux. Dans la plupart des cas, elle renvoie à la demande d'abolition des lettres de *committimus*, de garde-

---

<sup>2330</sup> Pour le premier cas les formalités en amont sont : réaliser une « assemblée de parents, au nombre de huit, ou de voisins en défaut de parents tenue aux formes de droit, devant les officiers des lieux ». Pour le second, les formalités en aval sont : « remettre, dans vingt-quatre heures, le prétendu coupable entre les mains de ses juges naturels et compétents, pour être jugé suivant les lois du royaume, en lui faisant connaître son dénonciateur qui sera responsable de tous dépens, dommages et intérêts, ainsi que les délibérants dans le premier cas ». Cahier de Toulouse (Tome VI, p. 35-36, art. 3). Le cahier de Caen envisage aussi la « contention du citoyen qui en troublerait l'harmonie » : « qu'il soit demandé aux États que ceux qui se trouveraient dans ce cas en soient séparés pour un temps déterminé, sur l'ordre provisoire de la commission intermédiaire des États provinciaux, obtenu sur la demande unanime et motivée de la famille, au nombre de douze parents réunis à la municipalité [...] » (Tome II, p. 492, art. 10).

<sup>2331</sup> Cahier de Paris hors les murs (Tome V, p. 238, section II, art. 5). Le cahier de Paris intramuros a une proposition similaire (Tome V, p. 282).

<sup>2332</sup> Le cahier d'Amiens affirme que « les fastes de l'histoire prouvent que trop souvent les commissions extraordinaires n'ont été établies que pour perdre des innocents et sauver des coupables illustres » (Tome I, p. 747, cinquième partie, art. 11). Le cahier de Clermont-Ferrand réfère les commissions extraordinaires comme faisant partie de « l'histoire du despotisme ministériel » (Tome II, p. 769). Le cahier de Besançon supplie au roi de « renoncer à l'usage de toutes autres commissions que celles qui seraient demandées et consenties par les parties » (Tome II, p. 338, art. 17).

<sup>2333</sup> Le cahier de la sénéchaussée de Montpellier affirme que « la plupart des tribunaux d'exception sont des démembrements des tribunaux ordinaires qui jettent les justiciables dans des incertitudes dangereuses sur le pouvoir des juges, qui entraînent des conflits de juridiction aussi fréquents que dispendieux et longs à terminer » (Tome IV, p. 54, chapitre VII, art. 1).

<sup>2334</sup> Le cahier d'Aix accepte cependant les évocations « pour cause de pauvreté » (Tome I, p. 695, §III). Le cahier d'Amiens les accepte en cas de parenté de l'accusé avec les juges du lieu (Tome I, p. 747, cinquième partie, art. 11) ; pareil pour le cahier de Metz (Tome III, p. 768, art. 35). Le cahier de Reims accepte également les évocations si elles sont demandées par toutes les parties intéressées (Tome V, p. 531, art. 31). Le cahier de Toulouse accepte les cas de parenté « et autres déterminés par les ordonnances », ainsi qu'en cas d'accord entre les parties (Tome VI, p. 37, art. 34).

gardienne et des attributions des sceaux – des châtelets, des universités<sup>2335</sup> – ainsi que des privilèges de juridiction en fonction de l'appartenance à une quelconque communauté – on pense entre autres aux commensaux du roi, les bourgeois de Paris, l'ordre de Malte, la conservation de Lyon, ou le privilège de jugement devant le Grand conseil<sup>2336</sup>. L'abolition des justices seigneuriales, ou leur limitation le cas échéant, accompagne l'idée d'une juridiction ordinaire d'origine royale/étatique : « la puissance publique appartient à l'État [...] elle ne doit pas être confiée aux seigneurs ni à leurs officiers »<sup>2337</sup>. Elle se décline en plusieurs demandes : *primo*, la suppression de toute justice seigneuriale<sup>2338</sup> ; *secundo*, la suppression des hautes justices (celles qui ont compétence en matière criminelle)<sup>2339</sup> ; *tertio*, le retrait des compétences dans les affaires contentieuses mais le maintien des fonctions de police – y compris le droit d'informer et décréter en matière criminelle<sup>2340</sup> ; *quarto*, la réorganisation et le contrôle étroit des juridictions seigneuriales<sup>2341</sup>.

Le statut des officiers de justice est également évoqué. La demande principale est la suppression de la vénalité des offices moyennant dans la plupart de cas le remboursement de la valeur des charges<sup>2342</sup>. Aussi, certains cahiers abordent l'inamovibilité des juges, indiquant l'instance compétente pour les juger en cas de méfait<sup>2343</sup>. L'organigramme judiciaire est l'objet de divergences : certains cahiers exigent trois degrés de juridiction, d'autres se limitent à deux ; certains cahiers encore demandent la suppression des présidiaux alors que d'autres souhaitent le renforcement de leurs compétences. Enfin, les doléances concernant la procédure à proprement parler

<sup>2335</sup> Par exemple : cahier d'Alençon (Tome I, p. 717, chapitre 3, art. 4) ;

<sup>2336</sup> A Marseille on demande la confirmation du privilège de *non extrahendo* ; cependant il se confond avec la maxime *actor sequitur forum rei* et est évoqué pour l'opposer au « fléau des évocations et des *committimus* » (Tome III, p. 705, n° 4).

<sup>2337</sup> Cahier d'Anjou (Tome II, p. 42, art. 13).

<sup>2338</sup> Cahier de Marseille (Tome III, p. 704, art. 28) ; cahier de Nantes (Tome IV, p. 95, art. 42) ; cahier de Paris hors les murs (Tome V, p. 241)

<sup>2339</sup> Cahier d'Alençon (Tome I, p. 717, chapitre III, art. 8).

<sup>2340</sup> Cahier d'Amiens (Tome I, p. 748, art. 15)

<sup>2341</sup> Voir par exemple : Cahier de Besançon (Tome II, p. 340, art. 17-27). Le cahier de Bordeaux évoque la formation des juges (ils doivent être gradués) et le droit de juger en dernier ressort jusqu'à une somme fixée (Tome II, p. 399-400). Le cahier de La Rochelle demande la limitation des justices seigneuriales à une seule instance avant de parvenir à la juridiction royale (Tome III, p. 481, art. 45). Le cahier de Metz exige des qualités pour les officiers des justices seigneuriales ainsi que l'entretien des prisons sûres (Tome III, p. 767, art. 30) ; la formation est également évoquée dans le cahier de Reims (Tome V, p. 532, art. 41). Le cahier de Montpellier demande l'interdiction de toutes personnes « sous la dépendance des seigneurs particuliers » d'être ou être éligibles pour les assemblées des trois ordres nationaux et graduelles, ainsi que plusieurs mesures de contrôle (Tome IV, chapitre II, art. 5, n° 3 et p. 55, chapitre VII, art. 20) ; la limitation d'élection est aussi mentionnée dans le cahier Nantes (Tome IV, p. 94, art. 17). Le cahier d'Orléans demande aussi certaines limitations aux justices seigneuriales (Tome VI, p. 663, et. 87 et ss.).

<sup>2342</sup> Les cahiers qui ne font pas mention sont ceux de Lille, de Metz, de Lyon, de Montpellier, de Reims et de Toulouse.

<sup>2343</sup> Par exemple, le cahier de Bordeaux indique que les États généraux sont juges « de tous les cas de forfaiture des tribunaux souverains » (Tome II, p. 397) ; de même, le cahier de Marseille en fait référence concernant les cours de justice dans les colonies (Tome III, p. 703, art. 8). Le cahier de Toulouse demande que « tous officiers pourvus de charges de magistrature soient déclarés inamovibles, sauf le cas de forfaiture, préalablement et compétemment jugée » (Tome VI, p. 37, art. 31).

sont très variées ; on tâchera ici d'évoquer les plus novatrices. Figurent parmi celles-ci la motivation des arrêts, l'interdiction de la sellette, la séparation du jugement des faits et du droit – avec l'instauration des jurés pour le premier –, la publicité de toutes les procédures, la nécessité de procédures de réparation pour les innocents injustement accusés. Les demandes spécifiques de chaque cahier, tant sur l'ordre des juridictions que sur la procédure judiciaire, peuvent être consultées dans l'annexe à la fin de cette étude<sup>2344</sup>. Elles montrent que les cahiers urbains ont une perspective « nationale » qui renvoie à une certaine égalité des droits mais témoignent aussi du fait que l'uniformité n'est pas la règle. Néanmoins, quelques mois plus tard, l'Assemblée nationale cherche à exprimer de manière universelle ce « faisceau » de principes.

### ***B. L'universalité : la procédure dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen***

Contrairement aux déclarations des droits nationales ou internationales actuelles qui consacrent un « droit au procès équitable » (*due process of law, debido proceso, faire Verfahren, processo equo*, etc.), la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ne contient pas une notion englobante de ce « droit subjectif aux formes juridiques ». Cependant, quelques articles consacrent certains principes sous-jacents à ce droit : la liberté conçue comme « propriété de soi », l'égalité devant la loi, la légalité des actes de la puissance publique, la présomption d'innocence, la publicité, la responsabilité des actions des agents publics ainsi que la séparation des pouvoirs comme moyen de garantie des droits et des libertés<sup>2345</sup>.

L'idée de liberté en tant que propriété de soi est colportée dans le projet de Déclaration de Sieyès qui affirme que « tout homme est seul propriétaire de sa personne. Il peut engager ses services, son temps, mais il ne peut pas se vendre lui-

---

<sup>2344</sup> Voir l'annexe 3.

<sup>2345</sup> Voir les articles 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; article 1 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits [...] » et 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale [...]. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse [...] » ; article 7 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient ou exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis [...] » ; article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable [...] » ; article 15 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » ; article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Pour une analyse approfondie des éléments lexicaux à l'époque des débats sur la Déclaration : DELVAUX, Paul, *La controverse des droits de l'homme de 1789 : apothéose des droits et bannissement des devoirs de l'homme ?*, Tome I, Thèse en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 1985, 487 p.

même »<sup>2346</sup>. Le projet de Déclaration du sixième bureau de l'Assemblée nationale<sup>2347</sup>, qui est la base pour la discussion subséquente, consacre dans son article 2 la liberté en tant qu'exercice des facultés que chaque homme a pour « assurer sa conservation et se procurer le bien-être ». Il rejoint donc l'idée du droit en tant que *facultas* ou *potestas* individuelle. Qui plus est, l'article 3 relie expressément l'usage desdites facultés – la liberté donc – au droit de propriété<sup>2348</sup>. Cependant, dans l'esprit de certains députés, la loi fait perdre cette liberté en raison de ce qu'elle défend, comme l'affirme le député Pellerin<sup>2349</sup>. Les propositions en ce sens sont nombreuses, notamment lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est la loi est comment elle se compose, comme celle du député Martineau<sup>2350</sup>. Les termes dans lesquels la liberté est conçue dans la rédaction finale établissent le caractère consensuel de la loi<sup>2351</sup>. Ils rapprochent la procédure pour arriver au *consensus* – ou encore, pour exprimer la « volonté générale » – aux formes qui peuvent éventuellement empiéter sur la liberté.

La Déclaration finale consacre ce qui à l'époque est qualifié de sûreté personnelle – avec pour toile de fond la critique des emprisonnements et exils par voie de lettres de cachet. Si l'article 14 du projet du sixième bureau ne fait pas référence au dispositif, c'est bien à lui que les députés pensent. La proposition de Target se réfère aux « ordres arbitraires contre la liberté » qui doivent être réprimés<sup>2352</sup>. De même, le député Duport y fait allusion lorsqu'il évoque un « usage barbare de punir les coupables, lors même qu'ils ne sont pas déclarés »<sup>2353</sup>. La question qui se pose est alors celle de la responsabilité des agents. Un membre non identifié de la Constituante considère que la responsabilité en cas d'ordres arbitraires d'emprisonnement pèse sur les ministres et qu'on doit en exclure les officiers subalternes<sup>2354</sup>. Mirabeau s'y oppose

<sup>2346</sup> *Déclaration des Droits de l'homme en société, présentée à l'Assemblée Nationale par M. l'abbé Sieyès*, 12 août 1789, article 5. Dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879, p. 422.

<sup>2347</sup> *Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée Nationale*, 12 août 1789, dans : *Ibid.*, p. 431-432. Sur l'élaboration de ce projet et les membres du bureau : DAWSON, Philippe, « Le 6<sup>e</sup> bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme », *AHRF*, n° 232, 1978, p. 161-179.

<sup>2348</sup> *Ibid.*, p. 432.

<sup>2349</sup> « Le principe de toute société consiste dans la propriété et dans la liberté. L'homme perd de cette liberté à raison de ce que la loi lui défend [...] ». *Ibid.*, p. 457 (19 août 1789).

<sup>2350</sup> « Art. 1<sup>er</sup>. La loi est une convention des citoyens réunis ; elle se forme par la volonté générale. Comme il n'est personne qui n'ait concouru par soi-même ou par ses représentants à la formation de la loi, il n'est personne aussi qui ne soit obligée de s'y soumettre ; il n'est personne qui ne soit forcé de faire ce qu'elle commande ; il n'est personne qui ne soit forcé de ne pas faire ce qu'elle défend ». Voir aussi les propositions du député Camus ou de Target qui vont dans le même sens. *Ibid.*, p. 463 (21 août 1789).

<sup>2351</sup> Dans la mesure où, selon la teneur de l'article 6, « Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ».

<sup>2352</sup> « Art. 2. Tout ordre arbitraire contre la liberté doit être puni. Ceux qui l'ont sollicité, expédié, exécuté et fait exécuter, doivent être punis ». *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome VIII, *op. cit.*, p. 471 (22 août 1789).

<sup>2353</sup> *Ibid.*

<sup>2354</sup> *Ibid.*

en affirmant que « si la responsabilité ne s'étendait pas sur tous les agents subalternes du despotisme, si elle n'existait pas surtout parmi nous, il n'y aurait pas une nation sur la terre plus faite que nous pour l'esclavage »<sup>2355</sup>. Son discours autour de la responsabilité des agents met en exergue le respect des formes :

« La responsabilité serait illusoire si elle ne s'étendait depuis le premier ministre jusqu'au dernier sbire. Cela ne suppose aucunement que le subalterne soit jugé de l'ordre dont il est porteur ; il peut également et il doit juger la forme de cet ordre [...]. En un mot, la force publique sera soumise à des formes déterminées par la loi ; il n'y a aucune espèce d'inconvénient à cela, sinon la nécessité d'avoir désormais des lois claires et précises, et c'est là un argument de plus en faveur du dogme de la responsabilité. »<sup>2356</sup>

Le souci de la formulation est bien « dogmatique » : il faut qu'elle soit suffisamment générale pour être compréhensible tout en englobant les circonstances à l'origine des abus et atteintes à la liberté qu'elle prétend défendre. Malheureusement, le débat des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'approfondit pas d'autres éléments qu'ils mentionnent comme la présomption d'innocence ou les « rigueurs nécessaires » lors des arrestations<sup>2357</sup>.

En outre, l'égalité est formelle car il s'agit d'une égalité « en droit », et de surcroît déclarative. Le député Rabaud de Saint-Etienne élabore une réflexion qui montre la rationalité individuelle sous-jacente : « On pose pour principe dans la formation d'une société, que tous les hommes qui y entrent sont égaux [...]. Ils sont égaux en liberté, et par conséquent *chacun apporte un droit égal à la protection commune* »<sup>2358</sup>. Certaines propositions précisent la portée de cette égalité. Par exemple, une proposition du député Charles-François Bouche évoque le contraste entre l'égalité concernant « les lois, les devoirs et les peines, la protection et la sûreté », et les inégalités quant aux « talents, l'industrie, les titres, les dignités, la fortune ou la naissance [qui] n'y admettent point une égalité de profits, d'honneurs et de préséances »<sup>2359</sup>. Celle du comité des Cinq affirme qu'il ne s'agit pas d'une « égalité

---

<sup>2355</sup> *Ibid.*

<sup>2356</sup> *Ibid.*, p. 472 (22 août 1789).

<sup>2357</sup> *Ibid.*

<sup>2358</sup> *Idées sur les bases de toute Constitution, soumises à l'Assemblée nationale*, par M. Rabaud de Saint-Etienne. Dans : *Ibid.*, p. 404 (12 août 1789).

<sup>2359</sup> *Charte contenant la Constitution Française dans ses objets fondamentaux*, proposée à l'Assemblée nationale par Charles-François Bouche. Dans : *ibid.*, p. 400, art. 3 et art. 7 (12 août 1789).

des propriétés ou des distinctions », mais bien d'une obligation égale de soumission à la loi – et à l'inverse, une égale protection de la loi<sup>2360</sup>. Celle du sixième bureau est plus « conservatrice » : elle accepte que chaque homme ait « un droit égal à sa liberté et à sa propriété » tout en affirmant que « l'inégalité est dans la nature même »<sup>2361</sup>. Enfin, dans la Déclaration finale, l'égalité est envisagée sous deux angles : l'égalité des droits acquis par la naissance consacrée dans l'article 1 – égalité ontologique –<sup>2362</sup>, et l'égalité de participation des citoyens aux moyens de borner ces droits de l'article 6 – égalité politique de participation à l'élaboration de la loi.

Toutefois, l'accès au juge – qui est un élément central de la notion de droit au procès – est absent dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Comme le relève Margaux Bouaziz<sup>2363</sup>, les projets et les discussions mentionnent à peine l'accès au juge en tant que garantie des droits : « la loi et le principe de légalité jouent un rôle central dans la garantie des droits et le juge ne joue alors qu'un rôle d'exécutant de la loi »<sup>2364</sup>. De fait, le pouvoir judiciaire est conçu pratiquement comme une branche du pouvoir exécutif, son indépendance est à peine évoquée dans les projets de déclaration<sup>2365</sup> et il n'est pas mentionné dans la Déclaration finale<sup>2366</sup>. Le seul élément qui permet d'inclure l'accès au juge est le fait de considérer la détermination de la séparation des pouvoirs comme faisant partie de la Constitution, sachant que celle-ci est considérée comme un moyen à part entière d'assurer le bonheur et de garantir les droits.

Dans l'esprit des députés, la Déclaration des droits ne peut contenir les détails sur la procédure puisqu'il s'agit bien d'exposer (de rendre visibles, de rappeler) les droits naturels que la Constitution et les lois vont assurer. Certains députés rappellent d'ailleurs qu'il s'agit de présenter les vérités immanentes et non contingentes propres à chaque individu pour guider l'élaboration des dispositifs juridiques concrets qui

---

<sup>2360</sup> *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, Comité des Cinq. Dans : *ibid.*, p. 439, art. 17.

<sup>2361</sup> *Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée Nationale...*, dans : *ibid.*, p. 432 art. 4 et 5.

<sup>2362</sup> Jean Imbert qualifie de silence le fait que l'égalité ne soit pas mentionnée en tant que droit naturel et imprescriptible de l'homme à côté de la liberté, la propriété et la sûreté et y voit un compromis dans le fait d'avoir suivi la rédaction plus conservatrice du sixième bureau. Cependant, l'on peut constater que l'égalité est davantage conçue en ces termes dans les différentes propositions, qu'elles soient conservatrices ou « révolutionnaires ». IMBERT, Jean, « Les six jours des Droits de l'homme », *L'histoire*, N° 113, juillet-août 1988, disponible sur : <https://www.lhistoire.fr/les-six-jours-des-droits-de-lhomme> (consulté le 22 avril 2020).

<sup>2363</sup> BOUAZIZ, Margaux, *Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Contribution à l'histoire de la notion de constitution*, Thèse en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, 950 p., notamment p. 542-544.

<sup>2364</sup> *Ibid.*, p. 543.

<sup>2365</sup> Voir la liste de déclarations qui font mention du « droit au juge » dans : *ibid.*, p. 542, note de bas de page n° 2761.

<sup>2366</sup> Le préambule de la Déclaration mentionne seulement les « actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif ».

peuvent prendre diverses formes selon les sociétés. Le souci d'universalité est patent dans les débats : les injonctions pour éviter les subtilités métaphysiques, la quête d'un langage net et simple et le refus de souscrire à une quelconque croyance religieuse en sont autant de preuves<sup>2367</sup>.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 fixe de manière abstraite les idées des Lumières dans un cadre institutionnel. Elle en fait, selon les mots du préambule, des « principes simples et incontestables » visant à fonder les réclamations des citoyens. Si la procédure n'est pas son objet direct, il n'en reste pas moins vrai que les principes qu'elle consacre doivent être traduits dans la législation postérieure. C'est en effet sur leurs fondements que les premières lois sur la procédure – législative et judiciaire – de la Révolution ont lieu.

## *§2. Le développement d'un droit au procès dans les sources révolutionnaires*

Les normes adoptées pendant la période révolutionnaire ont eu une existence courte et tumultueuse. Or elles demeurent la référence d'un ordre juridique « libéral » soucieux du respect des droits et libertés des individus. D'une part car la Constitution consacre certains principes et formes comme « droits » de l'individu (A). D'autre part car la loi devient la source unique de la procédure et de ce fait l'instrument par excellence de garantie de la liberté (B)

### *A. Le droit constitutionnel aux formes juridiques*

La Constitution de 1791<sup>2368</sup> prend le soin d'énumérer de manière détaillée les différentes formes que les privilèges ont pu revêtir : des distinctions les plus élevées (noblesse, pairie, chevalerie, ecclésiastique) aux particularismes issus des jurandes, corporations, professions, arts et métiers, elle entend « abolir irrévocablement les

---

<sup>2367</sup> Voir : IMBERT, J., « Les six jours des Droits de l'homme », *op. cit.* ; MORANGE, Jean, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26 août 1789)*, Paris, PUF, 2002, p. 50-53.

<sup>2368</sup> Le décret de la Constitution date du 3 septembre 1791 et sa proclamation du 18 septembre. Pourtant il a été modifié le 24 septembre, avec la correction d'une erreur de rédaction de l'article 4, section II, chapitre III, titre III. Voir : GLENARD, Guillaume, *L'exécutif et la Constitution de 1791*, PUF, 2010, p. 4, note de bas de page n° 2. Nous avons suivi la version trouvée sur le site du Conseil Constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791> (consulté le 25 avril 2020).

institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits »<sup>2369</sup>. De cette déclaration de principe dérive l'égalité d'accès aux places et emplois publics ainsi que l'égalité des peines pour les mêmes délits. De même, la principale liberté qui est garantie au travers du droit au procès est explicitement mentionnée, car il s'agit de de la « liberté de tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que *selon les formes déterminées par la Constitution* »<sup>2370</sup>. L'exercice de la liberté politique est aussi mentionné. D'abord un niveau local : « Les citoyens qui composent chaque commune, ont le droit d'élire à temps, suivant les formes déterminées par la loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'Officiers municipaux, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune »<sup>2371</sup>. Ensuite, au niveau national : « Le pouvoir Législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle [...] »<sup>2372</sup>. Enfin, la liberté politique se manifeste aussi dans l'élection des juges par le peuple, le roi ne pouvant pas refuser la décision.

En outre, dans le chapitre V du Titre III relatif au pouvoir judiciaire, la constitution consacre les principes qui constituent le droit au procès. L'article 4 se réfère au juge naturel des citoyens qui est désormais celui « que la loi leur assigne »<sup>2373</sup>. Les articles 5 et 6 privilégient l'arbitrage et les conciliations car ils disposent que le pouvoir législatif ne peut porter atteinte à ce droit des citoyens, et que les parties doivent justifier que les démarches de conciliation ont été entamées avant de débiter l'action civile devant les tribunaux<sup>2374</sup>. Les articles 7 et 8 consacrent, quant à eux, la légalité des juridictions, imposant une justice à deux degrés : les juges de paix dans les cantons et les tribunaux d'arrondissement ou de district<sup>2375</sup>. À partir de l'article 9, la constitution détermine les limitations concrètes à la puissance publique en matière criminelle et de police, qui appartiennent désormais aux citoyens en tant que droits subjectifs : « nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre

---

<sup>2369</sup> Préambule de la Constitution qui se trouve après la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>2370</sup> Titre premier : Dispositions fondamentales garanties par la Constitution, n° 3.

<sup>2371</sup> Titre II : De la division du royaume, de l'état des citoyens. Article 9.

<sup>2372</sup> Titre III : Des pouvoirs publics. Article 3.

<sup>2373</sup> Cela implique, bien évidemment, l'interdiction de toute commission, justice d'attribution ou évocation outre que celles que la loi détermine.

<sup>2374</sup> Titre III, chapitre V, article 5 : « Le droit des citoyens, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif. Article 6 : « Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation ».

<sup>2375</sup> Titre III, chapitre V, article 7 : « Il y aura plusieurs juges de paix dans les cantons et dans les villes. Le nombre en sera déterminé par le Pouvoir législatif ». Article 8 : « Il appartient au Pouvoir législatif de régler le nombre et les arrondissements des tribunaux, et le nombre des juges dont chaque tribunal sera composé ».

l'accusation ». La division entre jurés – qui déclarent les faits – et juges – qui appliquent la loi – ne remet pas en cause la possibilité de récusation des premiers : « l'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs ». L'instruction est publique et les accusés ont droit au conseil d'un avocat. En outre, l'article 9 consacre le *non bis in idem*<sup>2376</sup>. L'article 10 fait écho à la liberté politique dans son rapport au citoyen au sens de Montesquieu, car il s'agit de déterminer au maximum la sûreté des individus. Cette liberté est entendue d'une part à l'égard de ses concitoyens : « Nul homme ne peut être saisi *que pour être conduit devant l'officier de police* » et d'autre part à l'égard des agents publics : « nul ne peut être mis en état d'arrestation ou détenu, *qu'en vertu d'un mandat des officiers de police, d'une ordonnance de prise de corps d'un tribunal, d'un décret d'accusation du Corps législatif [...], ou d'un jugement de condamnation à prison ou détention correctionnelle* »<sup>2377</sup>. Les saisis s'accompagnent par ailleurs d'une exigence de célérité : « Tout homme saisi et conduit devant l'officier de police, sera examiné sur-le-champ, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures »<sup>2378</sup>. S'il y a lieu à une inculpation, le citoyen doit être envoyé en maison d'arrêt dans les plus brefs délais, ou bien doit être libéré « dans tous les cas où la loi [lui] permet de rester libre sous cautionnement »<sup>2379</sup>. Les interdictions sont renforcées par la responsabilité pénale de l'article 16, qui inclut aussi bien les citoyens que les agents publics et les géôliers<sup>2380</sup>.

La Constitution de 1793<sup>2381</sup> entérine ces droits en même temps qu'elle les amplifie. L'article 8 de la Déclaration des droits définit la sûreté en tant que « protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés ». Elle présente de manière plus manifeste la méfiance à l'égard des administrateurs du pouvoir dans l'article 9 : « La loi doit protéger la liberté publique et individuelle *contre l'oppression de ceux qui gouvernent* »<sup>2382</sup>. L'article 11 est aussi catégorique : « Tout acte exerce contre un

---

<sup>2376</sup> « Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait ».

<sup>2377</sup> Titre III, chapitre V, Article 10 (nous soulignons).

<sup>2378</sup> Titre III, chapitre V, Article 11. L'article dispose de même que « s'il y a lieu de l'envoyer [à l'inculpé] à la maison d'arrêt, il y sera conduit dans le plus bref délai, qui, en aucun cas ne pourra excéder trois jours ».

<sup>2379</sup> Titre III, chapitre V, Article 12.

<sup>2380</sup> Titre III, chapitre V, Article 16 : Tout homme, quelle que soit sa place ou son emploi, autre que ceux à qui la loi donne le droit d'arrestation, qui donnera, signera, exécutera ou fera exécuter l'ordre d'arrêter un citoyen, ou quiconque, même dans les cas d'arrestation autorisée par la loi, conduira, recevra ou retiendra un citoyen dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné, et tout gardien ou géôlier qui contreviendra aux dispositions des articles 14 et 15 ci-dessus, seront coupables du crime de détention arbitraire ».

<sup>2381</sup> Le texte se trouve sur le site du Conseil Constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793> (consulté le 25 avril 2020).

<sup>2382</sup> Nous soulignons.

homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique ; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force ». L'article 13 rappelle la présomption d'innocence<sup>2383</sup>. L'article 14 évoque en outre le droit à la défense et aux formes judiciaires en matière criminelle : « Nul ne doit être jugé et puni qu'après avoir été entendu ou légalement appelé, et qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit [...] ». Pour conclure ce panorama de la période révolutionnaire, la Constitution de 1795<sup>2384</sup> – 5 fructidor An III – consacre certains droits relatifs à la procédure mais de manière moins détaillée que la précédente, et par ailleurs sans utiliser les mêmes qualificatifs<sup>2385</sup>.

Les constitutions postérieures à la Révolution s'opposent à la formulation du droit aux formes juridiques tel qu'elle a été évoquée. Celle de 1799 – 22 frimaire An VIII<sup>2386</sup> – ne fait pas une liste de droits au début du dispositif. Cependant, elle consacre dans les dispositions générales à la fin du texte les formalités pour les arrestations (article 77)<sup>2387</sup> ; les formalités et conditions pour les détentions (articles 78, 79 et 80)<sup>2388</sup> ainsi que la responsabilité des agents en cas d'arrestations arbitraires ou de rigueurs excessives au regard des articles 81 et 82<sup>2389</sup>. Les sénatus-consultes organiques de 1802 – 16 thermidor An X<sup>2390</sup> – et de 1804 – 28 floréal An XII<sup>2391</sup> –, eux, ne

<sup>2383</sup> « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

<sup>2384</sup> Le texte se trouve sur le site du Conseil Constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-5-fructidor-an-iii> (consulté le 25 avril 2020).

<sup>2385</sup> A titre d'exemple : Article 8 « Nul ne peut être appelé en justice, accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». Article 9 « Ceux qui sollicitent, expédient, signent, exécutent ou font exécuter des actes arbitraires sont coupables et doivent être punis ». Article 10 « Toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de la personne d'un prévenu doit être sévèrement réprimée par la loi ». Article 11 « Nul ne peut être jugé qu'après avoir été entendu ou légalement appelé ». Article 12 « La loi ne doit décerner que des peines strictement nécessaires et proportionnées au délit ». Article 13 « Tout traitement qui aggrave la peine déterminée par la loi, est un crime ».

<sup>2386</sup> Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-22-frimaire-an-viii> (consulté le 26 avril 2020).

<sup>2387</sup> Article 77 : « Pour que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne puisse être exécuté, il faut : 1° Qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation, et la loi en exécution de laquelle elle est ordonnée ; 2° Qu'il émane d'un fonctionnaire à qui la loi ait donné formellement ce pouvoir ; 3° Qu'il soit notifié à la personne arrêtée, et qu'il lui en soit laissé copie ».

<sup>2388</sup> Article 78 : « Un gardien ou geôlier ne peut recevoir ou détenir aucune personne qu'après avoir transcrit sur son registre l'acte qui ordonne l'arrestation : cet acte doit être un mandat donné dans les formes prescrites par l'article précédent, ou une ordonnance de prise de corps, ou un décret d'accusation ou un jugement ». Article 79 : « Tout gardien ou geôlier est tenu, sans qu'aucun ordre puisse l'en dispenser, de représenter la personne détenue à l'officier civil ayant la police de la maison de détention, toutes les fois qu'il en sera requis par cet officier ». Article 80 : « La représentation de la personne détenue ne pourra être refusée à ses parents et amis porteurs de l'ordre de l'officier civil, lequel sera toujours tenu de l'accorder, à moins que le gardien ou geôlier ne représente une ordonnance du juge pour tenir la personne au secret ».

<sup>2389</sup> Article 81 : « Tous ceux qui, n'ayant point reçu de la loi le pouvoir de faire arrêter, donneront, signeront, exécuteront l'arrestation d'une personne quelconque ; tous ceux qui, même dans le cas de l'arrestation autorisée par la loi, recevront ou retiendront la personne arrêtée, dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné comme tel, et tous les gardiens ou geôliers qui contreviendront aux dispositions des trois articles précédents, seront coupables du crime de détention arbitraire ». Article 82 : « Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles autorisées par les lois, sont des crimes ».

<sup>2390</sup> Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-16-thermidor-an-x> (consulté le 26 avril 2020).

<sup>2391</sup> Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-l-an-xii-empire-28-floréal-an-xii> (consulté le 26 avril 2020).

contiennent pas de déclaration des droits ni de référence explicite aux droits subjectifs relatifs à la procédure. En revanche, la Charte constitutionnelle de 1814<sup>2392</sup> qui restaure la monarchie contient certains principes de cette nature. De manière générale, le texte consacre que « Leur liberté [des Français] est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit »<sup>2393</sup>. Elle réaffirme certains droits en matière judiciaire, même si elle semble les limiter immédiatement : le juge naturel et l'interdiction de création des commissions et tribunaux extraordinaires (sauf les juridictions prévôtales, « si leur rétablissement est jugé nécessaire »)<sup>2394</sup> ; et la publicité des débats en matière criminelle (sauf si la publicité est dangereuse pour les mœurs)<sup>2395</sup>. Bien que ces quelques articles reconnaissent des droits plus nuancés que les constitutions de l'époque précédente, la monarchie restaurée ne peut pas se passer d'une telle déclaration et doit composer avec le « langage révolutionnaire ». Ainsi, la Charte déclare que tous les français « sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs »<sup>2396</sup>.

La période révolutionnaire laisse une trace indélébile en ce qui concerne l'élaboration d'un droit subjectif aux formes juridiques : il s'agit de la constitutionnalisation des droits relatifs à la procédure, ce « faisceau de principes ». Leur formulation nécessite toutefois un développement normatif, qui, à l'époque, est laissé aux soins du pouvoir législatif, c'est-à-dire dans les mains de l'Assemblée nationale.

### ***B. La loi, source unique de la procédure***

La Révolution française se caractérise par sa nomophilie. Il est naturellement attribué à la loi la tâche de réformer les procédures. C'est ainsi que l'Assemblée légifère pour instituer la justice, unifier les procédures judiciaires et renouveler les formes qui protègent les justiciables face au pouvoir.

---

<sup>2392</sup> Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814> (consulté le 26 avril 2020).

<sup>2393</sup> Article 4.

<sup>2394</sup> Article 62 : « Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels ». Article 63 : « Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires. Ne sont pas comprises sous cette dénomination les juridictions prévôtales, si leur rétablissement est jugé nécessaire ».

<sup>2395</sup> Article 64 : « Les débats seront publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre et les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement ».

<sup>2396</sup> Article 1.

*i. Instituer la justice*

Si la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen passe sous silence le pouvoir judiciaire, dans l'esprit de certains députés comme Nicolas Bergasse, son influence sur la société est « sans bornes ». C'est pourquoi « il n'est donc aucun pouvoir qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là ; il n'en est donc aucun qu'il convienne d'organiser avec une prudence plus inquiète et des précautions plus scrupuleuses »<sup>2397</sup>. Dans son *Rapport sur l'organisation judiciaire*<sup>2398</sup>, il relie réciproquement la liberté politique de chaque citoyen à sa liberté politique et insiste sur le fait que « le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, s'il dépend dans son organisation, d'une autre volonté que celle de la nation »<sup>2399</sup>. Autant dire que c'est la loi qui institue l'ordre judiciaire. Dans son projet présenté le 17 août 1789, outre ce constat, la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif est clairement établie, d'autant qu'il est prévu que « le citoyen qui occupera une place quelconque dans la magistrature, tant qu'il occupera cette place, ne pourra être membre du corps législatif »<sup>2400</sup>.

Un an plus tard, l'Assemblée nationale vote la loi sur l'organisation judiciaire du 16 août 1790, sanctionnée par lettres patentes du 24 août. Elle condense plusieurs critiques et demandes séculaires : la suppression de la vénalité des offices, la publicité de la plupart des actes – les plaidoyers, rapports et jugements dans toutes les matières, l'instruction en matière criminelle –, l'interdiction de faire des règlements et d'interprétation des lois, l'abolition des privilèges de juridiction – y compris concernant « le rang et le tour d'être jugé » –, la détermination exclusive de la loi des juges d'attribution ou des évocations, ainsi que des délits et des peines « ne perdant pas de vue cette maxime de la déclaration des droits de l'homme, que *la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* »<sup>2401</sup>. Elle inclut également des

---

<sup>2397</sup> Avant sa conclusion, le député Bergasse y fait une réflexion : « L'influence du pouvoir judiciaire n'a point de bornes ; toutes les actions du citoyen doivent être regardées, en quelque sorte, comme de son domaine ; car, pour peu qu'on réfléchisse, on remarquera qu'il n'est aucune action du citoyen qu'il ne faille considérer comme légitime ou illégitime, comme permise ou défendue, selon qu'elle est conforme ou non à la loi [...]. L'influence du pouvoir judiciaire est donc, pour ainsi dire, de tous les jours, de tous les instants ; et, comme ce qui influe sur nous tous les jours et à tous les instants ne peut pas ne point agir d'une manière très profonde sur le système entier de nos habitudes, on conçoit qu'entre les pouvoirs publics, celui qui nous modifie le plus en bien ou en mal est incontestablement le pouvoir judiciaire ». *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome VIII, *op. cit.*, p. 440 (17 août 1789).

<sup>2398</sup> *Ibid.*, p. 440-450.

<sup>2399</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>2400</sup> Article 2 du projet. *Ibid.*, p. 446.

<sup>2401</sup> Sur la vénalité, Titre II, article 2 : « La vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours ; les juges rendront gratuitement la justice et seront salariés par l'État ». Sur la publicité des actes, articles 14 et 15. Sur l'interdiction de faire des règlements et d'interpréter les lois, article 12. Sur les privilèges de juridiction, article 18 : « Tous les citoyens étant égaux

demandes récentes telles que l'élection des juges pour une période déterminée – s'opposant ainsi à l'inamovibilité des officiers de justice –, l'instauration des suppléants des juges et la motivation des jugements<sup>2402</sup>.

La loi sur l'organisation judiciaire prétend instituer une nouvelle justice. Le souci d'éviter les contentieux devant les juges étatiques est clair puisqu'on s'aperçoit que les premiers articles présentent l'arbitrage comme « moyen plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens »<sup>2403</sup>. C'est d'ailleurs l'intention du député Jacques-Guillaume Thouret, rapporteur du projet, qui suggère l'élément « performatif » dans la loi : « Il faut rappeler aux plaideurs que la justice des tribunaux n'est instituée que comme un remède extrême pour ceux qui n'ont pas l'esprit de s'en passer »<sup>2404</sup>.

La loi simplifie l'organigramme judiciaire, extrêmement complexe sous la monarchie absolue<sup>2405</sup>. La justice de proximité est enlevée aux seigneurs et elle est organisée sur la base d'une nouvelle circonscription – les cantons – et du juge de paix. Celui-ci est élu dans son canton « au scrutin individuel, et à la pluralité absolue des suffrages, par les citoyens actifs réunis en assemblées primaires » pour deux ans, pouvant être réélu<sup>2406</sup>. Il connaît sans appel des affaires inférieures à 50 livres et, à charge d'appel, à 100 livres ainsi que certains cas déterminés par la loi<sup>2407</sup>. Au-dessus les juges de paix se trouvent les tribunaux de district – appelés « juges de première instance » dans l'intitulé du Titre IV. Ils sont composés de cinq juges – et exceptionnellement de six – élus dans les assemblées de leur circonscription pour six ans avec possibilité de réélection<sup>2408</sup>. L'appel de leurs décisions est horizontal car les

---

devant la loi, et toute préférence pour le rang et le tour d'être jugé étant une injustice, toutes les affaires, suivant leur nature, seront jugées lorsqu'elles seront instruites, dans l'ordre selon lequel le jugement en aura été requis par les parties ». Sur les justices d'attribution : « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucunes commissions, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi ». Sur la nécessité des peines, article 21. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XVIII, *op. cit.*, p. 105 (16 août 1790).

<sup>2402</sup> Sur l'élection, Titre II, article 3 : « Les juges seront élus par les justiciables », et article 4 : « Ils seront élus pour six années ; à l'expiration de ce temps, il sera procédé à une élection nouvelle, dans laquelle les mêmes juges pourront être réélus ». Sur les suppléants, article 5 : « Il sera nommé aussi des suppléants qui selon l'ordre de leur nomination, remplaceront, jusqu'à l'époque de la prochaine élection, les juges dont les places viendront vaquer dans le cours des six années [...] ». Sur la motivation des décisions, Titre V, article 15 : « Le rédactions des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes : Dans la première, les noms et qualités des parties seront énoncées ; Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès, seront posées avec précision ; Dans la troisième, le résultat des fait reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés ; La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement ». *Ibid.*, p. 105 et 107.

<sup>2403</sup> *Ibid.*, p. 104, article 1. Il consacre même un droit à l'arbitrage : « les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ».

<sup>2404</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>2405</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §1, ainsi que les annexes 1 et 2.

<sup>2406</sup> Titre III, article 4. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XVIII, *op. cit.*, p. 106.

<sup>2407</sup> Articles 9 et 10. *Ibid.*, p. 106.

<sup>2408</sup> Titre IV, art. 1. *Ibid.*, p. 106.

« juges de district seront juges d'appel les uns à l'égard des autres »<sup>2409</sup>. Le ministère public est représenté par des officiers du pouvoir exécutif nommés commissaires du roi. Leur fonction est néanmoins limitée : au civil, ils ne peuvent pas exercer leur ministère « par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis » ; au criminel, ils ne sont pas accusateurs publics<sup>2410</sup>. Les greffiers sont nommés par les juges et ils sont inamovibles, sauf en cas de prévarication avérée<sup>2411</sup>. Enfin, à côté de cette organisation de droit commun existent trois juridictions spéciales : les bureaux de paix et tribunaux de famille, les juges en matière de police, et les juges en matière de commerce<sup>2412</sup>.

Bien que la législation révolutionnaire comporte angles morts, il est incontestable que la loi des 16 et 24 août 1790 institue une toute nouvelle justice, fondée sur des principes radicalement différents de ceux d'Ancien Régime. L'accent sur la justice de proximité et sur son approche « conciliatrice », de même que la division claire des fonctions juridictionnelles et réglementaires (relevant de l'administration) sont autant de signes de méfiance des députés à l'égard du pouvoir judiciaire tel qu'il existait auparavant. Il faut toutefois observer le contraste paradoxal entre l'importance que les députés accordent au rapprochement des libertés civile et politique au pouvoir judiciaire, et l'intérêt qu'ils prennent à éviter aux citoyens d'y accéder. Demeure l'idée, dans l'esprit des révolutionnaires, que les juges sont garants des libertés seulement dans la mesure où ils appliquent les lois. Voilà pourquoi tout l'accent est mis sur ces dernières : les « formes juridiques » auxquelles les citoyens ont « droit » sont davantage les lois, et pas le droit *dit* par les juges<sup>2413</sup>. La justice s'institue donc à travers la procédure qui manifeste la volonté générale de la nation, et non à travers un quelconque raisonnement historique, coutumier ou fonctionnel.

Face à la mosaïque juridictionnelle de l'Ancien Régime, l'Assemblée nationale entend instituer une justice plus accessible parce que plus intelligible. Ce constat s'opère également avec les premières lois concernant la procédure.

---

<sup>2409</sup> Titre V, art. 1. *Ibid.*, p. 107.

<sup>2410</sup> Titre VIII, article 1 concernant la nomination par le roi ; article 2 concernant les fonctions au civil ; et article 4 concernant les fonctions au pénal et criminel. *Ibid.*, p. 108.

<sup>2411</sup> Titre IX, articles 1 et 4. *Ibid.*, p. 108.

<sup>2412</sup> Titres X, XI et XII. *Ibid.*, p. 108-110. La législation postérieure concernant la justice criminelle divise par ailleurs les juges en matière civile et en matière criminelle, contrairement à l'unité des tribunaux d'Ancien Régime.

<sup>2413</sup> L'on connaît l'hostilité radicale de Robespierre, qui affirme que le mot de jurisprudence « doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence ». Sur ce point, voir, parmi d'autres : COLSON, R., *La fonction de juger...*, *op. cit.*, p. 123-126 ; HILAIRE, Jean, « Jugement et jurisprudence », *APD*, Tome 39, 1994, p. 181-190 ; REMY, Philippe, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 107, n. 4, 2003, p. 22-36.

## ii. *Unifier et rationaliser les formes*

Si les ordonnances civile et criminelle de Louis XIV présentaient déjà l'intérêt d'unifier les procédures de justice dans tout le royaume, il ne reste pas moins vrai que l'agencement des juridictions ainsi que la conception des sources se dressait en obstacle au rêve d'unité. Les révolutionnaires songent également à supprimer la diversité de styles issus de la jurisprudence des parlements d'Ancien Régime. La loi des 16 et 24 août 1790 l'affirme dans les articles 19 et 20 relatifs à la réforme de la procédure civile dont le souci est la « simplicité »<sup>2414</sup>, et 21 – relatif à la réforme du « code pénal » – inexistant à l'époque<sup>2415</sup>. L'institution d'un nouvel ordre judiciaire, emportant la suppression des justices de privilège de type seigneurial ou municipal, va évidemment dans ce sens unificateur. Or la nouvelle rationalisation des formes judiciaires se caractérise davantage par la simplification du procès qu'elle entraîne.

Concernant la procédure civile, outre les dispositions sur l'arbitrage évoquées plus haut, l'Assemblée nationale ne légifère qu'en 1793, avec le décret du 24 octobre<sup>2416</sup>. Il simplifie à l'extrême les formes du contentieux judiciaire, se montrant d'une part en accord avec les vœux de l'article 20 de la loi du 16-24 août 1790 et d'autre part, en opposition au formalisme de l'ordonnance civile de 1667. Le nombre d'articles et le laconisme du texte en sont l'illustration : les citations peuvent être faites « par un simple exploit »<sup>2417</sup> ; l'usage des requêtes est supprimé et remplacé par « un simple mémoire »<sup>2418</sup> ; les notifications sont réduites au minimum, tout comme les « jugements préparatoires »<sup>2419</sup>, ces derniers n'étant susceptibles d'aucun recours pendant le temps de l'instruction<sup>2420</sup>. Toute la procédure est publique, les juges ne consacrant un moment secret qu'à « l'examen des pièces » avant le jugement définitif. La délibération est publique, les juges doivent opiner à haute voix et prononcer le jugement en audience<sup>2421</sup>. L'appel du jugement définitif suit les mêmes règles. Le décret cristallise

---

<sup>2414</sup> Titre II, article 19 : « Les lois civiles seront revues et réformées par les législateurs ; et il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution ». Article 20 : « Le code de la procédure civile sera incessamment réformé, de manière qu'elle soit rendue plus simple, plus expéditive et moins couteuse ». *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XVIII, *op. cit.*, p. 105.

<sup>2415</sup> Titre II, article 21 : « Le code pénal sera incessamment réformé, de manière que les peines soient proportionnées aux délits ; observant qu'elles soient modérées [...] ». *Ibid.*, p. 105.

<sup>2416</sup> *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome LXXVII, *op. cit.*, p. 478-479.

<sup>2417</sup> Article 1, *ibid.*, p. 478. Notons qu'à l'époque les parties devaient théoriquement aller au préalable devant les arbitres publics pour tenter une conciliation, ce qui suppose que les formalités liées à l'ajournement étaient remplies à ce moment.

<sup>2418</sup> Article 2, *ibid.*, p. 478.

<sup>2419</sup> Article 3, 4 et 5, *ibid.*, p. 478.

<sup>2420</sup> Article 6, *ibid.*, p. 478.

<sup>2421</sup> Article 10, *ibid.*, p. 479.

en outre la mauvaise réputation des procureurs d'Ancien Régime, nommés « avoués », d'autant que six des dix-sept articles qu'il contient traitent du sujet : ils sont supprimés, et ceux qui auront eu des frais à demander en raison des procès avant l'entrée en vigueur de la suppression voient leurs moyens d'action limités<sup>2422</sup>. Cette « justice sans procédure », selon les mots de Serge Dauchy<sup>2423</sup>, a le mérite de vouloir rompre avec les excès procéduriers du passé en unifiant et en simplifiant le contentieux civil. En même temps, son échec rapide donne conscience au législateur que « la technique procédurale demeure la condition première d'une mise en œuvre efficace des garanties que la procédure doit apporter aux justiciables »<sup>2424</sup>. Son abrogation n'empêche pas le phénomène d'unification des formes qui se prolonge également avec la procédure criminelle.

Cette dernière est réformée plus tôt et de manière graduelle, principalement avec les lois des 19 et 22 juillet et des 16 et 29 septembre 1791<sup>2425</sup>. Elles réduisent les fonctions de police à la compétence de deux instances à caractère national : les juges de paix et la gendarmerie nationale. Les formes de la dénonciation sont simplifiées : le dénonciateur doit faire sa déclaration avec la dénonciation et fournir une caution pour la poursuivre. Les procès-verbaux sur les lieux sont faits davantage par les gendarmes, en présence de deux notables du lieu qui doivent signer le procès-verbal. Les formes du mandat contre un individu sont aussi simplifiées<sup>2426</sup>.

Elles instaurent en outre deux types de jurys, qui symbolisent la division du procès : ceux de l'accusation et ceux du jugement. Le premier moment est dirigé par le juge de district, lequel doit entendre le prévenu dans les vingt-quatre heures après avoir délibéré son *visa* au porteur du mandat<sup>2427</sup>. Une fois l'audition réalisée, le directeur du jury ainsi que la partie plaignante peuvent dresser un acte d'accusation qui est examiné par le commissaire du roi – ministère public. Ce dernier peut entériner l'acte du directeur du jury, auquel cas le tribunal du district décide si l'acte est ou non de nature à mériter une peine afflictive ou infamante<sup>2428</sup>. Si c'est le cas, le jury d'accusation entre

---

<sup>2422</sup> Articles 12 à 17, *ibid.*, p. 479.

<sup>2423</sup> DAUCHY, Serge, « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », *1806 – 1976 – 2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Cour de Cassation, Paris, Novembre 2006, p. 4. Disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224/document> (consulté le 30 avril 2020).

<sup>2424</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>2425</sup> Le texte est disponible dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XXXI, *op. cit.*, p. 642-664.

<sup>2426</sup> Concernant les fonctions des juges de paix et des gendarmes : *ibid.*, p. 643. Sur les dénonciations : p. 644. Sur les formalités du procès-verbal sur les lieux : p. 645. Sur les formalités du mandat : p. 645-645.

<sup>2427</sup> *Ibid.*, p. 650.

<sup>2428</sup> *Ibid.*, p. 651.

en scène pour décider « si le délit qu'on lui impute [au prévenu] est de nature à mériter l'instruction d'une procédure criminelle, et s'il y a déjà des preuves suffisantes à l'appui de l'accusation »<sup>2429</sup>. La décision du jury d'accepter l'accusation a comme conséquence le renvoi de l'accusé devant le tribunal du département et sa détention dans une maison de justice ; c'est là que l'instruction de la procédure criminelle commence. Celle-ci met en place l'accusateur public, le commissaire du roi, le tribunal de département dirigé par un président et le jury de jugement<sup>2430</sup>. La forme choisie par le décret est « orale, contradictoire, publique et purement accusatoire : l'accusateur public et l'accusé combattent à armes égales »<sup>2431</sup>. Le jury de jugement, composé de douze citoyens, doit se prononcer sur les faits et la culpabilité. S'ils les reconnaissent, le commissaire du roi demande l'application de la loi et le tribunal du département prononce la peine déterminée par la loi<sup>2432</sup>.

La nouvelle procédure criminelle rompt à plusieurs titres avec les formes de la justice criminelle d'Ancien Régime. Premièrement, elle enlève toutes les fonctions d'information et d'instruction aux différents agents publics qui sont présents au moment du jugement et notamment aux juges qui prennent part tant à la procédure au moment de l'accusation – les juges du district – qu'au moment du jugement – les juges du tribunal du département<sup>2433</sup>. Deuxièmement, le caractère accusatoire met au moins théoriquement l'accusateur et l'accusé sur un plan d'égalité, contrairement à la procédure inquisitoire d'Ancien Régime<sup>2434</sup>. Troisièmement, la rationalité ultime du procès criminel est fondée sur la légitimité des jurys qui jugent les faits, ce qui découle de la conception du citoyen faisant partie – directement ou par représentation – de l'Assemblée nationale législative<sup>2435</sup>. Enfin, face à la relative « simplicité » de la procédure criminelle d'Ancien Régime, les formes instaurées par les lois de 1791 mêlent la complexité de la procédure avec un discours récurrent de protection des

---

<sup>2429</sup> *Ibid.*, p. 651.

<sup>2430</sup> *Ibid.*, p. 652 et ss.

<sup>2431</sup> CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 438.

<sup>2432</sup> Le jury est composé de 12 jurés principaux et 3 suppléants. Voir : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XXXI, *op. cit.*, p. 654 et ss.

<sup>2433</sup> Contrairement à la procédure d'Ancien Régime dans laquelle le juge d'instruction ou le lieutenant criminel prenaient part directement à l'enquête et aux informations.

<sup>2434</sup> L'abolition de la torture, de la sellette et du secret de la procédure inquisitoire font évidemment partie des éléments qui renforcent le caractère moins inégalitaire du procès.

<sup>2435</sup> Voir : BERGER, Emmanuel, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, PUR, 2008, p. 163-171 ; DURANCON, Delphine, *La Cour d'assises : une juridiction séculaire et atypique en perpétuelle quête de rénovation*, Thèse de Droit, Université Paris-Saclay, 2015, p. 101-128 ; RICHARD, Julie, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Thèse de Droit, Université de Montpellier, 2017, p. 37-64.

libertés des citoyens<sup>2436</sup>. Néanmoins, comme le relève Allen Robert, certaines dispositions montrent que la rupture n'est pas totale car les révolutionnaires ont suivi sur quelques aspects les formes de la procédure contenues dans l'ordonnance criminelle de 1670<sup>2437</sup>. De même, la pratique montre qu'une différence centrale entre les deux dispositifs – à savoir, la suppression du juge d'instruction dans la législation révolutionnaire – a laissé la place dans les faits à un phénomène similaire, puisque le directeur du jury est devenu progressivement une sorte de juge d'instruction<sup>2438</sup>.

Au-delà des nuances nécessaires comme la continuité de certains dispositifs de l'Ancien Régime, la succession de procédures spéciales après les lois de 1791 et l'« hypertrophie du politique »<sup>2439</sup> de l'époque de la Terreur, il n'en reste pas moins vrai que les années postérieures à la Révolution voient s'amplifier une vision légaliste de la procédure. Aucune forme, aucune procédure, ne peuvent donc être issues d'une source extra-législative car seule la loi peut assurer la généralité de son contenu et être fondée sur la rationalité individualiste qui en fait le gage des libertés individuelles.

### iii. *Garantir les libertés des justiciables*

Contrairement aux vœux des ordonnances royales relatives à la justice déclarés principalement dans les préambules, la législation révolutionnaire répète fréquemment que l'intérêt des procédures consiste à maintenir les droits et libertés individuelles des citoyens. Il s'agit bien entendu d'un élément « performatif » de la législation, montrant notamment que les lois garantissent les droits qu'elles déclarent et concrétisent face aux actions des agents du pouvoir public<sup>2440</sup>.

En matière civile, la loi sur l'organisation de la justice des 16 et 24 août 1790 considère comme un droit des justiciables le fait de pouvoir dirimer leurs controverses devant des arbitres, car elle affirme que « les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du

---

<sup>2436</sup> En ce sens, l'écho de Montesquieu résonne (voir *supra*, chapitre 2, section 2, §2-C). Concernant le discours autour de la liberté individuelle, voir *infra*, p. 475-479.

<sup>2437</sup> Il liste : le rôle du plaignant et du dénonciateur, la confrontation entre l'accusateur et l'accusé au stade du procès (et non dans la phase préparatoire), l'interdiction à l'accusé d'un conseil durant la phase préparatoire, la procédure restait secrète jusqu'à la phase du procès, et enfin l'influence de la procédure écrite sur le jury d'accusation. ROBERT, Allen, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, PUR, 2005, Chapitre I, §13-16, version numérique disponible sur : <http://books.openedition.org/pur/8127> (consulté le 30 avril 2020).

<sup>2438</sup> *Ibid.*, §20.

<sup>2439</sup> Selon les mots de : CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 442-449.

<sup>2440</sup> En contraste avec le langage révolutionnaire, les ordonnances royales parlent toujours de « s'acquitter de la dette de justice », de protéger la « vie, l'honneur et les biens » de ses sujets, et de conserver l'ordre.

compromis »<sup>2441</sup>. Le caractère dialogique de la procédure est renforcé car, outre la préférence d'une procédure accusatoire, les articles relatifs à l'appel mettent l'accent sur le fait que celui-ci doit être convenu de manière explicite entre les parties<sup>2442</sup>.

En matière criminelle, les lois sur la procédure de 1791<sup>2443</sup> insistent sur l'importance de protéger la liberté des citoyens qui font l'objet d'un procès de cette nature. Elles détaillent les conditions de détention des prévenus et enjoignent aux officiers municipaux chargés des maisons d'arrêt de « veiller à ce que le bon ordre et la tranquillité règnent dans ces maisons »<sup>2444</sup> ainsi que de protéger l'intégrité des prévenus : « Il ne doit jamais perdre de vue que ces individus, dont la société a cru devoir s'assurer par la détention de leurs personnes, n'en sont pas moins sous la protection de la loi, qu'elle prend même un soin plus particulier de leur conservation [...] »<sup>2445</sup>. Le contrôle des geôliers et gardiens des lieux de détention est étroit, car il vise à « prévenir les détentions arbitraires », ce qui est assuré non seulement en menaçant les dépositaires du pouvoir (c'est-à-dire, ceux qui peuvent expédier les mandats d'arrêt) mais aussi « en défendant expressément à tout gardien ou geôlier de recevoir ou retenir qui que ce soit, si ce n'est en vertu de mandats d'arrêts, ordonnances de prises de corps ou jugements de condamnation »<sup>2446</sup>, sous peine de se rendre coupable de détention arbitraire. En outre, les parents, amis et voisins du détenu peuvent demander à l'officier municipal de faire représenter ledit détenu, ce que les geôliers ne peuvent refuser (sauf s'il y a ordre exprès du juge de tenir le détenu au secret)<sup>2447</sup>. Le détail de ces dispositions est, par la suite, justifié :

« Ce respect scrupuleux pour les droits individuels est un des premiers devoirs de la législation chez un peuple libre. *Ce n'est point assez que les grandes masses de la Constitution assurent la liberté politique, il faut que tous les détails des institutions secondaires protègent la liberté individuelle* »<sup>2448</sup>

Les jurys sont présentés comme les garants par excellence de la liberté individuelle des citoyens. Le jury d'accusation doit tâcher non seulement d'analyser

---

<sup>2441</sup> *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XVIII, *op. cit.*, p. 104.

<sup>2442</sup> Articles 4 et 5. *Ibid.*, p. 104-105.

<sup>2443</sup> *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, Tome XXXI, *op. cit.*, p. 642-664.

<sup>2444</sup> *Ibid.*, p. 648.

<sup>2445</sup> *Ibid.*

<sup>2446</sup> *Ibid.*

<sup>2447</sup> *Ibid.*, p. 649.

<sup>2448</sup> *Ibid.* (nous soulignons).

les aspects « substantiels » de l'affaire – si le délit est de nature à mériter l'instruction d'une procédure criminelle et s'il y a déjà suffisamment de preuves – mais aussi « les motifs qui ont déterminé à établir un juré d'accusation » se fondant sur « le respect pour la liberté individuelle »<sup>2449</sup>. Ainsi, le texte même évoque qu'un homme doit trouver des moyens faciles et prompts de recouvrer sa liberté, d'autant qu'il a pu la perdre « par l'effet d'une erreur ou de soupçons mal fondées, ou si son arrestation n'est que le fruit de l'intrigue, de la violence, ou d'un abus d'autorité »<sup>2450</sup>. Voilà pourquoi le jury d'accusation doit prendre en compte les éléments de l'enquête qui doivent donner de « fortes présomptions » et « un commencement de preuves déterminantes »<sup>2451</sup>. Dans l'esprit de la loi, ce n'est qu'après que le jury d'accusation s'est prononcé que la liberté de la personne accusée est sérieusement remise en cause, puisque le directeur du jury doit rendre une ordonnance de prise de corps.

Le renvoi devant un nouveau tribunal et face à un nouveau jury est également conçu comme une garantie du justiciable :

« Les préventions personnelles, les impressions locales qui auraient pu déterminer une première décision contre l'accusé s'effacent à une certaine distance du lieu du délit ; de nouveaux jurés, d'autres juges vont statuer sur le sort de l'accusé ; ainsi la loi n'a négligé aucun des moyens capables de le rassurer contre toute espèce d'influence défavorable »<sup>2452</sup>

Qui plus est, c'est à ce moment que l'accusé peut exercer ses droits en tant que tel : *primo*, il doit être entendu par le président du tribunal dans les vingt-quatre heures de son arrivée à la maison de justice ; *secundo*, il peut récuser jusqu'à vingt jurés du tableau présenté par le président du tribunal ; *tertio*, il peut choisir son conseil – ou, le cas échéant, le président du tribunal peut le lui désigner – ; *quarto*, il peut demander de faire entendre les témoins qui n'ont pas été entendus devant l'un des juges du tribunal avant l'assemblée du juré ; *quinto*, il doit connaître les noms des témoins au moins vingt-quatre heures avant l'examen ; *sexto*, lui ou son conseil peut questionner le témoignage ou les qualités personnelles des témoins une fois ceux-ci les ont déposés ; *septimo*, il peut faire entendre ses témoins non seulement « pour établir son

---

<sup>2449</sup> *Ibid.*, p. 651.

<sup>2450</sup> *Ibid.*, p. 652.

<sup>2451</sup> *Ibid.*

<sup>2452</sup> *Ibid.*, p. 653.

innocence et se justifier du fait qu'on lui impute, mais [aussi] pour attester qu'il est homme d'honneur et de probité et qu'il est d'une conduite irréprochable [...] » ; *octavo*, lui ou son conseil peut répondre aux moyens de justification de l'accusation donnés tant par l'accusateur public que par la partie plaignante ; *nono*, il peut même une fois déclaré coupable « soutenir que ce fait n'est pas défendu par la loi, qu'elle ne le regarde pas comme un délit, ou qu'il ne mérite pas la peine à laquelle a conclu le commissaire du roi » ; *decimo*, l'accusé peut se pourvoir en cassation<sup>2453</sup>.

Si la fragilité du système révolutionnaire est dévoilée pendant le temps de la Terreur, la législation postérieure revient aux principes de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. En effet, la loi du 25 octobre 1795 – 3 brumaire an IV – dite « Code des délits et des peines »<sup>2454</sup>, qui englobe autant l'organisation judiciaire que la procédure criminelle, réaffirme l'intérêt de garantir les libertés des justiciables. Elle reprend presque à la lettre les dispositions des lois précédentes<sup>2455</sup> et met davantage l'accent sur la liberté des citoyens, comme l'illustre l'intitulé du Titre XIX du deuxième Livre : « Des moyens d'assurer la liberté des citoyens contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires »<sup>2456</sup>. Ce titre contient plusieurs dispositions très détaillées sur la protection des libertés individuelles face aux différentes autorités de police ou de justice<sup>2457</sup>. Pourtant, comme le relève Jean-Marie Carbasse, les années postérieures montrent la permanence des mesures exceptionnelles, la recrudescence des peines pour certains délits et, de manière générale, l'inefficacité dans le maintien de l'ordre qui est le propre de l'administration de la justice<sup>2458</sup>.

Si le constat de Jean-Marie Carbasse explique le fait que la France tend à chercher davantage de « sécurité » (publique) que de « sûreté » (individuelle) dans les

---

<sup>2453</sup> Pour l'audition devant le président du tribunal : *Ibid.*, p. 655 ; sur les récusations : p. 654-655 ; sur le droit au conseil : p. 655 ; sur la demande des témoins : p. 655 ; sur la connaissance des témoins de la contrepartie : p. 656 ; sur le questionnement des témoins : p. 656 ; sur le contenu des témoignages des témoins appelés par l'accusé : p. 656 ; sur les réponses face aux justifications données par l'accusateur public ou par les plaignantes : p. 656 ; sur les déclarations qui peut faire l'accusé déclaré coupable : p. 661 ; sur le droit de se pourvoir en cassation : p. 661.

<sup>2454</sup> Disponible sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56729589> (consulté le 30 avril 2020).

<sup>2455</sup> Pour Jean-Marie Carbasse, les articles relatifs aux peines « reprennent à peu près exactement les dispositions du Code de 1791, en quelque sorte promulgué une seconde fois ». CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 447.

<sup>2456</sup> *Code des délits et des peines du 3 brumaire An IV*, précité, p. 109-112.

<sup>2457</sup> Pour une analyse de la loi : PENA, Marc, « Les droits de la défense dans le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV », *Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif*, 41-2, 1990, p. 349-387.

<sup>2458</sup> Nous nous permettons une longue citation : « Après le coup d'État antiroyaliste de l'an V, ce sont les lois de déportation des prêtres réfractaires qui sont brusquement remises en vigueur. En l'an VII, une loi du 30 prairial (18 juin 1799) renoue avec la procédure expéditive de la mise hors la loi. Quelques jours après, le 24 messidor (12 juillet), les directeurs promulguent une loi qui permet d'interner comme otages, dans certains départements, des parents d'émigrés ou de "contre-révolutionnaires"... On est donc fort loin d'un "État de droit" libéral. Du moins la justice pénale ordinaire paraissait-elle soucieuse des règles et respectueuse des droits individuels. Mais le bilan de son activité est très médiocre. Faiblesse du ministère public, laxisme des jurys, inorganisation du système carcéral : tout concourait à faire des tribunaux ordinaires des instruments de maintien de l'ordre à peu près inefficaces ». CARBASSE, J.-M., *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 448.

années qui suivent la Révolution<sup>2459</sup>, la rationalité des normes procédurales ne change pas substantiellement. Dorénavant, toute modification de la procédure en rapport avec les libertés doit être faite par des dispositifs qui s'accordent avec l'échelle de l'État-Nation<sup>2460</sup>. Autrement dit, les procédures qui assurent les libertés publiques individuelles sont celles que les lois consacrent.

\*

\*       \*

La seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle voit s'amplifier une pensée qui a des fondements radicalement différents de ceux qui ont forgé l'État monarchique. Le rationalisme individualiste façonné depuis le siècle précédent dans la pensée des auteurs tels que Locke ou les jusnaturalistes a des conséquences sur la manière de concevoir les normes relatives à la procédure. La liberté en tant que « propriété de soi » est mise en avant : elle est fondée principalement sur les démonstrations rationnelles des auteurs d'où découle également l'égalité originelle des individus. Or il ne s'agit guère d'une égalité « de moyens » – comme l'affirment d'ailleurs certains députés –, mais bien d'une conscience égale de la liberté et d'un intérêt égal à sa conservation. La vision contractualiste de la société et *a fortiori* du pouvoir politique en est un corollaire : la Constitution et les lois sont fondamentalement des « accords » entre les individus qui assurent la part de liberté qu'ils retiennent face aux agents du pouvoir étatique. Les normes sur la procédure précisent les limites à l'action de ces agents et, du fait que cette limitation comporte une protection des libertés individuelles, elles « appartiennent » aux citoyens. Si à l'époque révolutionnaire il n'existe pas de notion englobante de cette idée, elle se manifeste à plusieurs reprises et de manière composite dans les cahiers de doléances, les déclarations des droits, les constitutions et la législation procédurale de l'époque.

---

<sup>2459</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>2460</sup> Autrement dit, les procédures d'élaboration de la norme s'inscrivent dans le cadre étatique. La liberté dans son rapport avec les procédures de justice ne sera désormais plus justifiée à travers d'un raisonnement historique/coutumier.



## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Pendant les deux derniers siècles de son existence, la monarchie s'est comme emparée du droit du procès ; ou plus exactement, de la prérogative de créer le droit *positif* procédural. Les ordonnances royales, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, prétendaient instituer un système judiciaire complet et autoréférentiel sur le principe séculaire selon lequel « toute justice émane du roi ». La législation royale aspirait à donner un cadre normatif à l'exercice de la puissance publique par les agents royaux, en même temps qu'elle était présentée comme un bouclier face à ceux qui exerçaient une puissance publique concurrente – à la fois dans un sens concordant ou de concert et d'un sens discordant ou d'opposition.

Pour ce faire, la royauté a prétendu institutionnaliser davantage les instances de véridiction : d'une part, elle rationalise les critères de détermination et de hiérarchisation des instances juridictionnelles ; d'autre part, elle forge une discipline (dans le sens de « savoir »), une déontologie des officiers de justice et une responsabilité fonctionnelle. L'idée sous-jacente est que le juge royal – ou, de manière plus générale, le juge à qui le souverain octroie ou dont il tolère la juridiction tout en l'encadrant – est en soi une garantie pour le justiciable. D'abord, son jugement est « autorisé » par le souverain. Ensuite, son savoir est institutionnalisé à travers la législation royale (qui, rappelons-le, est la volonté du souverain). Enfin, les effets de sa décision sont en quelque sorte « garantis » par la puissance étatique, y compris lorsque la décision est contestée.

La législation royale confère également la protection aux justiciables en précisant et en hiérarchisant les formes pour l'établissement des faits. Depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, elle donne la priorité aux formes écrites : les juges doivent s'assurer de leur pertinence ainsi que de leur authenticité ; les parties peuvent le cas échéant s'inscrire en faux – ce qui se présente comme une garantie « objective ». En outre, elle détermine soigneusement les formes orales de la preuve qui permettent de produire la véridiction : l'aveu – et *a fortiori* la torture comme moyen d'accéder à l'aveu – et le témoignage – qui comprend aussi les formes qui permettent au justiciable de contredire les faits à sa charge. La détermination légale est ainsi une garantie contre l'arbitraire des juges, car le fonds doctrinal depuis le Moyen Âge est la théorie dite des « preuves légales », qui

prétend établir mécaniquement la vérité, fixant au préalable la valeur des preuves obtenues.

La doctrine procédurale insiste sur l'importance des formalités dans l'administration de justice. En matière criminelle, dans laquelle la rigidité de la procédure ne fait pas de discussion, la doctrine souligne à l'envi le principe de légalité de l'instruction : la loi royale est davantage le dispositif qui détermine les formes juridiques. Elle tente en outre de préciser la portée de ces dispositifs et d'harmoniser l'ensemble, pour le rendre plus intelligible. En même temps, certains auteurs manifestent le souci de protéger les justiciables, non pas à travers une modification substantielle des procédures mais de l'application rigoureuse des normes procédurales et du recours aux nullités de forme. Cela inclut notamment le développement systématique de l'appel hiérarchique comme une garantie autant pour l'ordre juridique que pour le justiciable.

Pour autant, l'affirmation d'un système judiciaire désormais établi par la royauté et la systématisation que réalise la doctrine se heurtent à toute une série d'écueils, qui remettent en cause l'idée d'un « ordre juridique » en matière procédurale – et par conséquent l'idée d'un droit du procès *stable* qui serait favorable aux sujets face à d'éventuelles dérives arbitraires. L'agencement du régime de la monarchie absolue et son corollaire judiciaire – « toute justice émane du roi » – permet au roi et à ses agents au sommet de la hiérarchie politique d'écarter les formes que la législation même établit. Les exemples sont légions : la superposition des justices extraordinaires aux juridictions ordinaires (pour des raisons politiques, financières, d'ordre public, de discipline judiciaire), les évocations de propre mouvement et les lettres de cachet sont autant de moyens que la royauté utilise pour détourner les formes légales qu'elle a pourtant mises en place. En outre, si la législation royale prétend « unifier » les sources des procédures de justice, force est de constater que la monarchie est loin de pouvoir uniformiser les formes judiciaires. D'une part, les justifications historiques des prérogatives juridictionnelles demeurent présentes opérationnelles, dont résulte une diversité féroce défendue par ses détenteurs. D'autre part, les juridictions ordinaires à l'échelle provinciale adhèrent toujours aux particularismes dans les procédures de justice. Le résultat est alors, d'un point de vue « objectif », un système extrêmement complexe ; et d'un point de vue « subjectif », un système peu intelligible pour les sujets du roi.

Face aux fondements et à l'agencement institutionnel de la monarchie absolue de droit divin, dès la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, certaines voix s'élèvent contre un régime qu'elles perçoivent de plus en plus comme despotique. Le débat constitutionnel reprend avec l'affaire des légitimés au moment de la régence de Philippe d'Orléans, qui rappelle le caractère intangible de certaines lois face à la volonté du feu roi Louis XIV. Si certains milieux relayent une vision traditionnelle des lois « constitutionnelles », c'est-à-dire les lois fondamentales de la monarchie d'origine coutumière ; d'autres lui préfèrent une vision « rationaliste » en insistant tant sur leur évidence rationnelle, que sur leur caractère consensuel. Désormais, le concept de constitution, ainsi que son contenu, n'est plus réduit à ces quelques conditions d'accès et d'exercice de la fonction royale que les lois fondamentales consacraient. Il est en effet amplifié pour désigner un agencement des fonctions dans l'État monarchique permettant une limitation du pouvoir souverain.

En parallèle avec le débat relatif à la constitution de l'État monarchique, un nouveau sujet politique entre en scène : le peuple formant une communauté nationale. Les jusnaturalistes, toujours par le biais de leur méthode démonstrative, affirment qu'il est à l'origine de toute organisation sociale et politique, de telle sorte qu'il lui revient la fonction de la constituer – ou, le cas échéant, de la reconstituer. La monarchie absolue est remise en cause, et notamment sa prérogative principale de légiférer seule. Cela a des conséquences sur la manière de concevoir la procédure pour confectionner les lois, car il devient de plus en plus évident que dans un bon agencement du régime le peuple doit avoir accès aux formes qui lui permettent au moins de manifester son *consentement* aux lois. Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, cette vision se concrétise dans la demande croissante de réunion des États généraux. Cependant, le consentement exprimé par les institutions traditionnelles de la monarchie est rapidement dépassé par l'instauration d'une nouvelle assemblée qui prétend constituer le pouvoir politique, et forger une procédure législative sur la base de l'accord réalisé entre les individus.

L'absence de constitution est également décriée en ce qui concerne l'administration de justice : ici, le fondement est la division fonctionnelle du pouvoir que Montesquieu décrit dans l'*Esprit des Lois*. Les critiques s'amplifient au milieu du siècle : la procédure criminelle est de manière générale contestée, en raison de sa sévérité et de l'arbitraire qui a comme conséquence l'erreur judiciaire et *in fine* la remise en cause de la justice. La procédure civile est aussi critiquée, notamment par les

longueurs et les coûts qu'elle entraîne. En outre, une littérature relative aux procès judiciaires se développe, ce qui a comme conséquence que l'administration de justice est un sujet dont l'opinion publique commence à s'intéresser.

Ainsi, deux idées se développent en parallèle : en premier lieu, concernant la procédure législative, on entérine l'idée de que le « peuple » doit y participer et, de ce fait, chaque individu directement ou par ses représentants ; en second lieu, concernant la procédure judiciaire, on crée la conscience de qu'elle est amenée à protéger les libertés des individus. Leur fondement est la liberté « originelle » de chaque individu, ainsi que l'égalité qui découle de cette liberté. Voilà pourquoi, aux yeux des réformateurs et, plus tard, des révolutionnaires, il est nécessaire de rendre explicites les formes qui permettent à la liberté politique de chaque individu/citoyen de se manifester, et à la liberté civile de chaque individu d'être conservée. Les déclarations des droits de l'époque révolutionnaire, les premières constitutions – tant monarchiques que républicaines –, et les premières lois sur la procédure judiciaire, sont en ce sens l'expression « officielle » (même si dans certains cas elles ont été très éphémères) d'un droit *au procès* appartenant aux individus.

## Conclusion générale

---

Au terme de cette étude, il est nécessaire de rappeler que son objet n'est nullement de proposer une vision « finaliste » du chemin tracé qui permettrait d'aller en amont pour chercher les origines documentaires d'un « droit au procès équitable ». À l'exception de quelques exemples anglais et américains, il n'existe, pour l'époque moderne, aucune trace d'une formule englobante du phénomène que cette étude envisage. L'objectif est de constater les différentes manières de concevoir le rapport entre la (les) liberté(s) et les normes procédurales, pour y repérer la rationalité du discours sur leur subjectivation. L'effort principal de cette recherche a consisté justement à analyser les discours divergents – qu'en raison de leur orientation politique ou de l'origine sociale sont perçus comme irréductiblement opposés – pour trouver les points en commun. Ainsi, il est impossible d'affirmer ou de conclure que la notion de droit au procès en tant que « droit aux formes juridiques » est le résultat d'un processus voulu et réfléchi par un ou plusieurs agents déterminés. Elle résulte plutôt de phénomènes et de discours parfois explicitement contraires tant du point de vue politique qu'épistémologique. Cependant, au-delà des ruptures et des continuités de la longue durée, elle suppose la *subjectivation* de l'énoncé juridique qui, à son tour, nécessite l'existence d'une entité autoréférentielle qui « produit » le droit : l'État.

La procédure est l'expression concrète et détaillée du pouvoir étatique. Les maximes romaines relatives au respect de la *lex* et du *jus* enjoignent le *princeps* en tant qu'image vivante du pouvoir politique. Cependant, l'exercice matériel de la puissance des États modernes est l'œuvre d'un faisceau d'agents hiérarchisés désincarnant ce pouvoir. L'État en tant qu'entité autoréférentielle dépersonnalise le pouvoir et rend désuètes les formes de légitimation issues de la féodalité. L'organisation hiérarchique faite à l'image de celle de la société féodale a certes permis de l'affermir, mais le pouvoir étatique qui surgit à la fin du Moyen Âge s'exerce de plus en plus de manière horizontale en raison de la spécialisation fonctionnelle<sup>2461</sup>. Si les fonctions que le

---

<sup>2461</sup> La métaphore organique en témoigne : le roi est *caput*, les finances sont *nervus rerum*, les juges exercent un sacerdoce, il est alors difficile d'affirmer la suprématie d'une fonction à l'égard des autres. La division fonctionnelle de la *curia regis* est également un exemple, dans la mesure où chaque cour (parlement et chambre des comptes) maintient une autonomie à l'égard de l'autre.

discours étatique revendique – la justice, la police et les finances – ont une certaine hiérarchie entre elles (la première semble être l'*alpha* et l'*oméga* du pouvoir politique dans une société chrétienne), la consolidation du pouvoir désincarné tend à la brouiller. En ce sens, la procédure occupe une place paradoxale : elle est l'exercice (à la fois virtuel et concret) du pouvoir et la preuve de sa « délocalisation ».

La procédure, au sens que Niklas Luhmann accorde au terme, est un indice de la sécularisation du pouvoir politique. Les éléments surnaturels qui légitiment les décisions (judiciaires ou plus généralement « juridiques ») et qui se traduisent par un rituel sont graduellement remplacés par la légitimité institutionnelle. La procédure étatique propose quant à elle une nouvelle forme de véridiction sans ôter complètement les aspects sacraux et religieux des formalités dans la reddition de la justice. Moins « définitive » en ce sens qu'elle ne suppose pas une manifestation immédiate de l'être transcendant, la décision institutionnelle requiert un discours qui lui permet de légitimer un « régime de vérité »<sup>2462</sup>. Le droit du procès accompagné d'une déontologie des agents de la justice est précisément ce régime de vérité, tant en ce qui concerne l'élaboration de la norme que son application. La doctrine procédurale à l'époque de cette étude est le relais du discours royal sur la procédure, en insistant davantage sur sa capacité à produire une vérité objective.

La quête des « formes originelles » du régime politique s'inscrit dans cette fonction de légitimation : même si la théorie de la souveraineté propose la suprématie d'une volonté dans l'État, la soumission des sujets suppose une capacité du souverain de montrer – ne serait-ce que de manière purement performative – qu'il suit les formalités d'usage. La norme étatique – et plus précisément la loi – n'est presque jamais l'expression d'une volonté individuelle (d'ailleurs celle-ci ne doit jamais se montrer de la sorte) mais le résultat d'une série de formes qui permettent de maintenir une apparence de délibération. Pour les particuliers, cette délibération est nécessaire pour préserver leurs « libertés historiques ».

Cependant, la loi et la jurisprudence (au sens de décisions juridictionnelles englobant un principe ou une notion générale qui dépasse les effets *inter-partes*) se substituent progressivement à la coutume en tant qu'expression par excellence de la norme. Ainsi, une juridicité de type institutionnelle se développe en opposition à la

---

<sup>2462</sup> LECLERC, Gérard, « Histoire de la vérité et généalogie de l'autorité », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 111/2, 2001, p. 224-230.

coutume, faisant évoluer l'idée même de liberté. Que cette dernière soit intégrée au pouvoir étatique – comme dans le cas de la confirmation des coutumes ou la rédaction officielle du droit coutumier – ou, au contraire, opposée à ce pouvoir – comme dans la *common law* anglaise ou chez certains juristes français –, les libertés ne retrouvent un sens qu'en rapport avec les formes que l'État souverain propose. La procédure étatique cristallise ainsi tant le contenu des libertés des particuliers que les moyens pour les protéger. D'une part, elle permet de réduire et d'encadrer la contingence coutumière – de telle sorte que la fixation du droit coutumier ne peut être fait que par des moyens institutionnels – ; d'autre part, elle incorpore les figures du pouvoir exogènes au cadre étatique (juridictions seigneuriales, ecclésiastiques ou autres), les limitant aussi bien d'un point de vue hiérarchique que fonctionnel.

La subjectivation de la procédure constitue donc une étape dans le processus d'affermissement du pouvoir étatique de moins en moins incarné (et de plus en plus « bureaucratique »). Le rapport de réciprocité des « libertés historiques » est supplanté graduellement par des libertés statutaires reconnues par le pouvoir étatique, dans une logique de complémentarité<sup>2463</sup>. Malgré le recours permanent aux références anciennes et aux témoignages de respect à l'égard des privilèges et des engagements (qui agit comme performativité de la réciprocité), l'abstraction qu'implique la dépersonnalisation du pouvoir étatique – qui s'accompagne par ailleurs d'une extension territoriale – fait évoluer la pensée sur le droit et les libertés.

Le droit « aux formes juridiques » contient en ce sens un paradoxe. D'abord, il est le résultat de l'affermissement de l'État – car celui-ci s'arroge le monopole des normes procédurales. Or ce droit s'exprime comme un moyen d'action que limite le pouvoir de celui qui le produit : tandis que la formulation des droits subjectifs suppose *a priori* l'inaction de l'État (selon le concept de « libertés négatives »), le droit au procès exige la réalisation des actions préétablies pour que la décision soit considérée comme droit. Ensuite, parce qu'il complexifie les libertés des sujets – en élargissant leur fonction par le fait de leur subjectivation – tout en se présentant comme le moyen

---

<sup>2463</sup> « Une relation purement complémentaire n'est intégrée qu'au niveau abstrait de l'attente. A attend de B une prestation déterminée. Si B attend lui aussi, pour sa part, cette prestation personnelle, s'il accepte donc l'attente de A et agit en conséquence, on peut parler de complémentarité. Les attentes se correspondent ; dans les prestations, en revanche, la relation reste asymétrique et déséquilibrée. Il manque dans un premier temps une réponse à la question de savoir pourquoi B accepte et exauce l'attente de A. En revanche, les relations réciproques sont ordonnées de manière symétrique dans les prestations, c'est-à-dire équilibrées. A attend de B une prestation déterminée, tandis que B en attend une autre de A. Dans ce cas aussi, les attentes doivent être complémentaires pour les deux parties. On y trouve en outre un double rapport de prestations dans lequel des droits et des devoirs apparaissent des deux côtés ». LUHMANN, N., « De la fonction des "droits subjectifs" », *op. cit.*, §6-7.

le plus à même de réduire la complexité du système juridique<sup>2464</sup>. L'idée du « droit au procès » fonctionne comme moyen de légitimer un type de raisonnement sur la liberté qui l'enchaîne nécessairement avec l'État et le pouvoir souverain. En ce sens, même la doctrine la plus favorable à la législation royale – marque principale de l'absolutisme monarchique – insiste sur l'importance des formalités pour protéger la vie, l'honneur et les biens des particuliers. La procédure est la garantie de légitimation des actions de la puissance publique car elle entérine la vérité institutionnelle.

Les théories jusnaturalistes et « libérales » ne font que conduire le phénomène de la juridicité étatique vers des nouveaux fondements. Elles rompent d'abord avec l'historicité des libertés anciennes et par conséquent avec la sémantique de la négociation et le compromis permanent entre le souverain et ses sujets (en réalité, plutôt à travers la « médiation patriarcale » des juristes<sup>2465</sup>). Puis, elles lui substituent une idée de liberté originelle et de surcroît « égale » pour tous les membres du corps politique, liberté qui est à l'origine de l'État lui-même. Ce faisant, elles rapprochent la procédure pour faire la loi – expression privilégiée de la juridicité – avec les garanties judiciaires considérées comme relevant du droit naturel. Qui plus est, elles assimilent lesdites garanties à la « loi naturelle » et prônent la nécessité de les faire rentrer dans le champ du droit positif.

Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'enchevêtrement des théories sur la société politique, l'analyse des formes du régime monarchique et la critique de l'administration de justice s'exacerbent. Les discours traditionnels – celui de la magistrature ancienne en premier – composent avec la sémantique jusnaturaliste et formulent de plus en plus les garanties judiciaires en tant que droit des sujets face à l'arbitraire du pouvoir. S'il s'agit pour la magistrature d'un moyen de maintenir son rôle d'autorité et de médiation patriarcale, son discours bouscule certains principes de l'exercice du pouvoir royal, notamment les *arcana imperii*. La publicité de la procédure d'enregistrement et des débats – *via* l'impression et la divulgation des remontrances – , conjuguée avec la demande accrue de publicité des procédures de justice, dévoile les mystères de l'État monarchique et le « régime de vérité » qu'il propose et qui le légitime. À la veille de la Révolution, les discours traditionnels d'opposition à la

---

<sup>2464</sup> Sur ce point, voir : LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure...*, *op. cit.*, p. 33-40.

<sup>2465</sup> Sur cet aspect, voir les travaux de Francesco Di Donato précités, mais aussi, du même auteur : « La mediazione patriarcale nella monarchia assoluta. Mutazioni del sapere giuridico nella costruzione dello Stato moderno », *Culture parlamentari a confronto. Modelli della rappresentanza politica e identità nazionali*, Andrea Romano (dir.), Bologna, Clueb, 2016, p. 83-98.

suprématie normative de la loi en tant que décision du corps politique sont rapidement désavoués : la magistrature échoue dans sa tentative de maintenir son discours de représentation de la nation ; la royauté, la noblesse (d'épée et de robe) et le clergé doivent composer avec les nouvelles formes de représentation du corps politique.

La Révolution achève le processus de subjectivation de la norme procédurale. Les déclarations des droits qui contiennent les principes relatifs à la procédure énoncés de manière subjective – c'est-à-dire, en tant qu'appartenant aux citoyens du fait du pacte politique – montrent pour la première fois de manière explicite que le « régime de vérité » proposé par le pouvoir étatique au travers des procédures vise les administrateurs du pouvoir et comble les attentes de protection face à l'arbitraire. La norme procédurale bénéficie davantage à un récepteur, qui la « possède » comme une « faculté » ou « capacité » opposable à la puissance étatique. La procédure législative est entendue comme le moyen par excellence d'exercer une liberté politique, garantie de manière égale à tous les citoyens<sup>2466</sup>. La procédure judiciaire est, à son tour, le gage des libertés civiles. En matière criminelle, les normes concrètes encadrant les agents de l'État sont nombreuses et toute la légitimité du système répressif (c'est-à-dire, toutes les éventuelles atteintes aux libertés) réside dans la représentation du jury « populaire » et le contrôle qu'il exerce sur les actions desdits agents. Au contraire, en matière civile, la législation révolutionnaire prétend instituer un contentieux sans procédure. L'intention est certainement de rompre entièrement avec les ordonnances royales et les nombreux intermédiaires qu'elles imposaient. Elle implique aussi un dédain pour la matière, comme si celle-ci ne serait pas un objet important pour le pouvoir étatique ; l'incitation à l'arbitrage dans les dispositifs normatifs en étant une illustration emblématique<sup>2467</sup>. L'ironie laisse perplexe : au moment où le pouvoir politique « déclare » le droit aux formes juridiques déterminées par la loi, celle-ci écarte le contentieux civil de la procédure et par conséquent de la juridicité.

Quoi qu'il en soit, la déclaration des libertés et les moyens procéduraux pour les garantir sont désormais l'objet d'une seule et unique source : la constitution ou la loi

---

<sup>2466</sup> Il va sans dire qu'il ne s'agit guère d'une égalité de tous les humains (hommes et femmes) et qu'elle ne comporte pas l'idée du suffrage universel.

<sup>2467</sup> L'on peut avancer une idée pour expliquer ce désintéret à l'égard de la procédure civile : compte tenu que la justice est gratuite (ou doit l'être) et que ces litiges confrontent les particuliers entre eux sans une intervention des administrateurs du pouvoir (sauf pour la décision du litige elle-même), les révolutionnaires essaient d'écarter cette procédure des fonctions de l'État.

en tant que décision politique<sup>2468</sup>. La boucle est ainsi bouclée ; on peut à nouveau se tourner vers Constant pour qui « les lois sont des actes de défiance. Toutes les constitutions sont des actes de défiance : car si on croyait que le pouvoir ne fera jamais d’empiétement, nous n’aurions pas besoin de constitutions, ni de chambres, ni de lois répressives »<sup>2469</sup>. Si les années révolutionnaires et leur postérité rejoignent toujours un « discours mythique » et finaliste de la procédure, en ce qu’elle aurait toujours comme but « la connaissance vraie et la véritable justice »<sup>2470</sup>, sa permanence est liée davantage à la bureaucratisation croissante du pouvoir.

Les fondements du droit subjectif aux formes juridiques – comme par ailleurs des libertés dites de première génération – sont certes démystifiés très rapidement au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, mais son caractère opérationnel n’en est pas réfuté pour autant. L’enquête pourrait être prolongée sur cet aspect : au moment où le positivisme scientifique prescrit un nouveau « régime de vérité » et où l’économie s’impose comme science du social, la subjectivation des droits – et principalement de la norme procédurale – peut difficilement faire tenir son discours finaliste ; sauf à avouer explicitement le jusnaturalisme sous-jacent et par conséquent le côté « magique » (aux yeux des positivistes) qu’elle entraîne.

Pourtant, la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle voit s’amplifier la portée du droit au procès au-delà du cadre des États-nation – c’est-à-dire, au-delà du cadre dogmatique et politique qui a permis de relier les libertés individuelles autant aux procédures d’élaboration de la norme qu’aux procédures d’application. Le droit au procès équitable consacré dans les déclarations internationales et dans les systèmes régionaux de protection atteint un niveau d’abstraction au-delà de la citoyenneté nationale qui témoigne de la complexité des sociétés mondialisées. Ce phénomène confirme que l’idée d’un droit subjectif aux formes et aux procédures n’est pas liée à une pensée politique « libérale » ni à une justification téléologique universalisante mais bien à une capacité du système politique d’ajuster les procédures aux atteintes sociétales : les droits fondamentaux – et plus particulièrement le droit au procès équitable – des

---

<sup>2468</sup> L’étude pourrait cependant s’étendre au discours légitimant ce processus de subjectivation au-delà des frontières de la France, notamment pour contraster le légicentrisme révolutionnaire avoué avec celui des autres États moins centralisés (l’Espagne) ou dans lesquels la nomophilie est moins présente (Angleterre).

<sup>2469</sup> CONSTANT, Benjamin, Discours dans la Chambre de Députés du 2 mai 1828. *Archives parlementaires, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860, faisant suite à la réimpression de l’ancien "Moniteur" et comprenant un grand nombre de documents inédits*, Deuxième série (1800-1860), Tome LIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 618.

<sup>2470</sup> LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure...*, *op. cit.*, p. 12.

déclarations internationales entérinent la fonction « préventive » de la norme face au pouvoir étatique. Seulement, le système juridique n'est plus réductible à l'État ; le droit au procès dépasse les bornes des juridictions étatiques.



## Bibliographie

---

### Ouvrages, thèses et monographies

**ABAD (Reynald)**, *La grâce du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Presses de l'université Paris-Sorbonne, 2011.

**ABOUCAYA (Laurent)**, *Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel : les coryphées suisses du droit naturel et des gens, XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Toulouse 1, 1989, 395 p.

**AGUER (Agnès)**, *L'avocat dans la littérature du Moyen Âge et de la Renaissance*, Paris, L'Harmattan, 2010.

**ID.**, *L'avocat dans la littérature de l'Ancien Régime, du XVII<sup>e</sup> jusqu'à la Révolution française*, Paris, L'Harmattan, 2011.

**ALLIER (Raoul)**, *Voltaire et Calas : une erreur judiciaire au XVIII<sup>e</sup> siècle*, [s.l.], Editions Ampelos, 2012.

**ALTHUSSER (Louis)**, *Montesquieu, la politique et l'Histoire*, Paris, PUF, 1959.

**ALVAZZI DEL FRATE (Paolo)**, *Il principio del giudice naturale nella Francia d'Ancien Régime : secoli XVI-XVIII*, Roma, V&V, 1996.

**ANDRIEU (Christian)**, *Les commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1955, 113 p.

**ANTOINE (Michel)**, *Le conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Genève, Droz, 2010.

**ID.**, *Le dur métier du roi. Etudes sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1986.

**ARQUILLIÈRE (Henry-Xavier)**, *L'augustinisme politique. Essai sur la formation des théories politiques au Moyen Âge*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1955.

**ASCENSI (Lionel)**, *Du principe de la contradiction*, Paris, LGDJ, 2006.

**ASTAING (Antoine)**, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime, XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

**AUBERT (Jean-Marie)**, *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas*, Paris, J. Vrin, 1955.

- AUDEGEAN (Philippe)**, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010.
- BAKOS (Adrianna)**, *Images of Kingship in Early Modern France. Louis XI in Political Thought 1560-1789*, London-New York, Routledge, 1997.
- BARBEY (Jean), BLUCHE (Frédéric) et RIALS (Stéphane)**, *Lois fondamentales et succession de France*, Paris, DUC, 1984.
- BARBICHE (Bernard) et DE DAINVILLE-BARBICHE (Ségolène)**, *Sully. L'homme et ses fidèles*, Paris, Fayard, 1997.
- BARNETT (Gary L.)**, *A comparison of the moral and political ideas of Jean-Jacques Rousseau and Jean-Jacques Burlamaqui*, Thèse de Doctorat en philosophie, Université d'Arizona, 1970, 382 p.
- BARRAUD (Erwan)**, *Le chancelier de Pontchartrain et la magistrature*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2005, 703 p.
- BARREAU (Thierry)**, *L'abbé de Saint-Pierre : l'Européen des Lumières*, Cherbourg-Octeville, Isoète, 2012.
- BARRET (Sébastien) et GREVIN (Benoît)**, *Regalis excellentia. Les préambules des actes des rois de France au XIV<sup>e</sup> siècle (1300-1380)*, Paris, École des Chartes, 2014.
- BARTLETT (Robert)**, *Trial by fire and water : the medieval judicial ordeal*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte)**, *Aux origines de l'État moderne : Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1977.
- BASSANO (Marie)**, « Dominus domini mei dixit... » ; *Enseignement du droit et construction d'une identité des juristes et de la science juridique : Le studium d'Orléans (1230-1320)*, 2 Vol. Thèse Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008.
- BASSE (Bernard)**, *La Constitution de l'ancienne France : principes et lois fondamentales de la royauté française*, Liencourt, Presses Saint-Louis, 1973.
- BASTID (Paul)**, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985.
- BASTIEN (Pascal)**, *L'exécution publique à Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle. Une histoire des rituels judiciaires*, Seyssel, Champ Vallon, 2006.
- BATAILLARD (Charles)**, *Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués depuis le V<sup>e</sup> siècle jusqu'au XV<sup>e</sup> (422 ? – 1483)*, Paris, Cotillon, 1868.
- BEAUD (Olivier)**, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- BEAUNE (Colette)**, *Naissance de la nation française*, Paris, Gallimard, 1993.

- BELL (David A.)**, *Lawyers and citizens : the making of a political elite in Old Regime France*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994.
- BELLAGAMBA (Ugo)**, *Les avocats à Marseille : praticiens du droit et acteurs politiques (XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- BENOÎT (Maurice)**, *La polysynodie : étude sur l'organisation des conseils sous la Régence*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1928, 177 p.
- BERCE (Yves-Marie)**, *La dernière chance : histoire des suppliques du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Perrin, 2014.
- BERNABE (Boris)**, *La récusation des juges : étude, médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, LGDJ, 2009.
- BERGER (Emmanuel)**, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, PUR, 2008.
- BERGEROT (Guillaume)**, *La mission de justice du roi de Louis VI à Philippe Auguste*, Thèse de Doctorat en Histoire du droit, Université Paris 2, 2019, 790 p.
- BEROUJON (Anne)**, *Peuple et pauvres des villes dans la France moderne. De la Renaissance à la Révolution*, Paris, Armand Colin, 2014.
- BERTRIERE (Simone)**, *Le procès Fouquet*, Paris, Librairie générale française, 2015.
- BEYER (Charles J.)**, *Nature et valeur dans la philosophie de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1982.
- BICKART (Roger)**, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, F. Alcan, 1932.
- BIDOUZE (Frédéric)**, *Haro sur les parlements, 1787-1790. Anthologie critique de pamphlets contre les parlements d'Ancien Régime*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2012.
- ID.**, *Les remontrances du Parlement de Navarre au XVIII<sup>e</sup> siècle : essai sur une culture politique en province au siècle des Lumières*, Biarritz, Atlantica, 2000.
- BIJAOUI (Rémy)**, *Voltaire avocat : Calas, Sirven et autres affaires*, Paris, Tallandier, 1994.
- BILLIER (Jean-Cassien) et MARYIOLI (Aglaé)**, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.
- BISCARDI (Domenico)**, *Instauration et crise de la Polysynodie pendant la régence de Philippe d'Orléans*, Thèse de doctorat en Histoire, EHESS et Università degli studi La Sapienza (Rome), 2007, 495 p.

**BLANCHARD (Joël)**, *Procès politiques au temps de Louis XI : Armagnac et Bourgogne*, Genève, Droz, 2016.

ID., *Commynes et les procès politiques de Louis XI : du nouveau sur la lèse-majesté*, Paris, Picard, 2008.

**BLANCHARD (Joël)** et **COLLARD (Franck)**, *Procès politiques au temps de Charles VII et de Louis XI*, Genève, Droz, 2018.

**BLOT-MCAGNAN (Stéphanie)**, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : étude de la pratique angevine*, Rennes, PUR, 2010.

**BLYTHE (James M.)**, *Le gouvernement idéal et la constitution mixte au Moyen Âge*, Fribourg, Academic Press, Paris, Éditions du CERF, 2005.

**BONGERT (Yvonne)**, *Recherches sur les cours laïques du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1948.

**BONNET (Stéphane)**, *Droit et raison d'État*, Paris, Classiques Garnier, 2012.

**BONNEY (Richard)**, *Political change in France under Richelieu and Mazarin 1624-1661*, Oxford-New York-Toronto, Oxford University Press, 1978.

ID., *The King's Debts : Finance and Politics in France 1589-1661*, Oxford, Clarendon Press, 1981.

ID., *The Limits of Absolutism in "Ancien Régime" France*, Aldershot, Variorum, 1995.

**BOUAZIZ (Margaux)**, *Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Contribution à l'histoire de la notion de constitution*, Thèse en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, 950 p.

**BOULLÉ (Auguste-Aimé)**, *Histoire complète des États généraux et autres assemblées représentatives de la France depuis 1302 jusqu'en 1626*, 2 vol., Paris, Langlois et Leclercq, 1845.

**BOURNAZEL (Éric)**, *Le gouvernement capétien au XII<sup>e</sup> siècle : 1108-1180 structures et mutations institutionnelles*, Paris, PUF, 1975.

**BRANCOURT-STOREZ (Isabelle)**, *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau, 1668-1751 : monarchiste et libéral*, Paris, Publisud, 1996.

**BRETT (Annabel S.)**, *Liberty, Right, and Nature : Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

**BROCH (Julien)**, *L'école des « politiques », 1559-1598 : la contribution des juristes et publicistes français à la construction de l'État royal*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

- BRUNNER (Fernand)**, *Platonisme et aristotélisme : la critique d'Ibn Gabirol par Saint-Thomas*, Louvain, Publications universitaires de Louvain Béatrice-Nauwelaerts, 1965.
- CAGNAC (Moïse)**, *De l'appel comme d'abus dans l'ancien droit français*, Paris, Vve. C. Poussielgue, 1906.
- CALIXTE (Fritz)**, *L'équivoque de la détermination : penser la subjectivité entre Anciens et Modernes*, Thèse de Doctorat en Philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, 336 p.
- CARBASSE (Jean-Marie) et LEYTE (Guillaume)**, *L'Etat royal XII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004.
- CARBASSE (Jean-Marie), LEYTE (Guillaume) et SOLEIL (Sylvain)**, *La monarchie française du milieu du XVI<sup>e</sup> siècle à 1715. L'esprit des institutions*, Liège, SEDES, 2000.
- CARBASSE (Jean-Marie) et VIELFAURE (Pascal)**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014.
- CARBONELL (Claudia)**, *Movimiento y forma en Aristóteles*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2007.
- CARBONNIER (Jean)**, *Droit Civil. Introduction*, Volume I, Paris, PUF, 2004.
- CARBONNIERES (Louis de)**, *La procédure devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Honoré Champion, 2004.
- CARPINTERO (Francisco), et alii.**, *El derecho subjetivo en su historia*, Cadiz, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2003.
- CARRE (Henri)**, *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette, 1912.
- CARRIER (Hubert)**, *Le labyrinthe de l'État : essai sur le débat politique en France au temps de la Fronde (1648-1653)*, Paris, Honoré Champion, 2004.
- CARRIER (Isabelle)**, *Virtuosité procédurière. Pratiques judiciaires à Montpellier au Grand Siècle*, Thèse en Histoire, McGill University, Montréal, 2003, 372 p.
- CASTAN (Nicole)**, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, Flammarion, 1980.
- CATTEEUW (Laurie)**, *Censures et raison d'Etat : une histoire de la modernité politique, XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, 2013.
- CAZALS (Géraldine)**, *L'arrestographie flamande : jurisprudence et littérature juridique à la fin de l'Ancien Régime (1668-1789)*, Genève, Droz, 2018.

- CERDAN (Eléa)**, *La parole libre de l'avocat (1789-1830)*, Thèse de Droit, Université de Bordeaux, 2016, 541 p.
- CHABAS (Monique)**, *Le duel judiciaire en France (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Saint-Sulpice de Favières, J. Favard, 1978.
- CHABRIER (Amélie)**, *Les genres du prétoire : chronique judiciaire et littérature au XIX<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en littérature, Université Paul Valéry – Montpellier III, 2013, 585 p.
- CHARTIER (Jean-Luc)**, *Justice, une réforme manquée, 1771-1774. Le chancelier de Maupeou*, Paris, Fayard, 2009.
- CHENON (Emile)**, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, Larose et Forcel, 1882.
- CHEVALLIER (Jacques)**, *L'Etat de droit*, Paris, LGDJ, 2017.
- CHURCH (William F.)**, *Constitutional Thought in Sixteenth Century France. A Study in the Evolution of Ideas*, New York, Octagon Books, 1969.
- COLLINS (James B.)**, *Fiscal Limits of Absolutism : Direct Taxation in Early Seventeenth-Century France*, Berkeley, University of California Press, 1988.
- COLSON (Renaud)**, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université de Nantes, 2003, 398 p.
- CONTAMINE (Philippe)**, *Charles VII. Une vie, une politique*, Paris, Editions Perrin, 2017.
- CORNETTE (Joël)**, *L'affirmation de l'État absolu 1492-1652*, Paris, Hachette Supérieur, 2006.
- CORTESE (Ennio)**, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Varese, Giuffrè, 1962.
- COSANDEY (Fanny)**, *Le rang : préséances et hiérarchies dans la France d'Ancien Régime*, Paris, Gallimard, 2006.
- COSANDEY (Fanny) et DESCIMON (Robert)**, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Paris, Seuil, 2002.
- CREMERY (Nicolas)**, *Entre littérature, justice et politique : les "Causes célèbres et intéressantes" de François Gayot de Pitaval*, Mémoire de Master 2 en Histoire moderne, Université de Lille 2, 2015, 178 p.
- CUTTLER (Simon Hirsch)**, *The Law of Treason and Treason Trials in Later Medieval France*, London-New York, Cambridge University Press, 1981.

**DAUBRESSE (Sylvie)**, *Le parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, Genève, Droz, 2005.

**DAUCHY (Serge)**, *Les voies de recours extraordinaires : proposition d'erreur et requête civile, de l'ordonnance de Saint-Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667*, Paris, PUF, 1988.

**DE BARROS (Edern)**, *La théorie du régime mixte chez Condillac et Mably. La Grèce en débat entre républicains de la vertu et physiocrates*, Mémoire de Master 2 en Histoire du droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 174 p.

**DE DONCKER (Jules)**, *A Canon of Crime : The rise and development of the causes célèbres in Europe, 1734-1890*, Thèse de Doctorat en littérature, Université de Gent, 2017, 218 p.

**DE KONINCK (Charles)**, *De la primauté du bien commun contre les personnalistes*, Montréal, Éditions de l'Université de Laval, 1943.

**DE SEVE (Etienne)**, *Les tensions judiciaires et le réformisme conservateur dans l'exercice de la justice criminelle des nouveaux magistrats parisiens du Parlement Maupeou (1771-1774)*, Thèse d'Histoire, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne-Université de Québec à Montreal, 2017, 446 p.

**DE SINETY (Jocelyn)**, *Machiavel et le(s) machiavélisme(s) : l'esprit du droit*, Thèse de Philosophie, Université Paris Nanterre, 2018, 272 p.

**DECOSTER (Caroline)**, *Les assemblées politiques sous le règne de Philippe le Bel*, Thèse de Doctorat Histoire en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, 335 p.

**DEGOY (Axel)**, *Représentation et pouvoir de « faire loy » : Enquête autour de l'activité normative du parlement de Paris à l'époque de Charles VI et de la double monarchie franco-anglaise (1380-1436)*, Thèse de Doctorat Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2017, 681 p.

**DELACHENAL (Roland)**, *Histoire des avocats au Parlement de Paris, 1300-1600*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie., Paris, 1885.

**DELMAS (Bernard)**, *François Quesnay et la naissance de l'économie politique*, Thèse de Doctorat en Sciences Economiques, Université de Lille 1, 2000, 396 p.

**DELVAUX (Paul)**, *La controverse des droits de l'homme de 1789 : apothéose des droits et bannissement des devoirs de l'homme ?*, Thèse en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 1985, 1013 p.

**DESJONQUERES (Léon)**, *Le garde des sceaux Michel de Marillac et son œuvre législative*, Paris, Bonvalot-Jouve, 1908, 230 p.

**DESMOULINS (Thibault)**, *L'arbitraire histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, Thèse Histoire du droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 520 p.

**DEVISSE (Jean)**, *Essai sur l'histoire d'une expression qui a fait fortune : "Consilium" et "auxilium" au IX<sup>e</sup> siècle*, Paris, La renaissance du livre, 1968.

**DHONDT (Jan)**, *Études sur la naissance des principautés territoriales en France (IX<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècle)*, Brugge, De Tempel, 1948.

**DI DONATO (Francesco)**, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi : costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime, 1715-1788*, Volume 1, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2003.

ID., *La Rinascita dello Stato : dal conflitto magistratura-politica all'civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il mulino, 2010.

**DOLAN, Claire**, *Les Procureurs du Midi sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2012.

ID., *Délibérer à Toulouse au XVIII<sup>e</sup> siècle. Les procureurs au parlement*, Paris, CTHS, 2013.

**DOOLIN (Paul Rice)**, *The Fronde*, Cambridge, Harvard University Press, 1935.

**DUBY (Georges)**, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, Paris, Gallimard, 1978.

**DUCLOS-GRECOURT (Marie-Laure)**, *L'idée de loi au XVIII<sup>e</sup> siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Paris, LGDJ, 2014.

**DUNBABIN (Jean)**, *France in the Making, 843-1180*, Oxford University Press, 2000.

**DUNN (John)**, *La pensée politique de John Locke : une présentation historique de la thèse dans les "Deux traités du gouvernement"*, Paris, PUF, 1991.

**DUPILET (Alexandre)**, *Le régent et ses conseils. La polysynodie : institutions et gouvernement à l'aube des Lumières*, Thèse de doctorat et Histoire, Université de Paris VIII Vincennes-Saint-Denis, 2009, 881 p.

**DUPUIS-BERRUEx (Marjorie)**, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Paris, LGDJ, 2012.

**DURANCON (Delphine)**, *La Cour d'assises : une juridiction séculaire et atypique en perpétuelle quête de rénovation*, Thèse de Droit, Université Paris-Saclay, 2015.

- EGRET (Jean)**, *Louis XV et l'opposition parlementaire : 1715-1774*, Paris, Armand Colin, 1970.
- EHRARD (Jean)**, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, 1994.
- ENGELMANN (Arthur) et alii.**, *A history of continental civil procedure*, Boston, Little Brown and Company, 1927.
- EPRON (Quentin)**, *La manière française du droit : contribution à l'histoire des méthodes juridiques de l'Humanisme aux pré-Lumières*, Thèse de Doctorat en Histoire du droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2006, 530 p.
- ESMEIN (Adhémar)**, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, Paris, 1882.
- ID.**, *Les ordalies dans l'Église gallicane au IX<sup>e</sup> siècle : Hincmar de Reims et ses contemporains*, Paris, Imprimerie Nationale, 1898.
- FABRY (Philippe)**, *L'Etat royal : Normes, justice et gouvernement dans l'œuvre de Pierre Rebuffe (1487-1557)*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018.
- FASSO (Guido)**, *Storia della filosofia del diritto*, 3 vol., Roma, GLF editori Laterza, 2001.
- FELLAH (Samy)**, *Les placets (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle). Supplier le roi à l'époque moderne*, Mémoire de M2 en Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 169 p.
- FERNANDEZ-LACÔTE (Hélène)**, *Les procès du cardinal de Richelieu. Droit, grâce et politique sous Louis le Juste*, Paris, Champ Vallon, 2010.
- FEROT (Patrick)**, *La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique*, Thèse de Droit, Université de Lille II – Droit et Santé, 2007, 509 p.
- FIGLIOLINI (Piero)**, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, Milan, Giuffrè, 1953-1954.
- FLAMMERMONT (Jules)**, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou*, Paris, Alphonse Picard, 1880.
- FLANDROIS (Isabelle)**, *L'institution du prince au début du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1992.
- FONBAUSTIER (Laurent)**, *La déposition du pape hérétique : une origine du constitutionnalisme ?*, Paris, Mare & Martin, 2016.

- FOUCAULT (Michel)**, *L'herméneutique du sujet*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2001.
- ID., *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice, cours de Louvain 1981*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2012.
- FOURNEL (Jean-François)**, *Histoire des avocats au Parlement et du barreau de Paris depuis S. Louis jusqu'au 15 octobre 1790*, Tome I, Paris, Maradan, 1813.
- FOURNIER (Paul)**, *Les officialités au Moyen âge : étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France, de 1180- à 1328*, Paris, E. Plon, 1880.
- FOURNIER (Raphaël)**, *De la hiérarchie à la souveraineté. Rangs, préséances et constitution du royaume de Louis XIII à la régence*, Paris, LGDJ, 2017.
- FRANKLIN (Julian H.)**, *Constitutionalism and resistance in the Sixteenth Century*, New York, Pegasus, 1969.
- ID., *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, 1993.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne)**, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris, LGDJ, 2014.
- GADMER (Sophie-Pulchérie)**, *La notion de représentation autour des états généraux de 1302*, Mémoire DEA Histoire du Droit, Economie et Société, Université Paris 2, 1999, 110 p.
- GAGNEBIN (Bernard)**, *Burlamaqui (1694-1748) et le droit naturel*, Genève, Editions de la frégate, 1944.
- GARNOT (Benoît)**, *C'est la faute à Voltaire... Une imposture intellectuelle ?*, Paris, Belin, 2009.
- ID., *Voltaire et l'affaire Calas. Les faits, les interprétations, les enjeux*, Paris, Hatier, 2013.
- GAUDEMET (Jean)**, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, LGDJ, 2014.
- ID., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science du droit*, Paris, LGDJ, 2006.
- GAUVARD (Claude)**, « *De grâce especial* ». *Crime, Etat et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, Editions de la Sorbonne, 1991.
- GAZZANIGA (Jean-Louis)**, *L'Église du Midi à la fin du règne de Charles VII, 1444-1641 : d'après la jurisprudence du Parlement de Toulouse*, Paris, A. et J. Picard, 1976.
- GENESTAL (Robert)**, *Le privilegium fori en France du décret de Gratien à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle*, 2 volumes, Paris, Leroux, 1924.
- ID., *Les origines de l'appel comme d'abus*, Paris, PUF, 1953

- GLASSON (Ernst)**, *Le parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, Tome I, Genève, Slatkine Megariotis Reprints, 1974.
- ID., *Le parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, Tome II, Paris, Hachette, 1901.
- GOHIN (Olivier)**, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988.
- GOMEZ PEREZ (Rafael)**, *La ley eterna en la historia. Sociedad y derecho según San Agustín*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1972.
- GONTHIER (Nicole)**, *Le châtiment du crime au Moyen Âge*, Rennes, PUR, 1998.
- GOYARD-FABRE (Simone)**, *Montesquieu, adversaire d'Hobbes*, Paris, Lettres Modernes Minard, 1980.
- ID., *Montesquieu. La nature, les Lois, la Liberté*, Paris, PUF, 1993.
- ID., *Philosophie politique. XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle : modernité et humanisme*, Paris, PUF, 1987
- ID., *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994.
- GRELEWSKI (Stefan)**, *La réaction contre les ordalies en France depuis le IX<sup>e</sup> siècle jusqu'au Décret de Gratien : Agobard, Archevêque de Lyon et Yves, évêque de Chartres*, Rennes, Nouvelliste, 1924.
- GRINBERG (Martine)**, *Ecrire les coutumes : les droits seigneuriaux en France, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2006.
- GROFFIER (Ethel)**, *Criez et qu'on crie ! Voltaire et la justice pénale*, Laval, Presses Universitaires de Laval, 2011.
- GROSSI (Paolo)**, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1996.
- GUILHAUMOU (Jacques)**, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, Paris, Editions Kimé, 2002.
- GUILHERMONT (Edith)**, *La présomption d'innocence dans le discours doctrinal*, Thèse en Droit, Université de Perpignan Via Domitia, 2006, 514 p.
- GUINCHARD (Serge) et alii.**, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 2017.
- GUYON (Laurence)**, *La notion juridique de torture en Europe (XII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle)*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1994, 437 p.
- HAMSCHER (Albert N.)**, *The Conseil Privé and the Parlements in the Age of Louis XIV*, Philadelphia, The American philosophical society, 1987.
- HANARD (Gilbert)**, *Droit romain*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997.

- HARANG (Faustine)**, *La torture au Moyen Âge, XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, PUF, 2017.
- HARVEY (David Allen)**, *The French Enlightenment and its others : the mandarin, the savage, and the invention of the human sciences*, New York, Palgrave MacMillan, 2012.
- HERVIEU (Henri)**, *Recherches sur les premiers États généraux et les assemblées représentatives pendant la première moitié du quatorzième siècle*, Paris, E. Thorin, 1879.
- HERVOUËT (Blandine)**, *Jacob-Nicolas Moreau, le dernier des légistes*, Thèse de Doctorat en Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2005, 581 p.
- HILAIRE (Jean)**, *La construction de l'État de droit dans les archives judiciaires de la cour de France au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2001.
- ID.**, *La vie du droit : coutumes et droit écrit*, Paris, PUF, 1994.
- HILDESHEIMER (Françoise)**, *Richelieu : la raison de l'État*, Paris, Classiques Garnier, 2012.
- HILL (Malcolm)**, *Statesman of the Enlightenment : the life of Anne-Robert Turgot*, London, Othila press, 1999.
- HINCKER (François)**, *Les français devant l'impôt sous l'Ancien Régime*, Paris, Flammarion, 1971.
- HOCHSTRASSER (Timothy J.)**, *Natural law theories in early Enlightenment*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.
- HOULLEMARE (Marie)**, *Politiques de la parole : le Parlement de Paris au XVI<sup>e</sup> siècle*, Genève, Droz, 2011.
- HURT (John J.)**, *Louis XIV and the Parlements : the assertion of royal authority*, Manchester-New York, Manchester University Press, 2002.
- HUTCHINSON (Ross)**, *Locke in France : 1688-1734*, Oxford, Voltaire Foundation, 1991.
- INCHAUSPE (Dominique)**, *L'intellectuel foudroyé : Voltaire et l'affaire Sirven : 1762-1778*, Paris, Albin Michel, 2004.
- JACOB (Robert)**, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacre en Occident*, Paris, PUF, 2014.
- JAOUICHE (David)**, *Les origines médiévales de la présomption d'innocence*, Mémoire de Master 2 Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 149 p.
- JAUME (Lucien)**, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, 2010.

- JEULAND (Emmanuel)**, *Droit processuel général*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2018.
- JHERING (Rudolf von)**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Tome III, Paris, Marescq, 1877.
- JOUANNA (Arlette)**, *Le devoir de Révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne*, Paris, Fayard, 1989.
- ID., *Le pouvoir absolu. Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, Paris, Gallimard, 2013.
- ID., *Le prince absolu. Apogée et déclin de l'imaginaire monarchique*, Paris, Gallimard, 2014.
- JULLIARD (Jacques)**, *La faute à Rousseau*, Paris, Seuil, 1985.
- KADLEC (Lauriane)**, *Le droit d'enregistrement et le parlement de Paris sous Louis XIII : une étude d'histoire du droit public*, thèse en Histoire, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015, 939 p.
- ID., *Quand le Parlement s'oppose à l'autorité royale. L'affaire de la Chambre de Justice de l'Arsenal (14 juin 1631-mars 1632)*, Paris, Honoré Champion, 2007.
- KANTOROWICZ (Ernst)**, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1989.
- KLIMIS (Sophie)**, *Penser, délibérer, juger. Pour une philosophie de la justice en acte(s)*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2018.
- KOENIG (Laure)**, *La Communauté des Procureurs au Parlement de Paris aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Thèse pour le Doctorat, Université de Paris, Cahors, Coueslant, 1937.
- KOSSMANN (Ernst)**, *La Fronde*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1954.
- KRYNEN (Jacques)**, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, Gallimard, 1993.
- ID., *L'État de justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.
- LAFON (Jacqueline Lucienne)**, *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime*, Genève, Droz, 2001.
- LAINGUI, André**, *Histoire du droit pénal*, Paris, PUF, 1993.
- LANDEMORE (Hélène)**, *Democratic reason. Politics, collective intelligence, and the rule of the many*, Princeton University Press, 2013.
- LARRERE (Catherine)**, *L'invention de l'économie au XVIII<sup>e</sup> siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992.

**LAVOIR (Lise)**, *Factums et mémoires d'avocats au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> : un regard sur une société (environ 1620-1760)*, thèse de Doctorat en Histoire, Université Paris 4 Sorbonne, 1987, 415 p.

**LE MAUFF (Julien)**, *Généalogie de la raison d'Etat : les racines médiévales de la pensée politique moderne*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2018.

**LE MOY (Arthur)**, *Remontrances du Parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Honoré Champion, 1909.

**LEBIGRE (Arlette)**, *La justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Bruxelles, Editions Complexe, 1995.

ID., *Les Grands Jours d'Auvergne. Désordres et répression au XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Hachette, 1976.

**LEBRETON (Gilles)**, *Les remontrances des Parlements à propos des arrêts du Conseil au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Mémoire DEA d'Histoire des Institutions, des idées et des faits sociaux, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, 1983.

**LEE (Daniel)**, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

**LEGENDRE (Pierre)**, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, Paris, Jouve, 1964.

**LEMAIRE (André)**, *Les lois fondamentales de la monarchie d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Genève, Slatkine-Megariotis, 1975.

**LEMAIRE (Elina)**, *Grand robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010.

ID., *Les doctrines parlementaires des Lumières et les institutions libérales. Contribution à une histoire du libéralisme français*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, 375 p.

**LEMARIGNIER (Jean-François)**, *Le gouvernement royal aux premiers temps capétiens (986-1108)*, Paris, A. et J. Picard, 1965.

**LEMESLE (Bruno)**, *La main sous le fer rouge : le jugement de Dieu au Moyen Âge*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2006.

**LEMONNIER-LESAGE (Virginie)**, *Les arrêts de règlement du Parlement de Rouen, fin XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles*, Paris, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999.

**LEUWERS (Hervé)**, *L'invention du barreau français, 1660-1830 : la construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris, Editions de l'EHESS, 2006.

- LEVY (Jean-Philippe)**, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sirey, 1939.
- LEVY-BRUHL (Henry)**, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marciel Rivière et Cie., 1964.
- LILTI (Antoine)**, *L'héritage des Lumières : ambivalences de la modernité*, Paris, EHESS, Seuil, Gallimard, 2019.
- LOVISI (Claire)**, *Les lois fondamentales au XVIII<sup>e</sup> siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, PUF, 1984.
- LUHMANN (Niklas)**, *La légitimation par la procédure*, Paris, Presse de l'Universitaire de Laval, Editions du CERF, 2001.
- MABIN (Tristan)**, *Transaction et justice publique : le premier registre des accords du Parlement de Paris (1320-1335)*, Thèse de Doctorat en Histoire du Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, 252 p.
- MAIOLO (Francesco)**, *Medieval sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Delft, Eburon, 2007.
- MAIRE (Catherine)**, *De la cause de Dieu à la cause de la nation : le jansénisme au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 1998.
- MARCHAND (Éric)**, *Le mémoire sur les municipalités, Turgot et Dupont de Nemours : théoriciens de l'autonomie locale*, Mémoire de DEA en Histoire du droit, Université de Lyon 3, 1996, 112 p.
- MARCHANDIER (André)**, *Les États généraux sous Charles VII*, Bordeaux, Y. Cadoret, 1904.
- MARION (Marcel)**, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905.
- MARTIN (Frédéric F.)**, *Justice et législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique à la veille des Temps modernes*, Clermont-Ferrand, Paris, Fondation Varenne – LGDJ, 2009.
- MARTIN (Vincent)**, *La paix du roi (1180-1328) : paix publique, idéologie, législation et pratique judiciaire de la royauté capétienne de Philippe Auguste à Charles le Bel*, Paris, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2015.
- MARTINEZ FAGUNEZ (Cesar)**, *Le contentieux des officialités en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Pau, 2005, 965 p.

- MATTE (Louis)**, *Crimes et procès politiques sous Louis XIV : le procès de Fouquet, la conspiration du chevalier de Rohan, le Masque de fer*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1910, 131 p.
- MAUGIS (Edouard)**, *Histoire du Parlement de Paris : de l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV*, Tome I, Paris, A. Picard et Fils, 1913.
- MAUSEN (Yves)**, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles)*, Milano, Dott. A Giuffrè, 2006.
- MAZA (Sarah)**, *Vies privées, affaires publiques : les causes célèbres de la France prérévolutionnaire*, Paris, Fayard, 1997.
- MELLOR (Alec)**, *La torture, son histoire, son abolition, sa réapparition au XX<sup>e</sup> siècle*, Tours, Mame, 1961.
- MENES (Valérie)**, *La genèse du Conseil du roi au XIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Cergy-Pontoise, 2001.
- MERGEY (Antony)**, *L'Etat des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010.
- MINIATO (Lionel)**, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008.
- MOOTE (Alanson Lloyd)**, *The Revolt of the Judges. The Parlement of Paris and the Fronde 1643-1652*, New Jersey, Princeton University Press, 1971.
- MORANGE (Jean)**, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26 août 1789)*, Paris, PUF, 2002.
- MOREAU (Pierre-Yves)**, *La notion de délibération en droit constitutionnel français*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Limoges, 1999, 493 p.
- MOTULSKY (Henry)**, *Écrits*, Tome I, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973.
- MOUSNIER (Roland)**, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Rouen, Maugard, 1945.
- MÜBIG (Ulrike)**, *El juez legal. Una comparación, desde el Derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia*, Madrid, Ed. Dykinson, 2014.
- NEWMAN (William Mendel)**, *Le domaine royal sous les premiers capétiens (987-1180)*, Paris, Sirey, 1937.
- OLIVIER-MARTIN (François)**, *Coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris*, Tome I, Paris, Ernest Leroux, 1922.

ID., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, CNRS éditions, 2010.

ID., *L'absolutisme français et Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 1997.

**ONAHAN (Arthur P.)**, *From personal duties towards personal rights : late medieval and early modern political thought, 1300-1600*, McGill-Queens University Press, 1994.

**ORLEA (Manfred)**, *La noblesse aux États généraux de 1576 et de 1588*, Paris, PUF, 1980.

**PAYEN (Philippe)**, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1999.

ID., *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris : dimension et doctrine*, Paris, PUF, 1997.

**PELLETIER (Monique)**, *Le Grand Conseil de Charles VIII à François I<sup>er</sup> (1483-1547)*, Thèse de l'Ecole des Chartes, 1960.

**PENNINGTON (Kenneth)**, *The prince and the law, 1200-1600 : sovereignty and rights in the western legal tradition*, Berkeley, University of California Press, 1993.

**PERROT (Ernest)**, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Paris, Rousseau, 1907.

ID., *Les cas royaux : origine et développement e la théorie aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, Genève, Slatkine, 1975.

**PETIET (Raynald)**, *Du pouvoir législatif en France, depuis l'avènement de Philippe le Bel jusqu'en 1789*, Paris, A. Rousseau, 1891.

**PETITFILS (Jean-Christian)**, *Louis XVI*, Paris, Editions Perrin, 2015.

**PETIT-RENAUD (Sophie)**, « Faire loy » au Royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380), Paris, De Broccard, 2001.

**PHYTILIS (Jacques)**, *Les commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil au XVIII<sup>e</sup> siècle*, III Volumes, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 1971.

ID., *Justice administrative et justice déléguée au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil*, Paris, PUF, 1977.

**PIANT (Hervé)**, *Une justice ordinaire. Justice civile et criminelle dans la prévôté royale de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2006.

**PICHOT-BRAVARD (Philippe)**, *Conserver l'ordre constitutionnel, XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2011.

**PICOT (Georges)**, *Histoire des États généraux considérés au point de vue de leur influence sur le gouvernement de la France de 1355 à 1614*, 4 vol., Paris, Hachette et cie., 1872.

**PITTS (Vincent Joseph)**, *Embezzlement and high treason in Louis XIV's France: the trial of Nicolas Fouquet*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2015.

**PLASSARD (Jean)**, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Toulouse-Paris, Privat-Sirey, 1924.

**POCOCK (John Greville Agard)**, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal. Étude de la pensée historique dans l'Angleterre du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2000.

**POOLE (Thomas M.)**, *Reason of the state: law, prerogative and empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

**QUAGLIONI (Diego)**, *À une déesse inconnue : la conception pré-moderne de la justice*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2003.

**RANUM (Orest)**, *The Fronde. A French Revolution 1648-1652*, New York-London, W.W. Norton & Company, 1993.

**RATHERY (Edme-Jacques-Benoît)**, *Histoire des États généraux de France, suivie d'un examen comparatif de ces assemblées et des parlements en Angleterre*, Paris, De Cosse et N. Delamotte, 1845.

**REGAD (Caroline)**, *Théoriser l'État, mesurer l'absolu : les juristes de Louis XII et de Richelieu*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Aix-Marseille, 2012, 591 p.

**RENAUD (Sylvie)**, *La communauté des procureurs du Parlement de Toulouse (1572-1781)*, Mémoire de Maîtrise en Histoire, Toulouse, 2001.

**RENOUX-ZAGAME (Marie-France)**, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003.

**RICHARD (Julie)**, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Thèse de Droit, Université de Montpellier, 2017.

**RICHOU (Jacques)**, *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime*, Thèse de Droit, Université de Paris, 1905, 148 p.

**RIGAUDIÈRE (Albert)**, *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen Âge : XIII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2003.

**RIOLLOT (Jean)**, *Le droit de prévention des Juges Royaux sur les Juges seigneuriaux : origines et développement de ce droit dans l'ancienne France en matière purement judiciaire*, Paris, Rousseau & Cie., 1931.

**ROBERT (Allen)**, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, PUR, 2005.

**ROBERT (Paul-Albert)**, *Les remontrances et arrêtés du Parlement de Provence au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Arthur Rousseau, 1912.

**RODRIGUEZ-ARANGO DIAZ (Crisanto)**, *El fuero civil y criminal de los clérigos en el derecho canónico*, Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma, 1959.

**ROETS (Damien)**, *La présomption d'innocence*, Paris, Dalloz, 2019.

**ROGISTER (John)**, *Louis XV and the Parlement of Paris, 1737-1755*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

**ROMILLY (Jacqueline de)**, *La Grèce antique à la découverte de la liberté*, Paris, Le livre de Poche, n° 4128, 1989.

**ROUSSEL (Mélanie)**, *Du « bon régime »*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, 472 p.

**ROUSSELET-PIMONT (Anne)**, *La règle d'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, LGDJ, 1997.

ID., *Le Chancelier et la loi au XVI<sup>e</sup> siècle : d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005.

**ROYER (Jean-Pierre), DERASSE (Nicolas), ALLINNE (Jean-Pierre), et alii**, *Histoire de la justice en France : du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010.

**RUSELL (Major J.)**, *Representative institutions in Renaissance France, 1421-1559*, Madison, University of Wisconsin Press, 1960.

ID., *The estates general of 1560*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1951.

**SAINT-BONNET (François)**, *L'État d'exception*. Paris, PUF, Paris, 2001.

**SANTAMARIA (Jean-Baptiste)**, *Le secret du prince. Gouverner par le secret à la fin du Moyen Âge. France, Bourgogne XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Champ Vallon, 2018.

**SASSIER (Yves)**, *Hugues Capet : naissance d'une dynastie*, Paris, Fayard, 1987.

ID., *Royauté et idéologie au Moyen Âge : Bas-Empire, monde franc, France : IV<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Armand Colin, 2012.

ID., *Structures du pouvoir, royauté et res publica*, Paris, Publications de l'Université de Rouen, 2004.

- SAULNIER DE LA PINELAIS (Gustave)**, *Le barreau du parlement de Bretagne 1553-1790. Les procureurs – les avocats*, Rennes – Paris, Plihon et Hervé – Picard et fils, 1896.
- SCHIAVONE (Aldo)**, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011.
- SCHMITT (Carl)**, *The nomos of the earth in the international Law of the Jus Publicum Europæum*, New York, Telos Press, 2006.
- SCORDIA (Lydwine)**, « *Le roi doit vivre du sien* » : *la théorie de l'impôt en France, XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Institut d'études augustiniennes, 2005.
- SEIGNALET-MAUHOURET (François)**, « *À ces causes...* » *Essai sur les préambules des ordonnances royales aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Toulouse 1 Capitole, 2004, 421 p.
- SENELLART (Michel)**, *Les arts de gouverner. Du régime médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995.
- SEWELL (William Hamilton)**, *A Rhetoric of bourgeois Revolution : the Abbé Sieyès and "What is the Third State"*, Durham-London, Duke University Press, 1994.
- SFEZ (Gérald)**, *Raisons d'État*, Paris, Beauchesne, 2020.
- SILD (Nicolas)**, *Le gallicanisme et la construction de l'Etat (1563-1905)*, Thèse de Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2015, 679 p.
- SILVERMAN (Lise)**, *Tortured subject : pain, truth, and the body in early modern France*, Chicago, Chicago University Press, 2001.
- SLIMANI (Ahmed)**, *La modernité du concept de nation au XVIII<sup>e</sup> siècle (1715-1789). Apport des thèses parlementaires et des idées politiques du temps*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.
- SOMMERER (Erwan)**, *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, Paris, Michalon, 2011.
- SOULE (Claude)**, *Les normes de fonctionnement des assemblées d'états généraux en France et en Europe occidentale*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1967, 338 p.
- ID.**, *Les États généraux de France (1302-1789) : étude historique, comparative et doctrinale*, Heule, UGA, 1968.
- SPITZ (Jean-Fabien)**, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris, PUF, 2001.

- STAHL (Hugo)**, *Les conceptions des parlementaires provençaux sous le règne de Louis XV au prisme de l'ordre public*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Aix-Marseille, 2018, 843 p.
- STYLIOS (Alexandre)**, *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire. Une brève histoire de l'aveu en droit pénal*, Thèse de Droit, Université de Montréal, 2016, 494 p.
- SWANN (Julian)**, *Politics and the parlement of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- TACKETT (Timothy)**, *Par la volonté du peuple : comment les députés de 1789 sont devenus révolutionnaires*, Paris, Albin Michel, 1997.
- THIREAU (Jean-Louis)**, *Charles Du Moulin (1500-1566), Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980.
- THOLOZAN (Olivier)**, *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.
- THUAU (Etienne)**, *Raison d'Etat et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris, Albin Michael, 2000.
- THUILLIER (Guy)**, *La réforme monétaire de 1785 : Calonne et la refonte des louis*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2005.
- TIERNEY (Brian)**, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, 1993.
- TILLET (Edouard)**, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des lumières*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- TIXIER (Octave)**, *Les théories constitutionnelles, ou la Souveraineté aux États généraux de 1484*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1899, 134 p.
- TOCQUEVILLE (Alexis)**, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Levy Frères, 1856.
- TODESCAN (Franco)**, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, Milan, Giuffrè, 2001.
- ID.**, *Lex, natura, beatitudo, Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, Cedam, 1973.
- TOMAS (Olivier)**, *L'Office des Procureurs au Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Mémoire de DEA Histoire du droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2005.

- TRAMPUS (Antonio)**, *La naissance du langage politique moderne : l'héritage des Lumières de Filangieri à Constant*, Paris, Classiques Garnier, 2017.
- TRANI, Marie-Camille**, *Le Grand Conseil de Henri II à Henri IV (1547-1610)*, Thèse de Droit, Université de Paris, 1969, 358 p.
- TUCK (Richard)**, *Natural right theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- VALOIS (Noël)**, *Etude historique sur le Conseil du roi, Introduction à l'inventaire des arrêts du Conseil d'État*, Paris, Imprimerie Nationale, 1886.
- VERGNE (Arnaud)**, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime, 1750-1789*, Paris, De Boccard, 2006.
- VIAUD (Jean)**, *Le droit de grâce à la fin de l'Ancien Régime et son abolition pendant la Révolution*, Paris, A. Rousseau, 1906.
- VIDAILLAN (Pierre Antoine de)**, *Histoire des Conseils du Roi depuis l'origine de la monarchie jusqu'à nos jours*, Paris, Amyot, 1856.
- VILLERS (Robert)**, *L'organisation du Parlement de Paris et de ses conseils supérieurs d'après la réforme de Maupeou (1771-1774)*, Paris, Sirey, 1937.
- VILLEY (Michel)**, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013.
- ID., *Le Droit Romain. Son actualité*, Paris, PUF, 2012.
- ID., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002.
- VIROLI (Maurizio)**, *De la politica a la razon de estado : la adquisicion y transformacion del lenguaje politico (1250-1600)*, Madrid, Akal, 2009.
- VITAL (Ordélic)**, *The ecclesiastical history of England and Normandy*, vol. II, Londres, Bohn, 1854.
- WAELEN (Laurent)**, *La théorie de la coutume chez Jacques de Revigny. Edition et analyse de sa répétition sur la loi De quibus (D. 1, 3, 32)*, Leiden, Press Universitaire de Leiden, 1984.
- WATERLOT (Ghislain)**, *Voltaire. Le procureur des Lumières*, Paris, Michalon, 1996.
- WEBER (Max)**, *Économie et société*, Tome I, Paris, Pocket-Agora, 2010.
- WENZEL (Éric)**, *La torture judiciaire dans la France de l'Ancien Régime : Lumières sur la Question*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2011.
- WILSON (Ian M.)**, *Studies on Voltaire and the eighteenth century. Volume CI, the influence of Hobbes and Locke in the shaping of the concept of sovereignty in eighteenth century France*, Banbury, Voltaire Foundation, 1973.
- ZARCA (Yves Charles)**, *Philosophie et politique à l'âge classique*, Paris, PUF, 1998.

- **Manuels d'histoire du droit et des institutions**

**BARBICHE (Bernard)**, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne (XVI<sup>e</sup>- XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Paris, PUF, 2012.

**CARBASSE (Jean-Marie)**, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2019.

**CASTALDO (André) et MAUSEN (Yves)**, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2013.

**GAUDEMET, Jean**, *Les naissance du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, LGDJ, 2006.

**ID.**, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, LGDJ, 2014.

**LOVISI (Claire)**, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2016.

**MARTIAL (Mathieu)**, *Histoire des institutions. L'ancienne France (V<sup>e</sup> siècle-1789)*, Paris, LexisNexis, 2013.

**MOUSNIER (Roland)**, *Les institutions de la France sous la monarchie Absolue*, Paris, Quadrige/PUF, 2005.

**OLIVIER-MARTIN (François)**, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, CNRS éditions, 2010.

**RICHET (Denis)**, *La France moderne : L'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973.

**RIGAUDIÈRE (Albert)**, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, Economica, 2018.

**SAINT-BONNET (François) et SASSIER (Yves)**, *Histoire des Institutions avant 1789*, Paris, LGDJ, 2015.

**SUEUR, Philippe**, *Histoire du droit public français XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> Siècle. La genèse de l'État contemporain. I. La constitution monarchique*, Paris, PUF, 2008.

- **Dictionnaires**

*Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012.

*Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Lucien Bély (dir.), Paris, Quadrige/PUF, 2015.

*Dictionnaire des lettres françaises. Le XVI<sup>e</sup> siècle*, Georges Grente (dir.), Paris, Fayard, 2001.

*Dictionnaire du Grand Siècle*, François Bluche (dir.), Paris, Arthème Fayard, 2005.

*Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen (dir.), PUF, 2015.

*Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], Catherine Volpilhac-Augé (dir.), ENS de Lyon, septembre 2013. Disponible sur :

<http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/accueil/>

## Articles

**ACERRA (Martine)**, « Les avocats au parlement de Paris (1661-1715) », *HES*, 1<sup>er</sup> année, N° 2, 1982, p. 213-225.

**ALBERTONE (Manuela)**, « Fondements économiques de la réflexion du XVIII<sup>e</sup> siècle. Autour de l'homme porteur de droits », *Clio@Themis*, N° 3, 25 p., 2010, disponible sur : <https://www.cliothemis.com/Fondements-economiques-de-la>

**ALVAZZI DEL FRATE (Paolo)**, « Droit naturel et procès équitable : considérations historico-juridiques », *Droit naturel et droits de l'homme. Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du Droit (Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009)*, Martial Mathieu (dir.), Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2010, p. 321-334.  
 ID., « Le grand-justicier et l'arbre de justice : considérations sur la "justice retenue" sous l'Ancien Régime », *Histoire, écologie et anthropologie. Trois générations face à l'œuvre d'Emmanuel Le Roy Ladurie*, Paris, Presses Universitaires Paris Sorbonne, 2011, p. 389-397.

**AMALOU (Thierry)**, « Entre réforme du royaume et enjeux dynastiques. Le magistère intellectuel et moral de l'université de Paris au sein de la Ligue (1576-1594) », *CRMH*, 1 | 2009, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/11692>

**AMSON (Charles), AMSON (Daniel), MOORE (Jean-Gaston), et al.**, « Nicolas Fouquet ou le procès de l'opulence », *Les grands procès*, Janville Thomas (dir.), Paris, PUF, 2007, p. 274.

**ANDRES SANTOS (Francisco)**, « Derecho y jurisprudencia en las fuentes de Isidoro de Sevilla », *AnTard*, n. 23, 2015, p. 155-162.

**ANDRIEUX (Jean-Paul)**, « Formes et procédures », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012, p. 747-752.

**ANTOINE (Michel)**, « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, Tome 151-1, 1993, p. 87-122.  
 ID., « Nostalgie de la Fronde et opposition parlementaire sous Louis XV », *Cahier des Annales de Normandie*, n° 23, Recueil d'études en hommage à Lucien Musset, 1990, p. 481-491.

**ARABEYRE (Patrick)**, « Aux racines de l'absolutisme : Grand Conseil et Parlement à la fin du Moyen Âge d'après le *Tractatus celebris d'auctoritate et preeminentia sacri*

*magni concilii et parlamentorum regni Francie* de Jean Montaigne (1512) ». *CRMH* [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/905>

**ARENDT (Hannah)**, « Qu'est-ce que l'autorité ? », *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 158-164.

**ARNAUD (André-Jean)**, « *Imperium et dominium* : Domat, Pothier et la codification », *Droits*, n° 22, 1996, p. 55-66.

**ASSOUN (Paul-Laurent)**, « Les sources philosophiques du concept de loi dans *L'Esprit des lois* : Montesquieu et le malebranchisme », *Analyses & réflexions sur Montesquieu : de l'Esprit des lois, la nature et la loi*, Joël Askénazi (ed.), Paris, Ellipse-Marketing, 1987, p. 169-179.

**ASTAING (Antoine)**, « La procédure criminelle dans le recueil de "Decisiones" de Michel de Vilar Reynalt, avocat général au conseil souverain de Roussillon (fin XVII<sup>e</sup> s.-début XVIII<sup>e</sup> s.) », *RHDFE*, Vol. 77, No. 3 (juillet-septembre 1999), p. 333-349.

**AUBERT (Félix)**, « Les sources de la procédure au Parlement, de Philippe le Bel à Charles VII », *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, Tome 51, 1890, p. 477-515.

**AUGUSTIN (Jean-Marie)**, « Les Grands Jours, une cours supérieure foraine sous l'Ancien Régime », *Histoire de la Justice*, N° 21, 2011/1, p. 41-47.

**AUZARY-SCHMALTZ (Bernadette)**, « La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *RHDFE*, Vol. 77, No. 2 (avril-juin 1999), p. 163-190.

**BAKER (Keith Michael)**, « Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 42<sup>e</sup> année, N° 1, 1987, p. 41-71.

**BALASZ (Peter)**, « La monarchie républicaine du Marquis d'Argenson », *Studi Francesi*, 159 (LIII | III), 2009, p. 506-518, disponible sur : <http://journals.openedition.org/studifrancesi/7433>

**BALDWIN (John B.)**, « The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 Against Ordeals », *Speculum*, N. 36, 1961, p. 613-636.

**BARBEY (Jean)**, « Genèse et consécration des Lois fondamentales », *Droits*, n° 3, 1986, p. 75-86.

**BARBICHE (Bernard)**, « Conseils souverains ou Conseils supérieurs, un enjeu politique », *Les Conseils Souverains de la France d'Ancien Régime, XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Jean-Luc Eichenlaub (dir.), Colmar, Archives Départementales du Haut-Rhin, 2000, p. 27-36.

ID., « Le conseil du roi dans tous ses états : questions de vocabulaire », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 20-26.

ID., « Les attributions judiciaires du Conseil du roi », *HES*, 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 9-17.

**BARIDON (Michel)**, « Locke en France : courants et contre-courants », *Revue de la Société d'études anglo-américaines des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Année 1986, p. 104-118.

**BARNY (Roger)**, « Jean Jacques Rousseau dans la Révolution », *Dix-huitième siècle*, N° 6, Lumières et Révolution, 1974, p. 59-98.

ID., « Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution Française (1787-1791) », *AHRF*, 50<sup>e</sup> année, N° 231, 1978, p. 109-116.

**BARTHÉLEMY (Dominique)**, « Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IX<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles) », *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 1986, p. 191-214.

**BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte)**, « Puissance publique et fonction publique chez Charles Loyseau ». *RHDFE*, Vol. 80, No. 3 (juillet-septembre 2002), p. 281-296.

**BASTIER (Jean)**, « L'affaire Sirven devant la justice seigneuriale de Mazamet », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 49, No. 4 (octobre-décembre 1971), p. 601-611.

**BASTIT (Michel)**, « Loi naturelle et droit naturel au déclin du Moyen Âge », *RHFD*, n° 6, 1987, p. 49-62.

**BAYARD (Françoise)**, « Les Chambres de Justice de la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle », *Cahiers d'histoire*, Comité Historique du Centre-Est, Tome XIX, 1974-1, p. 121-122.

**BAZAN (Bernardo Carlos)**, « La corporalité selon saint Thomas », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 81, n° 51, 1983, p. 369-409.

**BEAUD (Olivier)**, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>

ID., « La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme », *Staat – Souveränität – Verfassung, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Murswiek, Storost, Wolff (dir.), Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 407-448.

**BEE (Michel)**, « Le spectacle de l'exécution dans la France d'Ancien Régime », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 38(4), 1983, p. 843-862.

**BEIGNIER (Bernard)**, « Honneur », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012, p. 790-793.

**BELISSA (Marc)**, « Droit des gens et théorie constitutionnelle dans la pensée des Lumières », *RHDFE*, Vol. 76, No. 2 (avril-juin 1998), p. 215-233.

**BELL (David A.)**, « Le caractère national et l'imaginaire républicain au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57<sup>e</sup> année, N. 4, 2002, p. 867-888.

ID., « Safeguarding the rights of the accused : Lawyers and political trials in France, 1716-1789 », *The French idea of freedom. The Old Regime and the declaration of rights of 1789*, Dale Van Kley (ed.), Stanford, Stanford University Press, p. 234-264.

ID., « The Public Sphere in the State, and the World of Law in Eighteenth Century France », *FHS*, Duke University press, Vol. 17, No. 4, 1992, p. 912-934.

**BENREKASSA (Georges)**, « Modération », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Auger, ENS de Lyon, septembre 2013. URL : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376478527/fr>

ID., « Nature », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Auger, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376478659/fr/>

**BERCE (Yves-Marie)**, « Introduction », *Les procès politiques (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, Yves-Marie Bercé (dir.), Ecole française de Rome, 2007, p. 1-9.

ID., « Le Conseil privé au temps de Richelieu et Mazarin », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 77-82.

**BERNARD (Guillaume)**, « Un texte en dessous de sa réputation ? Le contenu et la portée de l'arrêt Le Maistre (1593) », *1589, Des Valois aux Bourbons : actes de la XVI<sup>e</sup> session du 11 au 14 juillet 2009*, Tours, Centre d'études historiques, 2010, p. 35-48.

**BERNS (Thomas)**, « Absence de la philosophie à Rome et présence de Rome à la philosophie (Caton, Polybe et Cicéron) », *Revue de Philosophie Ancienne*, Vol. 22, No. 1, 2004, p. 107-120.

ID., « L'impôt au seuil des Temps Modernes. Souveraineté, propriété et gouvernement », *Philosophie de l'impôt*, Thomas Berns, Jean-Claude Dupont et Mikhaïl Xifaras (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, disponible en ligne : <https://www.philodroit.be/L-impot-au-seuil-des-Temps>

**BERTI (Enrico)**, « Conclusions générales du colloque », *Philosophie de la Forme. Eidos, Idea, Morphe dans la philosophie grecque des origines à Aristote*, Actes du colloque interuniversitaire de Liège, 29 et 30 mars 2001, Louvain-La-Neuve, éditions Peeters, 2003, p.651-661.

**BERTI (Francesco)**, et **DARIO (Ippolito)**, « Francesco Mario Pagano : la liberté garantie par la loi », *Archives de philosophie*, Tome 80, no. 3, 2017, 477-490.

**BIDOUZE (Frédéric)**, « La représentation parlementaire dans les pamphlets, 1771-1791 : de la menace révolutionnaire à l'incarnation du despotisme contre-révolutionnaire », 57<sup>e</sup> conférence de la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'État, CHP, 2011, vol. 2, p. 1323-1341.

ID., « Le parlement de Navarre et l'union des classes : doctrine et réalités », *Les parlements de province*, Jacques Poumarède et Jack Thomas (dir.), Toulouse, FRAMESPA, 1996, p. 763-776.

ID., « Voltaire et le paradigme de "l'intolérance" parlementaire : entre ironie fanatique et propagande abusive au service de la justice », *Voltaire la tolérance et la justice*, John Renwick (dir.), La République des lettres 41, Peeters, Louvain – Paris-Walpole, M1, 2011, p. 291-315.

**BIEN (David D.)**, « Old Regime Origins of Democratic Liberty », *The French Idea of Freedom. The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, Dale Van Kley (dir.), Stanford, Stanford University Press, 1994, p. 23-71.

**BIGOT (Grégoire)**, « La difficile distinction droit public / droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 97-111.

**BINOCHÉ (Bertrand)**, « L'Esprit des lois, une science nouvelle? », *Nouvelles sciences. Modèles techniques et pensée politique de Bacon à Condorcet*, Franck Tinland (dir.), Seyssel, Champ Vallon, 1998, p. 90-102.

**BISCAY (Myriam)**, « Réformes politiques et résistances des professeurs de facultés de droit au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 1, 2016, disponible sur : <http://revues.univ-lyon3.fr/cjm/index.php?id=97>

**BLANQUIE (Christophe)**, « Fiscalité et vénalité des offices présidiaux », *HES*, 2004, 23<sup>e</sup> année, n°4, État et administrateurs de rang moyen à l'époque moderne, Michel Cassan (dir.), 2004, p. 473-487.

**BLET (Pierre)**, « L'article du Tiers aux états généraux de 1614 », *RHMC*, Tome 2, n° 2, avril-juin 1955, p. 91-106.

**BLOQUET (Sylvain)**, « Une controverse sur l'uniformisation du droit au début du XVIII<sup>e</sup> siècle : d'Aguesseau lecteur de l'abbé de Saint-Pierre », *RHDFE*, Vol. 91, No. 3 (juillet-septembre 2013), p. 451-487.

**BLOT-MACCAGNAN (Stéphanie)**, « Les avocats et les magistrats au service de la justice criminelle. L'éclairage de la doctrine (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle), *Avocats. Histoire et culture*, *RSIHPA*, N° 11, 2015, p. 15-36.

**BOLARD (Vincent)**, « La philosophie des principes directeurs du procès », *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, Vincent Bolard et Myriam Pierrat (dir.), Paris, Dalloz, 2019.

**BONGERT (Yvonne)**, « Le « *pro modo probationum* » : intime conviction avant la lettre ? ». *RHDFE*, Vol. 78, No. 1 (janvier-mars 2000), p. 13-39.

**BONIN (Pierre)**, « En attendant les droits de l'homme. Liberté et libertés dans les dictionnaires de l'Ancien Régime », *Droits*, n° 55/1, 2012, p. 139-158.

ID., « Régence et lois fondamentales », *Annuaire-Bulletin de la Société de l'histoire de France*, 2003, p. 77-135.

**BOTTIN (Michel)**, « La réforme de l'Ordonnance criminelle de 1670 devant le parlement de Paris au printemps 1788 », *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Bernardini*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 19-34.

ID., « Louis XVI et la réforme de l'Ancien Régime. 1774-1788. Essai d'interprétation », *Mémoire*, VI, 1987, p. 3-22, disponible sur : <http://www.michel-bottin.com/article.php?article=362&page=1>

**BOULANGER (Marc)**, « Justice et absolutisme : la grande Ordonnance Criminelle d'août 1670 ». *RHMC*, Tome 47, N° 1, 2000, p. 7-36.

**BOULET-SAUTEL (Marguerite)**, « Colbert et la législation », *Un nouveau Colbert. Actes du colloque pour le tricentenaire de la mort de Colbert*, Paris, Éditions CEDES-CDU, 1985, p. 119-132.

ID., « Jean de Blanot et la conception du pouvoir royal au temps de Louis IX », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, 111-122.

ID., « La cassation sous l'Ancien Régime », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, p. 453-476.

ID., « Le concept de souveraineté chez Jacques de Revigny », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, p. 89-100.

ID., « Le *Princeps* de Guillaume Durand », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, p.101-109.

ID., « Molière, Orléans et le Droit », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, p. 797-810.

**BOUREAU (Alain)**, « Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57<sup>e</sup> année, N. 6, 2002, p. 1463-1488.

ID., « *Quod omnes tangit* : de la tangence des univers de croyance à la fondation sémantique de la norme juridique médiévale », *Le Gré des langues*, n° 1, 1990, p. 137-153.

**BOURNAZEL (Éric)**, « Chapitre IV. La royauté féodale en France et en Angleterre X<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles », *Les féodalités*, Jean-Pierre Poly et Eric Bournazel (dir.), Paris, PUF, 1998, 448-487.

ID., « Réflexions sur l'institution du conseil aux premiers temps capétiens (XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles) », *CHRM*, [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/876>

ID., « Société féodale et fonction publique (fin X<sup>e</sup> siècle - milieu XIII<sup>e</sup> siècle) », *Histoire de la fonction publique en France*, Tome 1, *Des origines au XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Nouvelle librairie de France, 1993, p. 117-309.

**BOYER (Georges)**, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome II, Dalloz et Siret, 1960, p. 257-282.

**BRANCOURT (Jean-Pierre)**, « Reine du monde ou gourgandine, l'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Vu de Haut*, Institut Universitaire Saint Pie X, 1984, n° 2, p. 19-38.

ID., « Une œuvre de subversion au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Actes Augustin Cochin*, I, Paris, 1975, p. 25-66.

**BREGI (Jean-François)**, « Les règles de la profession d'avocat dans l'ordonnance d'octobre 1535 », *RSIHPA*, 4 (1992), 143-171.

**BRESSAN (Thierry)**, « Un épisode important et méconnu du procès du régime seigneurial en France : l'édit d'août 1779 contre les survivances serviles », *HES*, 15<sup>e</sup> année, n° 4, p. 571-599.

**BRIZAY (François) et SARRAZIN (Véronique)**, « Le discours de l'abus des justices de village : un texte de circonstance dans une œuvre de référence », *Les justices de village : Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution*, Antoine Follain et Véronique Sarrazin (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 109-122.

**BROCH (Julien)**, « Un document inédit relatif à la réforme de la faculté de droit sous le règne d'Henri IV », *RHFD*, n° 31, 2011, p. 389-410.

**BRUNETEAU (Bernard)**, « L'interprétation du totalitarisme en tant qu'extrémisme de la volonté générale », *Jus Politicum*, n° 10, 2014, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/L-interpretation-du-totalitarisme-en-tant-qu-extremisme-du-mythe-de-la-volonte-generale-785.html>

**BRUNT (Peter Astbury)**, « Lex de imperio vespasiani », *The Journal of Roman Studies*, Vol. 67, 1967, p. 95-116.

**BUBENICEK (Michel)**, « Bon droit et raison d'État. Réflexions sur les rapports entre le pouvoir royal et la justice du Parlement dans le dernier tiers du XIV<sup>e</sup> siècle ». *CRMH* [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <https://journals.openedition.org/crm/891>

**BUENO DELGADO (Juan Antonio)**, « Los rescriptos imperiales como fuente de derecho », *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 11, 2013, p. 378-435.

**CADIET (Loïc)**, « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme : hypothèse », *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 140-151.

ID., « Procédure », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012, p. 1216-1222.

**CALLERY (Alphonse)**, « Histoire de l'origine, des pouvoirs et des attributions des États généraux et provinciaux depuis la féodalité jusqu'aux États de 1355 », *Revue des questions juridiques*, Bruxelles, A. Vromant, 1881, 86 p.

**CAMPAGNA (Norbert)**, « Arbitraire », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1377722783/fr/>

**CARBASSE (Jean-Marie)**, « Coutume, temps, interprétation ». *Droits*, n° 30, 2000, p. 15-28.

ID., « Coutumes françaises », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012, p. 326-331.

ID., « La constitution coutumière : du modèle au contre-modèle », *Modelli nella storia del pensiero politico*, Pérouse, Léo S. Olschki, 1989, p. 163-179.

ID., « Le roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, n° 38, 2003, p. 3-19.

ID., « *Ne homines interficiantur* : quelques remarques sur la sanction médiévale de l'homicide », *Auctoritates. Xenia R.-C. Van Caenegem oblata*, Serge Dauchy et alii (dir.), Bruxelles, Académie Royale, 1997, p. 165-185.

ID., « Notes sur les fondements civilistes du *Pactum Pacis* médiéval », *Auctoritas, mélanges offerts à Olivier Guillot*, Giles Constable et Michel Rouche (dir.), Paris, Presse Universitaire de la Sorbonne, 2006, p. 385-396.

ID., « Ordinaire, extraordinaire. Quelques remarques sur les avatars d'une distinction romaine dans l'ancienne procédure française », *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, Jacqueline Hoareau-Dodinau, Guillaume Métairie et Pascal Texier (dir.), Limoges, PULIM, 2006, p. 123-137.

ID., « Secret et justice : les fondements historiques du secret de l'instruction », *Clés pour le siècle : Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1243-1269.

**CARBONNIER (Jean)**, « L'importance de d'Aguesseau pour son temps et pour le nôtre », *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, PULIM, 2004, p. 25-33.

**CARBONNIERES (Louis de)**, « Le pouvoir royal face aux mécanismes de la guerre privée à la fin du Moyen Âge. L'exemple du parlement de Paris », *Droits*, n° 46/2, 2007, p. 3-18.

ID., « Les lettres de rémission entre le parlement de Paris et chancellerie royale dans la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle », *RHDFE*, Vol. 79, No. 2 (avril-juin 2001), p. 179-195.

ID., « Un magistrat des Lumières face aux droits : Pierre Gilbert de Voisins », *Droits*, n° 40/2, 2004, p. 115-128.

**CAROLUS-BARRE (Louis)**, « La Grande Ordonnance de Réformation de 1254 », *Comptes rendues des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 117<sup>e</sup> année, N. 1, 1973, p. 181-186.

**CARPINTERO (Francisco)**, « El derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos », *Persona y derecho*. N. 8, 1981, p. 33-100.

**CARRIER (Isabelle)**, « L'art de louvoyer dans le système judiciaire de l'Ancien Régime : le procureur et la procédure civile », *Entre justice et justiciables. Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX<sup>e</sup> siècle*, Claire Dolan (dir.), Québec, Les presses de l'Université de Laval, 2005, p. 479-490.

**CARRITHERS (David W.)**, « Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence », *Montesquieu's science of politics : essays on the spirit of laws*, Carrithers, Mosher, Rahe (dir.), Lanham, Rowman & Littlefield, 2001, p. 291-334.

ID., « Montesquieu's Philosophy of Punishment », *History of Political Thought*, Vol. 19, No. 2, 1998, 213-240.

**CARVAIS (Robert)**, « La procédure de vérification des lettres patentes, moyen parlementaire de négociier, voire d'imposer le droit », *Dire le droit : normes, juges, jurisconsultes*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2006, p. 267-284.

**CARVALHO (Thérènce)**, « Marquis d'Argenson », *Les grandes figures de la décentralisation*, Nicolas Kada et Vincent Aubelle (dir.), Boulogne-Bilancourt, Berger-Levrault, 2019, p. 31-34.

**CASTAN (Nicole)**, « La justice en France à la fin de l'Ancien Régime », *Déviance et société*, vol. 7, N° 1, 1983, p. 23-34.

**CATTEEUW (Laurie)**, « L'inacceptable face aux nécessités politiques : les relations entre censures et raisons d'État à l'époque moderne », *Les Dossiers du Grihl, Les dossiers de Jean-Pierre Cavallé, Les limites de l'acceptable*, 2013, disponible sur : <http://dossiersgrihl.revues.org/5978>

ID., « Réalisme et mythologie de la raison d'État. Une question de mémoire historique », *Revue de Synthèse*, Springer Verlag/Lavoisier, 130 (2), 2009, p. 221-231.

ID., « Réalisme et mythologie de la raison d'État. Des combats pour l'histoire », *Revue de Synthèse*, Springer Verlag/Lavoisier, 130 (3), 2009, p. 409-423.

**CAVALLINI (Concetta)**, « L'écriture de la *brevitas* et ses enjeux entre hasard et cohérence. L'exemple de Boaiustau et Primaudaye », *Revue italienne d'études françaises*, 8 | 2018, disponible sur : <http://journals.openedition.org/rief/2215>

**CAZIER (Pierre)**, « Introduction », *Isidorus Hispalensis sententiae*, Turnhout, Brepols, 1998, p. I-XXIX.

**CHALINE (Olivier)**, « Cassations et évocations dans les remontrances des parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle », *HES*, vol. 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 57-68.

**CHANTEUR (Janine)**, « La loi chez Platon », *APD*, Tome 25, 1980, p. 137-146.

**CHARRETTE (Léon)**, « Droit naturel et droit positif chez Saint Thomas d'Aquin », *Philosophiques*, 8(1), 1981, p. 113-130.

**CHARTIER (Roger)**, « Opinion publique », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Lucien Bély (dir.), Paris, Quadrige/PUF, 2015, p. 929-930.

**CHAUVEAU-MAULINI (Bruce)**, « La notion de monarchie tempérée dans les remontrances des parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle : Montesquieu et l'idéologie de robe », *Annales, Droit-Histoire-Philosophie-Sociologie-Procès*, I/2006, Institut Michel Villey, Université Paris II, p. 197-242.

**CHEMINADE (Christian)**, « Charles le Chauve et le débat sur le pouvoir législatif au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Le prince et la norme. Ce que légiférer veut dire*, Textes réunis par Jacqueline Horeau-Dodinau, Guillaume Métairie et Pascal Texier, Limoges, PULIM, 2007, p. 177-194.

**CHÊNE (Christian)**, « Autonomie et privilèges : les universités d'Ancien Régime », *RHFD*, n° 29-30, 2009-2010, p. 29-38.

ID., « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil des travaux et mémoires publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, fasc. XII, Montpellier, 1985, p. 179-187.

ID., « Les facultés de droit françaises du XVII<sup>e</sup> siècle à la Révolution. Eléments de bibliographie », *RHFD*, n° 3, 1986, p. 199-242.

**CHERCHEVE (Frédéric)**, « Le procès de Nicolas Fouquet », *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Jean Imbert (dir.), Paris, PUF, 1964, p. 101-120.

**CHEVALIER (Jean-Jacques)**, « Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale », *Revue française de science politique*, 3<sup>e</sup> année, n° 1, 1953, p. 5-30.

**CHIANEA (Gérard)**, « Droit divin et droit de l'homme : deux fondements différents pour une même légitimation de l'État », *JDCP*, volume 5, 1999, p. 11-22.

**CHIFFOLEAU (Jacques)**, « Avouer l'inavouable : l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge », *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, 2001, p. 57-97.

**CHROUST (Anton-Hermann)**, « The fundamental ideas in St. Augustine's philosophy of law », *Augustine and Modern Law*, Richard Brooks et James Bernard Murphy (ed.), Farnham, Ashgate, 2011, p. 171-194.

**CHURCH (William F.)**, « The Decline of the French Jurists as Political Theorists », *FHS*, Duke University Press, Vol. 5, No. 1, 1967, p. 1-40.

**CITON (Yves)**, « Rousseau et les physiocrates : la justice entre produit net et pitié », *Etudes Jean-Jacques Rousseau*, Numéro spécial « Rousseau : économie politique », Reinhard Bach (ed.), 1999, p. 161-181.

**CLAVERIE (Elisabeth)**, « Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique », *Politix*, vol. 7, n° 26, Deuxième trimestre 1994, p. 76-85.

**CLEMENT (Eloi)**, « Le Droit selon Beccaria », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2014-4, p. 41-62.

**CLERE, (Jean-Jacques)**, « *Les Maximes du droit public* et le gouvernement mixte », *Lectures du régime mixte*, Centre d'études et de recherches d'histoire des idées et des institutions politiques, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, p. 117-127.

**COCATRE-ZILGIEN (André)**, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique prérévolutionnaire », *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences économiques de Lille*, 1963, p. 29-154.

**COLIOT-THELENE (Catherine)**, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus politicum*, n<sup>o</sup> 1, 2008, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/Apres-la-souverainete-que-reste-t-il-des-droits-subjectifs-27.html>

**CONDORELLI (Orazio)**, « "*Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*". Note sull'origine e sull'utilizzazione del principio tra medioevo e prima età moderna », *Ius Canonicum*, Vol. 53, 2013, p. 101-127.

**CONGAR (Yves M.-J.)**, « *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 35, 1958, p. 210-259.

**CONTAMINE (Philippe)**, « "Inobédience", rébellion, trahison, lèse-majesté. Observations sur les procès politiques à la fin du Moyen Âge », *Les procès politiques (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, Yves-Marie Bercé (dir.), Ecole française de Rome, 2007, p. 63-82.

**CORDINER (Valerio)**, « Du Poyet chez Du Fail. Échos de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts dans les *Contes et discours d'Eutrapel* », *Revue italienne d'études françaises*, 2 | 2012, disponible sur : <http://journals.openedition.org/rief/773>

**CORNETTE (Joël)**, « Les vies successives d'un roi : la postérité politique de Louis XI à l'époque moderne », *Revue Historique*, Tome 301, Fasc. 2 (610), avril/juin 1999, p. 333-338.

**COURTNEY (Cecil P.)**, « Montesquieu and the Problem of *la diversité* », *Enlightenment Studies in Memory of Robert Shackleton*, Barber et Courtney (dir.), Oxford, The Voltaire Foundation, 1988, p. 61-81.

ID., « Scepticisme et diversité chez Montesquieu », *Montesquieu. Les années de formation (1689-1720)*, Volpilhac-Augier (dir.), Oxford, Voltaire Foundation/Naples, Liguori, 1999, 143-151.

**CREMER (Albert)**, « La genèse de la notion de noblesse de robe », *RHMC*, Tome 46, n°1, 1999, p. 22-38.

**CURZON (Alfred de)**, « L'enseignement du droit français dans les universités de France aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles », *NRHDFE*, Vol. 43 (1919), p. 209-269.

**DAUBRESSE (Sylvie)**, « Le parlement et l'enregistrement des actes royaux au XVI<sup>e</sup> siècle », *Dire le droit : normes, juges, jurisconsultes*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006, p. 253-266.

ID., « Autour de l'arrêt Le Maistre », *Le parlement en sa cour ; études en l'honneur du professeur Jean Hilaire*, Olivier Descamps, Françoise Hildesheimer et Monique Morgat-Bonnet (dir.), Paris, Honoré Champion, 2012, p. 149-170.

**DAUCHY (Serge)**, « De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs : diversité des missions du ministère public », *Histoire du Parquet*, Jean-Marie Carbasse (dir.), Paris, PUF, 2000, p. 55-75.

ID., « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », *1806 – 1976 – 2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Cour de Cassation, Paris, Novembre 2006, p. 77-89, disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224/document>

**DAWSON (Philippe)**, « Le 6<sup>e</sup> bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme », *AHRF*, n° 232, 1978, p. 161-179.

**DE CASABIANCA (Denis)**, « Montesquieu : un "cartésien rigide" ? », *Qu'est-ce qu'être cartésien ?*, Delphine Kolesnik-Antoine (dir.), Lyon, ENS éditions, 2013, disponible sur : <http://books.openedition.org/enseditions/8869>

**DE LUBAC (Henry)**, « Augustinisme politique ? », *Théologies d'occasion*, Paris, 1984, p. 255-308.

**DE MARINI AVONZO (Franca)**, « I rescritti nel processo del IV e V secolo », *Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana XI*, Pérouse, 1993, p. 29-39.

**DE MAS LATRIE (Louis)**, « De la formule "Car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française », *Bibliothèque de l'École des chartes*, n° 42, 1881, p. 560-564.

**DECOSTER (Caroline)**, « La convocation de l'assemblée de 1302, instrument juridique au service de la propagande royale », *Parliaments, Estates & Representation*, Vol. 22, 1, 2010, p. 17-36.

**DECROIX (Arnaud)**, « Les Parlements, la réforme fiscale et l'opinion publique dans les dernières décennies de l'Ancien Régime », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 15, no. 1, 2011, p. 92-104.

**DEGUERGUE (Maryse)**, « La conception de la volonté générale chez Diderot », *RHFD*, n° 12, 1991, p. 107-126.

**DELABORDE (Jules)**, « Le procès du prince de Condé (novembre et décembre 1560), *Bulletin Historique et littéraire*, Société de l'Histoire du protestantisme, Vol. 22 N° 4 et 6, 1873, p. 145-157 et 241-251.

**DELL'ELICINE (Eleonora)**, « *Ecllesia* y modelos de autoridad. Una reflexion a partir de las *Sententiae* de Isidoro de Sevilla y Tajon de Zaragoza (633-683) », *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre – BUCEMA* [En ligne], Hors-série n° 7 | 2013, disponible sur : <http://journals.openedition.org/cem/12826>

**DELPRAT (Caroline)**, « Magistrat idéal, magistrat ordinaire selon La Roche-Flavin : les écarts entre un idéal et des attitudes », *Les parlements de province*, Jacques Poumarède et Jack Thomas (dir.), Toulouse, FRAMESPA, 1996, p. 707-719.

ID., « Savoirs et déboires d'un juriste, Bernard de La Roche-Flavin (1552-1627) », *HES*, 19<sup>e</sup> année, N. 2, 2000, p. 163-184.

**DELVOLVÉ (Pierre)**, « Existe-t-il un contrôle d'opportunité ? », *Conseil d'État et Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1988, p. 269.

**DEMANTE (Gabriel)**, « Observations sur la formule "Car tel est nostre plaisir" dans la chancellerie française », *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, n° 54, 1893, p. 86-96.

**DEMONET (Marie-Luce)**, « La place des philosophes mineurs dans la bibliothèque de Montaigne : Pichot et La Primaudaye », *La librairie de Montaigne : Proceedings of the Tenth Cambridge Renaissance Colloquium 2-4 September 2008*, Philip Ford et Neil Kenny (ed.), Cambridge, Cambridge French Colloquia, 2012, p. 59-79.

**DEROUSSIN (David)**, « Les *Considérations sur le gouvernement...* du marquis d'Argenson : de la protection des intérêts au régime mixte », *Lectures du régime mixte*, Centre d'études et de recherches d'histoire des idées et des institutions politiques, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, p. 179-200.

**DESCIMON (Robert)**, « La royauté française entre féodalité et sacerdoce : roi seigneur ou roi magistrat ? », *Revue de synthèse*. Vol. 112, n° 3-4, 1991, p. 455-473.

ID., « L'union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité. La construction d'une loi fondamentale aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Droits*, n° 22, 1996, p. 79-90.

ID., « Les paradoxes d'un juge seigneurial. Charles Loyseau (1564-1627) », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 27 | 2001, disponible sur : <https://journals.openedition.org/ccrh/1333>

**DESSERT (Daniel)**, « Finances et société au XVII<sup>e</sup> siècle : à propos de la chambre de justice de 1661 », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 29<sup>e</sup> année, N. 4, p. 847-882.

**DI DONATO (Francesco)**, « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52<sup>e</sup> années, N. 4, 1997, p. 821-852.

ID., « De la justice politique à la politique de la justice : doctrines et pratiques conflictuelles de la souveraineté dans l'État moderne », *Justice et État, Actes du XXIII<sup>e</sup> colloque international de l'AFHIP, Aix-en-Provence, 12-13 septembre 2013*, Aix-en-PUAM, 2014, p. 193-210.

ID., « La conception du droit naturel dans la pensée et la pratique des juristes français et italiens (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles) », *Un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge*, Actes du Colloque International de l'AFHIP (Poitiers, Mai 2009), PUAM, 2010, p. 107-128.

ID., « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus*, 21, 2013, p. 257.

ID., « La mediazione patriarcale nella monarchia assoluta. Mutazioni del sapere giuridico nella costruzione dello Stato moderno », *Culture parlamentari a confronto. Modelli della rappresentanza politica e identità nazionali*, Andrea Romano (dir.), Bologna, Clueb, 2016, p. 83-98.

ID., « La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, études rassemblées par Olivier Cayla et Marie-France Renoux-Zagamé, Paris, LGDJ, Publications de l'Université de Rouen, 2002, p. 89-116.

ID., « Le concept de liberté dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII<sup>e</sup> siècle (France et Italie) », *Lexicon Philosophicum – Quaderni di terminologia e storia delle idee*, n°8-9, 1996, Firenze, Leo S. Olschki, p. 81-92.

ID., « Le concept de "représentation" dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige », *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/puam/135>

ID., « Le gouvernement divisé des juges. Nouveaux modèles de la médiation patriarcale dans le monde contemporain », *Les désunions de la magistrature (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*,

Jean-Christophe Gaven et Jacques Krynen (dir.), Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 69-112.

**DILLAY (Madeleine)**, « Quelques données bio-bibliographiques sur Claude Fauchet (1530-1602) », *Neuphilologische Mitteilungen*, Vol. 33, No. 1/3 (1992), p. 35-82.

**DOUGLASS (Robin)**, « Rousseau's debt to Burlamaqui : the ideal of nature and the nature of things », *Journal of the history of ideas*, Volume 72, N°2, Avril 2011, p. 209-230.

**DOUNOT (Cyrille)**, « Le bien commun dans la législation royale (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Bulletin de Littérature Ecclésiastique*, n° 472, Tome CXVIII-4, 2017, p. 99-114.

**DOYLE (William)**, « Colbert et les offices », *HES*, 19<sup>e</sup> année, n°4, Louis XIV et la construction de l'État royal (1661-1672), Olivier Chaline et François-Joseph Ruggiu (dir.), 2000, p. 469-480.

ID., « The Parlements of France and the Breakdown of the Old Regime 1771-1788 », *FHS*, Duke University Press, Vol. 6, No. 4, Autumn 1970, p. 415-458.

**DUBREUCQ (Alain)**, « Le prince et le peuple dans les miroirs des princes carolingiens », *Le Prince, son peuple et le bien commun. De l'Antiquité tardive à la fin du Moyen Âge*, Joëlle Quaghebeur, Hervé Oudart et Jean-Michel Picard (dir.), Rennes, PUR, 2014, p. 97-114.

**DUFAL (Blaise)**, « Séparer l'Église de l'État : L'augustinisme politique selon Arquillière », *L'Atelier du Centre de recherches historiques* [En ligne], 01 | 2008, disponible sur : <http://journals.openedition.org/acrh/313>

**DUNBABIN (Jean)**, « West Francia : The kingdom », *The new Cambridge Medieval History*, Tome 3, Reuter, Cambridge, 1999, p. 372-397.

**DUPILET (Alexandre) et SARMANT (Thierry)**, « La polysynodie et gouvernement par conseil en France et en Europe du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle », *HES*, 26<sup>e</sup> année, N. 4, 2007, p. 51-65.

**DURAND-LE GUERN (Isabelle)**, « Louis XI entre mythe et histoire », *CRMH*, [En ligne], 11 | 2004, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/1703>

**DURAND (Yves)**, « Ferme, ferme générale » et « Fermiers généraux », *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Lucien Bély (dir.), Paris, Quadrige/PUF, 2015, p. 542-543.

**ECHEVERRIA (Durand)**, « The pre-revolutionary influence of Rousseau's *Contrat social* », *Journal of the history of ideas*, Vol. 33, N°4 (Oct. – Dec. 1972), p. 543-560.

- ECKERT (Raphaël)**, « La transaction devant la chambre criminelle du parlement de Paris au début du XV<sup>e</sup> siècle : l'exemple de l'affaire Broquel », *CHJ@édition électronique, La résolution des conflits en matière pénale*, juillet 2011, disponible en ligne : <http://chj.univ-lille2.fr/les-publications/editions-en-ligne/2-resolution-des-conflits/la-transaction/>
- EL HAGE (Fadi)**, « Les maréchaux de France et la confusion des pouvoirs dans la monarchie française à l'époque moderne », *RHDFE*, Vol. 89, No. 3 (juillet-septembre 2011), p. 359-375.
- EPRON (Quentin)**, « Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-Lumières », *RHFD*, n°24, 2004, p. 9-33.
- FACHEUX, (M.)**, « Le procès de Cinq-Mars », *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Jean Imbert (dir.), Paris, PUF, 1964, p. 77-100.
- FASOLT (Constantin)**, « *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* : The Words and the Meaning », *Past sense : studies in medieval and early modern European history*, Leiden, Brill, 2014, p. 222-257.
- FERRAND (Jérôme)**, « Sur les différents pendants par devant la cour de parlement... Approche herméneutique de l'arbitrage moderne à partir des sources dauphinoises », *RHDFE*, Vol. 85, No. 1 (janvier-mars 2007), p. 23-58.
- FERTE (Patrick)**, « L'autonomie des universités françaises sous l'Ancien Régime : un bilan peu édifiant », *Annales du Midi : revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, Tome 121, n° 268, 2009, p. 545-568.
- FIGEAC (Michel)**, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, 25<sup>e</sup> année, n° 3, Echech et magistrature, 2006, p. 385-400.
- FILHOL (René)**, « La rédaction des coutumes en France », *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent. Colloque des 16-17 mai 1960*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1962, p. 63-85.
- FOLLAIN (Antoine)**, « De l'ignorance à l'intégration. Déclarations, édits et ordonnances touchant la justice seigneuriale aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Les justices de village : Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution*, Antoine Follain et Véronique Sarrazin (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 123-143.
- FONBAUSTIER (Laurent)**, « L'influence des modèles ecclésiologiques et des institutions de l'église sur les modèles et institutions étatiques », *Droits*, vol. 59, n° 1, 2014, p. 123-144.

**FORCADET (Pierre-Anne)**, « Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII<sup>e</sup> siècle », *Les cours d'appel. Origines et enjeux contemporains*, Laurence Soula (dir.), Rennes, PUR, 2016, p. 31-50.

**FOURNIER (Paul)**, « Un tournant de l'histoire du droit. 1060-1140 », *NRHDFE*, Vol. 41, 1917, p. 129-180.

**FOURNIER (Raphaël)**, « Ancienne magistrature et hiérarchie des normes : le corps caché des lois derrière le corps du roi », *Droits*, n° 67/1, 2018, p. 197-217.

**FOWLER-MAGERL (Linda)**, « "Ordines iudicarii" and "Libelli de ordine iudiciorum" : from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century », *Typologie des sources du Moyen Âge*, fascicule 63, Turnhout, Brepols, 1994, 130 p.

**FOYER (Jean)**, « L'Ordonnance de Villers-Cotterêts », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 133<sup>e</sup> année, N. 3, 1989, p. 645.

**FRAHER (Richard M.)**, « The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages : "Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita" », *University of Illinois Law Review*, No. 3, 1984, p. 577-595, disponible sur: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1854>

**FRANÇOIS (Michel)**, « "Auxilium et consilium" dans la langue et la pensée médiévales », *Bulletin de la Société nationale des Antiquaires de France*, 1967, 1969, p. 111-120.

**FREGER (Laurie)**, « Le coût de la justice civile à travers les archives judiciaires : l'exemple des épices des magistrats », *L'Atelier du Centre de Recherches historiques* [En ligne], 05 | 2009, disponible sur <http://journals.openedition.org/acrh/1738>

**FRISON-ROCHE (Marie-Anne)**, « La philosophie du procès, propos introductifs », *APD*, Tome 39, 1994, p. 19-24.

**FUMAROLI (Marc)**, « Aux origines de la connaissance historique du Moyen Âge. Humanisme, Réforme et Gallicanisme au XVI<sup>e</sup> siècle », *XVII<sup>e</sup> siècle*, n° 114-115, 1977, p. 5-29.

**GAILLARD (Arthur)**, « L'origine du Grand Conseil et du Conseil Privé », *Compte-rendu des séances de la commission royale d'histoire*, Deuxième série, Tome 6, 1896, p. 267-324.

**GARNOT (Benoît)**, « Justice, infrajustice, parajustice et extra justice dans la France d'Ancien Régime », *Crime, Histoire & Sociétés*, Vol. 4, N° 1, 2000, p. 103-120.

ID., « Voltaire et la justice d'Ancien Régime : la médiatisation d'une imposture intellectuelle », *Le temps des médias*, vol. 15, n° 2, 2010, p. 26-37.

**GAUDEMET (Jean)**, « Les ordalies au Moyen Âge : doctrine, législation et pratique canonique », *Recueils de la Société Jean Bodin, XVII, La preuve, 2*, Bruxelles, 1965, p. 99-136.

ID., « Pouvoir d'ordre et pouvoir de juridiction. Quelques repères historiques », *L'Année canonique*, Tome XXIV, 1985-1986, p. 83-98.

**GAUDEMET-TALLON (Hélène)**, « L'introuvable « juge naturel », *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591-612.

**GAURIER (Dominique)**, « La chose jugée dans l'ancien droit français : Le Code civil, héritier des juristes de l'Ancien Régime », *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, n° 4, Facultés Universitaires Saint Louis Bruxelles, 1995, p. 29-45.

ID., « La revendication d'un droit national contre le droit romain : le droit commun coutumier en France de la fin du XVI<sup>e</sup> au début du XVII<sup>e</sup> siècle », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Tome XLI, suppl., *Droit romain et identité européenne*, 1994, p. 29-47.

ID., « Les préambules des ordonnances françaises aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : propagande royale ou véritable programme législatif ? », *Légiférer, gouverner et juger : Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans*, Eric Bousmar, Philippe Desmette et Nicolas Simon (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016, p. 355-372.

**GAZZANIGA (Jean-Louis)**, « L'"ordre" des avocats aux derniers siècles de l'Ancien Régime », *Défendre par la parole et par l'écrit. Etudes d'histoire de la profession d'avocat*, Etudes d'Histoire du Droit et des idées politiques, N° 8, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 37-51.

ID., « Notes sur la liberté de parole de l'avocat », *Défendre par la parole et par l'écrit. Etudes d'histoire de la profession d'avocat*, Etudes d'Histoire du Droit et des idées politiques, N° 8, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 69-80.

ID., « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine », *Droits*, n° 20, 1995, p. 31-41.

**GENESTAL (Robert)**, « Les origines du privilège clérical », *NRHDFE*, Vol. 32, 1908, p. 161-212.

**GESCHÉ (Adolphe)**, « L'invention chrétienne de la liberté », *Revue théologique de Louvain*, 28, 1997, p. 3-27.

**GIESEY (Ralph E.)**, « "Quod omnes tangit" – A Post Scriptum », *Festschrift Gaines Post, Studia Gratiana*, 15, 1972, p. 321-332.

ID., « The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne », *Transactions of the American Philosophical Society*, Vol. 51, No. 5, 1961, p. 3-47.

**GILLES (David)**, « Jean Domat et les fondements du droit public », *RHFD*, n° 25-26, 2005-2006, p. 95-121.

**GIORDANENGO (Gérard)**, « Le pouvoir législatif du roi de France (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.) : travaux récents et hypothèse de recherches », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, Tome 147, 1989, p. 283-310.

**GLASSON (Ernest)**, « Les sources de la procédure civile française », *NRHDFE*, vol. 5, 1881, p. 401-431.

**GODIN (Xavier)**, « La procédure de cassation au XVIII<sup>e</sup> siècle », *HES*, 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 19-36.

**GOJOSSO (Éric)**, « Etienne Pasquier ou l'histoire au service de la modération (1560-1565) », *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique*, Actes du colloque de l'AFHIP d'Aix-en-Provence (12-13 mai 2005), PUAM, 2006, p. 205-214.

ID., « La constitution anglaise à l'aune de la Fronde 1649-1653 », *RFHIP*, vol. 12, 2000, p. 229-250.

ID., « L'absolutisme et l'histoire juridique. À propos d'un ouvrage récent », *RHDFE*, Vol. 80, No. 4 (octobre-décembre 2002), p. 465-470.

ID., « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *RFDC*, n° 71/3, 2007, p. 499-512.

ID., « Le *Mémoire sur les municipalités* (1775) et la réforme administrative à la fin de l'Ancien Régime », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, 2007, n° 1, p. 127-138

**GOLDIN (Owen)**, « Qu'est-ce qu'une loi dans les Lois », *RFHIP*, vol. 16, no. 2, 2002, p. 247-258.

**GOLDNER (Erik)**, « Corruption on Trial : Money, Power, and Punishment in France's "Chambre de Justice" of 1716 », *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, Vol. 17, No. 1, 2013, p. 5-28.

**GOURON (André)**, « Aux origines médiévales de la maxime : *Quod omnes tangit* », *Histoire du droit social. Mélanges en honneur de Jean Imbert*, Jean-Louis Harouel (dir.), Paris, PUF, 1989, p. 277-286.

ID., « Coutume contre loi chez les premiers glossateurs », *Droit et coutume en France au XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles*, Adershot, Variorum, 1993, p. 117-130.

ID., « La double naissance de l'État législateur », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, École française de Rome, 1991, p. 101-113.

ID., « L'apport des juristes français à l'essor du droit pénal savant », *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 337-368.

ID., « Le rôle de l'avocat selon la doctrine romaniste du XII<sup>e</sup> siècle », *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord-États Unis, Aldershot-Ashgate, 2006, p. 7-19.

**GOYARD-FABRE (Simone)**, « L'hésitation conceptuelle du jusnaturalisme de Hobbes à Wolff », *RHFD*, n° 8, 1989, p. 51-68.

ID., « La politique constitutionnelle de Montesquieu », *L'État moderne regards sur la pensée politique de l'Europe occidentale entre 1715 et 1848*, Simon Goyard-Fabre (dir.), Paris, J. Vrin, 2000, p. 89-104.

ID., « La propriété dans la philosophie de Locke », *Archives de Philosophie*, Vol. 55, No. 4 (octobre-décembre 1992), p. 607-630.

**GRINBERG (Martine)**, « La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux : nommer, classer, exclure », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52<sup>e</sup> année, N. 5, 1997, p. 1017-1038.

**GRINBERG (Martine)**, **GEOFFROY-POISSON (Simone)** et **LACLAU (Alexandra)**, « Rédaction des coutumes et territoires au XVI<sup>e</sup> siècle : Paris et Montfort-L'Amaury », *RHMC*, vol. 59-2, 2012, p. 7-55.

**GROSSE (Rolf)**, « La royauté des premiers Capétiens : "un mélange de misère et de grandeur" ? », *Le Moyen Âge*, Tome CXIV, n° 2, 2008, p. 255-271.

**GUENEE (Bernard)**, « Le Conseil du roi au Moyen Âge », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 5-9.

**GUYON (Gérard)**, « L'avocat dans la procédure des anciennes coutumes médiévales bordelaises », *RHDFE*, Vol. 86, No. 1 (janvier-mars 2008), p. 21-37.

**GUYOTJEANNIN (Olivier)**, « Entre persuasion et révélation : la rhétorique de la grâce à la chancellerie royale française (XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle) », *Un Moyen Âge pour aujourd'hui : mélanges offerts à Claude Gavard*, Julie Claustre, Olivier Mattéoni et Nicolas Offenstadt (dir.), Paris, PUF, 2010, p. 88-96.

**HALEVI (Ran)**, « La modération à l'épreuve de l'absolutisme. De l'Ancien Régime à la Révolution française », *Le débat*, n° 109/2, 2000, p. 73-99.

ID., « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, 24 p., disponible sur :

<http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html>

**HALPERIN (Jean-Louis)**, « Forfaiture des juges et privation de l'office à la fin de l'Ancien Régime », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 105-113.

ID., « L'action en justice, quelques retrodictions dans l'histoire de la doctrine », *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 6-15.

ID., « La visualisation des différentes procédures en Europe, XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle », *Sociétés & Représentations*, vol. 18, no. 2, 2004, p. 63-73.

**HANARD (Gilbert)**, « *Res iudicata pro veritate habetur* : la naissance d'un concept », *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, n° 4, Facultés Universitaires Saint Louis Bruxelles, 1995, p. 15-28.

**HANISCH (Till)**, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Volume 2, 2010, p. 131-165.

**HAUTEBERT (Joël)**, « El mantenimiento del orden en Francia y Castilla bajo la Monarquía absoluta. "Prévôté des maréchaux" y hermandades », *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 28, 2006, p. 313-337.

ID., « L'affaire Boris Chevalier. Procès d'un magistrat sous le règne de Louis XIV », *RHDFE*, Vol. 77, No. 4 (octobre-décembre 1999), p. 519-531.

**HERENCIA (Bernard)**, « Paul Pierre Lemercier de la Rivière et les Remontrances du parlement au roi du 27 novembre 1755 », 2013, disponible sur : <https://www.bernard-herencia.com/wp-content/uploads/2013/09/Herencia-2013-Lemercier-de-la-Rivi%C3%83%C2%A8re-et-les-Remontrances-du-27-novembre-1755.pdf>

**HERNANDEZ VELEZ (Juan)**, « La délibération dans la monarchie française, ou "les canaux par où coule la puissance" », *Actes du Colloque La puissance, organisé par l'Association Montpelliéraine des Jeunes Historiens du Droit le 25-26 juin 2019* (article à paraître).

ID., « Les paradoxes du discours de la magistrature ancienne : la défense de la "sûreté publique" pendant la fronde parlementaire (1648-1649) », *Mémoires de la SHDB*, 2017 (article à paraître).

ID., « Pamphlet Literature Reflecting Parliamentary Opposition at the Time of the French Fronde : the Example of the Mazarinades (1648-1649) », *History of Law and Other Humanities : Views of the Legal World Across Time*, Virginia Amorosi et Valerio Massimo (dir.), Serie de Monografias : Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2019 p. 299-313.

**HEURTIN (Jean-Philippe)**, « Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Domat », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/Obliger-a-aimer-les-lois-Paradoxe-de-l-augustinisme-juridique-chez-Jean-Domat-733.html>

**HILAIRE (Jean)**, « Coutume et droit écrit au Parlement de Paris d'après les registres d'Olim (1254-1318), *Coutumes, doctrine et droit savant*, actes du colloque des 20 et 21 octobre 2006, Jean-Marie Augustin et Véronique Gazeau (dir.), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007, p. 65-88.

ID., « Jugement et jurisprudence », *APD*, Tome 39, 1994, p. 181-190.

ID., « Le Roi et Nous, procédure et genèse de l'État aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *Revue Histoire de la Justice*, No. 5, 1992, p. 3-18.

ID., « Supplier le roi. Les voies de recours extraordinaires aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *RHDFE*, Vol. 74, No. 1 (janvier-mars 1996), p. 73-81.

**HILDESHEIMER (Françoise)**, « Les deux premiers registres des "ordonnances" ou la logique floue de l'enregistrement », *Histoire et archives*, n. 12, Paris, 2002, p. 79-114.

**HOAREAU (Jacqueline)**, « Henri-François d'Aguesseau et le temps de la justice : l'affaire de La Pivardière », *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, PULIM, 2004, p. 35-42.

**HOULLEMARE (Marie)**, « Factums et jugement du public dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle », *Histoire de la justice*, vol. 20, No. 1, 2010, p. 35-42.

ID., « Guillaume Poyet (v. 1473-1548) », *Les conseillers de François I<sup>er</sup>*, Rennes, PUR, 2011, disponible sur : <http://books.openedition.org/pur/120036>

**HOYOS PEREZ (Bernardino)**, « La obra jurídica de San Isidoro », chapitre de Thèse de doctorat en Droit, Université Pontificia Bolivariana, 1959, 22 p., disponible sur : <https://revistas.upb.edu.co/index.php/upb/article/download/4015/3596>

**HOYOUX (Jean)**, « *Reges criniti*. Chevelures, tonsures et scalps chez les Mérovingiens », *Revue Belge de philologie et d'histoire*, Tome 26, fasc. 3, 1948, p. 479-508.

**HUESBE LLANOS (Marco A.)**, « La teoria politica de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitucion del imperio romano-germanico (1667) », *Revista de Estudios Hitorico-Juridicos*, n° 31, Valparaiso, 2009, p. 427-455.

**HUMBERT (Sylvie) et ROYER (Jean-Pierre)**, « Témoignages et monitoires : de l'affaire du chevalier de La Barre à l'oralité des débats du XIX<sup>e</sup> siècle », *Histoire de la justice*, vol. 24, No. 1, 2014, p. 103-114.

**HURT (John, J.)**, « Les Offices au parlement de Bretagne sous le règne de Louis XIV : aspects financiers », *RHMC*, Tome 23, n° 1, janvier-mars 1976, p. 3-31.

ID., « The Parliament of Brittany and the Crown : 1665-1675 », *FHS*, Vol. 4, No. 4, 1966, p. 411-433.

**IACOBINI (Anna)**, « La crise de la *res publica romana* et la reformulation du *mos maiorum* chez Cicéron », *Camenuiae*, N° 13, 2015, disponible en ligne : <http://lettres.sorbonne-universite.fr/IMG/pdf/IACOBONIbat.pdf>

**IJSSELING (Samuel)**, « Rhétorique et philosophie. Platon et les Sophistes, ou la tradition métaphysique et la tradition rhétorique », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 74, n° 22, 1976, p. 193-210.

**IMBERT (Jean)**, « Les six jours des Droits de l'homme », *L'histoire*, N° 113, juillet-août 1988, disponible sur : <https://www.lhistoire.fr/les-six-jours-des-droits-de-lhomme>

**IPPOLITO (Dario)**, « Montesquieu et le droit naturel », *(Re)lire l'Esprit des Lois*, Cathérine Volpilhac-Auger et Luigi Delia (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2014, p. 83-103.

**ISAAC (Jean)**, « La notion de dialectique chez Saint Thomas », *Revue des Sciences philosophiques et théologiques*, Vol. 34, No. 4, octobre 1950, p. 484-485.

**JACOB (Robert)**, « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *APD*, Tome 39, 1995, p. 89-104.

ID., « Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XII<sup>e</sup> siècle européen) », *Le Serment. 1. Signes et fonctions*, Raymond Verdier (éd.), Paris, CNRS Collections, 1992, p. 439-457.

**JAUME (Lucien)**, « Raison publique et raison métaphysique chez d'Aguesseau : la place des *Méditations* », *Histoire de la Justice*, vol. 19, no. 1, 2009, p. 41-48.

**JOLY, Aristide**, « Les juges de Vaudois. Mercuriales du parlement de Provence au XVI<sup>e</sup> siècle d'après des documents inédits », *Bulletin historique et littéraire*, Société de l'Histoire du Protestantisme Français, Vol. 24, No. 10, 1866, p. 464-471.

**JOUANNA (Arlette)**, « La quête des origines dans l'historiographie française de la fin du XV<sup>e</sup> siècle et du début du XVI<sup>e</sup> siècle », *La France de la fin du XV<sup>e</sup> siècle*, Bernard Chevalier (éd.), CNRS éditions, 1985, p. 301-312.

**JURMAND (Jean-Pierre)**, « L'évolution du terme de Sénat au XVI<sup>e</sup> siècle », *La monarchie absolutiste et l'histoire de France. Théories du pouvoir, propagandes monarchiques et mythologies nationales*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1987, p. 55-76.

**KADLEC (Lauriane)**, « Le "Code Michau" : la réformation selon le garde des Sceaux Michel de Marillac », *Les Dossiers du GRIHL* [En ligne], La Vie de Michel de Marillac et les expériences politiques du garde des sceaux, 2012, disponible sur : <http://journals.openedition.org/dossiersgrihl/5317>

ID., « Le droit d'enregistrement des Cours souveraines sous Louis XIII », *RHDFE*, Vol. 86, No. 1 (janvier-mars 2008), p. 39-68.

**KANTOROWICZ (Ernst)**, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, vol. 8, n°32, Quatrième trimestre. Le pouvoir des légistes, 1995, p. 5-22.

ID., « Mystères de l'État. Un concept absolutiste et ses origines médiévales », *Mourir pour la patrie*, Paris, PUF, 1984, 78-89.

**KLIMASZEWKA (Anna)**, « The Ordinance of 1667 : Ideology of Modern Codification as a Political Tool of Louis XIV », *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 5, n° 1, 2016, p. 128-140.

**KOOPMANS (Jelle)**, « À l'ombre de Pharamond : la royauté élective », *CRMH* [En ligne], 20 | 2010, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/12215>

**KRYNEN (Jacques)**, « À propos des *Treize livres des parlements de France* », *Les parlements de province*, Jacques Poumarède et Jack Thomas (dir.), Toulouse, FRAMESPA, 1996, p. 691-705.

ID., « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires "prêtres de la justice" », *Mélanges de l'École française Rome. Moyen Âge*, Tome 114, n°1, 2002, p. 95-119.

ID., « "De notre certaine science" : remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*,

André Gouron et Albert Rigaudière (dir.), Montpellier, Publications de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, n° 3, 1988, p. 131-144.

ID., « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *CHRM* [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/892>

ID., « La maîtrise royale du Conseil du roi », *Histoire, peuple et droit. Mélanges offerts au professeur Jacques Bouveresse*, textes réunis par Guilduin Davy, Raphaël Eckert et Virginie Lemonnier-Lesage, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014, p. 97-98.

ID., « La réception du droit romain en France. Encore la bulle *Super speculam* », *RHFD*, n° 28, 2008, p. 227-262.

ID., « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et contemporaine) », *RHDFE*, Vol. 86, No. 2, (avril-juin 2008), p. 161-197.

ID., « Les légistes "idiots politiques". Sur l'hostilité des théologiens à l'égard des juristes, en France, au temps de Charles V », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987)*, Rome, Publications de l'Ecole Française de Rome, 1991, p. 171-198.

ID., « Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi », *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Bernard Durand et Laurent Mayali (ed.), *Studies in comparative legal history*, Berkeley, 2000, p. 356-366.

ID., « Réflexions sur la justice dite "retenue" », *Le gouvernement des communautés politiques à la fin du Moyen Âge : entre puissance et négociation*, Corinne Leveleux-Teixeira, Anne Rousselet, Pierre Bonin et Florent Garnier (dir.), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2011, p. 523-532.

ID., « Réflexions sur les idées politiques aux États généraux de Tours de 1484 », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 62, No. 2 (avril-juin 1984), p. 183-204.

ID., « Une assimilation fondamentale ; le Parlement "Sénat de France" », *A Ennio Cortese...*, Domenico Maffei (dir.), Tome II, Roma, Il Cigno, 2001, p. 208-223.

**LACHAZE (Marcel)**, « Les "mercuriales" de d'Aguesseau », *Revue des Deux Mondes*, quinzaine 2, 15 juillet 1952, p. 273-286.

**LAINGUI (André)**, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *RHFD*, n° 13, 1992, p. 75-89.

ID., « P.F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria (1713-1791) », *APD*, Tome 39, 1994, p. 169-179.

**LAMARQUE (Pierre)**, « Naissance de l'"Assemblée Nationale" », *Dix-huitième siècle*, n° 20, 1988, p. 111-118.

**LAMEERE, Eugène**, « L'origine du Grand Conseil ambulatoire et Conseil privé », *Revue de l'Université de Bruxelles*, Tome III, 1897-1898, p. 1-24, disponible sur : <http://bibnum.enc.sorbonne.fr/omeka/files/original/d54c950c73eac78ee71a0a23d44ba390.pdf>

**LAQUERRIERE-LACROIX (Aude)**, « La coutume dans l'Empire romain tardif », *La revue*, N° 2, Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, 2013, p. 20-28.

**LARDONE (Francesco)**, « Roman Law in the Works of St. Augustine », *Augustine and Modern Law*, Richard Brooks et James Bernard Murphy (ed.), Farnham, Ashgate, 2011, p. 229-250.

**LARRÈRE (Catherine)**, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Michel Porret (éd.), Genève, Droz, 1997, p. 89-108.

ID., « Droit et mœurs chez Montesquieu », *Droits*, n° 19, 1994, p. 11-22.

ID., « Les typologies des gouvernements chez Montesquieu », *Études sur le XVIII<sup>e</sup> siècle*, Textes et Documents, Publications de la Faculté des Lettres et Science Humaines de Clermont-Ferrand, 1979, 88-103.

ID., « Montesquieu and Liberalism. The Question of Pluralism », *Montesquieu and his Legacy*, Rebeca Kingston (dir.), Albany, University of New York Press, 2008, p. 279-299.

**LAURENT (Marcel)**, « Jean Soanen, évêque de Senez, devant le "concile" d'Embrun », *Revue d'Auvergne*, Tome 82, pp. 95-112, 1968.

**LAURENT-BONNE (Nicolas)**, « La dictée du testament authentique, un succédané de formalisme rituel », *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, Sandrine Tysseyre et Nicolas Laurent-Bonne (dir.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 11-54.

**LAVOIR (Lise)**, « Factums et mémoires d'avocats aux XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles », *HES*, 1988, n° 2, p. 221-242

**LE GOFF (Jacques)**, « Aspects religieux et sacrés de la monarchie française du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle », *La royauté sacré dans le monde chrétien*, Alain Boureau et Claudio Sergio Ingerflom (dir.), Éditions de l'EHESS, 1992, p. 19-28.

ID., « Les trois fonctions indo-européennes, l'historien et l'Europe féodale », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 34<sup>e</sup> année, N. 6, 1979, p. 1187-1215.

**LE ROY LADURIE (Emmanuel)**, « L'arbre de justice : un organigramme de l'État au XVI<sup>e</sup> siècle », *Revue de la Bibliothèque nationale*, n°18, 1985, p. 18-35.

**LEBIGRE (Arllette)**, « Les ambiguïtés de l'âge classique », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 83-90.

**LEBLANC (Raphaëlle)**, « Droit naturel et droit des gens dans la pensée janséniste », *AFRI*, Volume XII, 2011, disponible sur : [http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2015/03/3-\\_Article\\_Leblanc.pdf](http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2015/03/3-_Article_Leblanc.pdf)

**LECLER (Joseph)**, « Les théories démocratiques au Moyen Âge », *Études. Revue catholique d'intérêt général*, Tome 225, octobre 1935, p. 5-26.

**LECUPPRE-DESJARDIN (Elodie)**, « *Avant un an, il s'en repentira*. L'argumentaire bourguignon déployé à la veille de la guerre du bien public. Petite étude sur la prise de décision à la fin du Moyen Âge », *Publications du Centre Européen d'Études Bourguignonnes*, vol. 57, 2017, p. 157-166.

**LEE (Daniel)**, « Private Law Models for Public Law Concepts : The Roman Law Theory of Dominion in the Monarchomach Doctrine of Popular Sovereignty », *The Review of Politics*, 70, 2008, p. 370-399.

**LEFEBVRE-TEILLARD (Anne)**, « Crime ou délit ? Le droit romano-canonique à la recherche d'un critère distinctif », *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, Tome III, *Straf- und Strafprozessrecht*, Mathias Schmoeckel, Orazio Condorelli, Franck Roumy (ed.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, *Norm und Struktur*, 37/3, 2012, p. 37-54.

ID., « Crimes, délits et maléfices », *Doctrine et pratiques pénales en Europe*, Jean-Marie Carbasse et Maité Ferret-Lesné (ed.), Montpellier, Faculté de Droit et de Science Politique de Montpellier, 2012, p. 97-109.

ID., « L'arbitrage de l'histoire », *APD*, Tome 52, 2009, p. 1-14.

**LEGENDRE (Pierre)**, « Domat, théoricien de l'État gendarme », *Études à la mémoire d'Emile Giraud*, Lille, Faculté de Droit, 1966, p. 247-258.

**LEMAIGNAN (Marion)**, « Les factums : une écriture sans modèle ? Avocats et actions d'écriture entre droit et discours social au XVII<sup>e</sup> siècle », *L'écriture des juristes, XVI<sup>e</sup> - XVIII<sup>e</sup> siècle*, Laurence Giavarini (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2010, p. 298-317.

**LEMERCIER (Pierre)**, « Les éléments juridiques de *Pathelin* et la localisation de l'œuvre », *Romania*, Tome 37, n° 290, 1952, p. 200-226.

**LESCUYER (Martin)**, « Guillaume Ranchin (1559-1605), érudit protestant et gallican. Sa bibliothèque et sa famille », *Bulletin de la Société de l'histoire du Protestantisme Français*, Vol. 145 (juillet-août-septembre 1999), p. 509-571.

**LEUWERS (Hervé)**, « Les avocats défenseurs des Lumières et de la liberté ? Problème d'analyse autour des *factums* », *Les parlements et les Lumières*, Olivier Chaline (dir.), Pessac, Maison des Sciences de l'Homme de l'Aquitaine, 2012, p. 213-224.

**LEVELEUX-TEXEIRA (Corinne)**, « Juger le faux pour croire le vrai. Le discours de *consilia* juridiques sur les pratiques de falsification (XIV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle) », *Juger le faux (Moyen Âge – Temps Modernes)*, Olivier Poncet (dir.), Paris, Publications de l'École Nationale des Chartes, 2011, disponible sur : <http://books.openedition.org/enc/273>

**LEVILLAIN (Charles-Edouard)**, « Une guerre souterraine contre Louis XIV. L'Espagne, la Hollande et les projets de révolte de 1674 », *Mélanges de la Casa de Velasquez*, 42 – 2 | 2012, p. 201-223.

**LEVY (Jean-Philippe)**, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge », *La preuve, Recueils de la Société Jean Bodin*, XVII, 1965 p. 137-167.

**LEVY-BRUHL (Henry)**, « Réflexions sur le formalisme social », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. 15, 1963.

**LEWINGER (Matthew)**, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 45<sup>e</sup> année, N. 3, 1990, p. 589-613.

**LEYTE (Guillaume)**, « "Le droit commun de la France" observations sur l'apport des arrêtiéristes », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 53-68.

ID., « Le provincialisme juridique dans la France d'Ancien Régime : quelques remarques », *RHFD*, n° 23, 2003, p. 95-117.

ID., « Les évocations, entre régulation juridique et arbitrage politique », *HES*, vol. 29<sup>e</sup> année, no. 3, 2010, p. 37-43.

ID., « Les origines médiévales du ministère public », *Histoire du Parquet*, Jean-Marie Carbasse (dir.), Paris, PUF, 2000, p. 23-54.

**LIARD (André)**, « Saint-Simon et les états généraux », *Revue historique*, Tome 75, Fasc. 2, 1901, p. 319-331.

**LORMANT (François)**, « La Révolution du droit pénal (1791-1810) », *Droit, Histoire et Société. Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissony*, Virginie Lemonnier-Lessage et François Lormant (dir.), PUN-Edulor, 2009, p. 145-168.

**LOSCHIAVO (Luca)**, « Isidore of Seville and the construction of a common legal culture in early medieval Europe », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 10, 2016, disponible sur : <https://www.cliothemis.com/Isidore-of-Seville-and-the>

**LOT (Ferdinand)**, « Quelques mots sur l'origine de la pairie », *Revue Historique*, Tome LIV, Paris, 1893, disponible sur :

<http://bibnum.enc.sorbonne.fr/omeka/files/original/f6bfda66efee31e8f9651e22945b28d.pdf>

**LUHMANN (Niklas)**, « De la fonction des "droits subjectifs" », *Trivium* [En ligne], 3 | 2009, disponible sur : <https://journals.openedition.org/trivium/3265>

ID., « *Quod omnes tangit*. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas », *Actuel Marx*, vol. 21, no. 1, 1997, p. 29-48.

**MAIRE (Catherine)**, « Gallicanisme et sécularisation au siècle des Lumières », *Droits*, n° 58/2, 2013, p. 133-166.

ID., « L'Église et la nation. Du dépôt de la vérité au dépôt des lois : la trajectoire janséniste au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 46<sup>e</sup> année, N. 5, 1991, p. 1177-1205.

ID., « Louis-Adrien Le Paige entre Saint-Simon et Montesquieu », *Cahiers Saint-Simon*, n° 27, 1999, p. 37-47.

**MAILLET-RAO (Caroline)**, « La réforme de l'exercice de la justice sous le garde des sceaux Michel de Marillac (1626-1630) », *Les justices locales et les justiciables. La proximité judiciaire en France du Moyen Âge à l'époque moderne*, Marie Houllémare et Dianne Roussel (dir.), PUR, 2015, p. 229-238.

**MAGONI (Clizia)**, « L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix (1791-1801) », *La Révolution française, Dire et faire l'Europe à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, p. 1-2, disponible sur : <https://journals.openedition.org/lrf/268>

**MALETTKE (Klaus)**, « Complots et conspirations contre Louis XIV dans la deuxième moitié du XVII<sup>e</sup> siècle », *Complots et conjurations dans l'Europe moderne. Actes du colloque international organisé à Rome, 30 septembre – 2 octobre 1993*, Rome, Ecole française de Rome, 1996, p. 347-371.

**MARONGIU (Antonio)**, « Il principio della democrazia e del consenso (*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*) del XIV secolo », *Studia Gratiana*, 8, 1962, p. 556-575.

**MARTINAGE (Renée)**, « Compromis, transaction, cession de droits en matière pénale », *CHJ@édition électronique, La résolution des conflits en matière pénale*, juillet 2011, disponible en ligne : <http://chj.univ-lille2.fr/les-publications/editions-en-ligne/2-resolution-des-conflits/compromis/>

ID., « Les idées sur la cassation au XVIII<sup>e</sup> siècle », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 47 (1969), p. 244-290.

**MATHIEZ (Albert)**, « Les doctrines politiques des physiocrates », *AHRF*, 13<sup>e</sup> année, No. 75 (mai-juin 1936), p. 193-203.

**MATTEONI (Olivier)**, « Les ducs de Bourbon et la grâce : Les lettres de rémission de Louis II (seconde moitié du XIV<sup>e</sup>-début du XV<sup>e</sup> siècle) », *Un Moyen Âge pour aujourd'hui : mélanges offerts à Claude Gavard*, Julie Claustre, Olivier Mattéoni et Nicolas Offenstadt (dir.), Paris, PUF, 2010, p. 128-136.

ID., « Les procès politiques du règne de Louis XI », *Histoire de la justice*, vol. 27, no. 1, 2017, p. 11-23.

**MAUNOURY (Corentin)**, « Les institutions judiciaires royale et seigneuriale dans le Maine au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales de Bretagne et des pays de l'ouest*, 121-1 | 2014, p. 51-83, disponible sur : <https://journals.openedition.org/abpo/2729>

**MAUSEN (Yves)**, « *Officium testis* : au service de la vérité. Aperçus sur le témoin judiciaire médiéval », *Hypothèses*, Volume 3, No. 1, 2000, p. 87-94.

**MAYALI (Laurent)**, « La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, *La coutume*, Bruxelles, 1990, p. 11-31.

ID., « *Lex animata*, rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles), *Renaissance du pouvoir législatif, et genèse de l'État*, André Gouron et Albert Rigaudière (dir.), Montpellier, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 155, 1988, p. 155-164.

**MAZA (Sarah)**, « Domestic melodrama as political ideology : the case of the Comte de Sanois », *The American Historical Review*, Vol. 94, No. 5 (Décembre 1989), p. 1249-1264.

ID., « Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 42<sup>e</sup> année, N° 1, 1987, p. 73-90.

**MAZABRAUD (Bertrand)**, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, n°42/2, 2010.

**MAZEAU (Guillaume)**, « Décélérer, soumettre le temps (États généraux, mai-juin 1789) », *Ecrire l'histoire* [En ligne], 16 | 2016, disponible sur : <https://journals.openedition.org/elh/1063>

**MAZEL (Florien)**, « Vérité et autorité : y a-t-il un moment grégorien ? », *La vérité. Vérité et crédibilité : construire la vérité dans le système de communication de l'Occident (XIII<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, Jean-Philippe Genet (dir.), Paris/Rome, Éditions de la Sorbonne, 2015, p. 323-348.

**MELLETT (Paul-Alexis)**, « Du passé au présent : les sources du "Droit des magistrats sur leurs sujets" (1574) », *Théodore de Bèze : 1519-1605*, Actes du Colloque de Genève septembre 2005, Irena Backus (dir.), Genève, Droz, 2007 p. 537-551.

**MERELLO ARECCO (Italo)**, « La máxima "*Quod omnes tangit*". Una aproximación al estado del tema », *Revista de estudios socio-jurídicos*, XXVII, 2005, p. 163-175.

**MESTRE (Jean-Louis)**, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775) », *État et pouvoir, l'idée européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, p. 21-36.

ID., « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *RFDC*, no. 71/3, 2003, p. 451-472.

**METHY (Catherine)**, « Le juge entre prise à partie et récusation : résistance et compromis dans l'ordonnance civile de 1667 », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 91-103.

**MICHEL (Véronique)**, « La coutume dans le *De legibus ac Deo Legislatore* de Francisco Suarez », *APD*, Tome 41, 1997, p. 445-470.

**MICHON (Cédric)**, « Conseils et conseillers en France de Louis XI à François I<sup>er</sup> (1461-1547) », *Conseils et conseillers dans l'Europe de la Renaissance : v. 1450 – 1550*, Tours, Presses Universitaires François Rabelais, PUR, 2012, p. 67-108.

**MONNIER (François)**, « La réforme impossible : Turgot et Necker », *La Revue administrative*, 59<sup>e</sup> année, No. 353 (septembre 2006) p. 456-463.

**MONNIER (Raymonde)**, « Montesquieu et le langage républicain : l'argumentaire de l'*Esprit des lois* », *La Révolution française*, [En ligne], 5 | 2013, disponible sur : <https://journals.openedition.org/lrf/1036>

**MONTAZEL (Laurence)**, « Les parlements de France et la torture judiciaire du XV<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Bernard Durand (dir.), Volume 2, Lille, Centre d'Histoire judiciaire, 2002, p. 613-641.

**MOOTE (Alanson Lloyd)**, « The French Crown versus its judicial and financial officials, 1615-83 », *The journal of modern history*, Vol. 34, N°2, June 1962, p. 146-160.

ID., « The Parliamentary Fronde and the Seventeenth-Century Robe solidarity », *FHS*, Vol. 2, No. 3, 1962, p. 330-355.

**MORANGE (Jean)**, « Liberté », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF, 2012, p. 945-952.

**MOREAU (Pierre-François)**, « Loi naturelle et ordre des choses chez Suarez », *Archives de philosophie*, vol. 42, No. 2 (avril-juin 1979), p. 229-234.

**MOREAU-DAVID (Jacqueline)**, « Actes de notoriété, coutume et usage dans l'Ancien Régime », *Coutumes, doctrine et droit savant*, actes du colloque des 20 et 21 octobre 2006, Jean-Marie Augustin et Véronique Gazeau (dir.), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007, p. 172.

**MOREL (Henri)**, « La fin du duel judiciaire en France et la naissance du point d'honneur », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 42 (1964), p. 574-639.

ID., « La place de la *lex regia* dans l'histoire des idées politiques », *L'influence de l'Antiquité sur la pensée politique européenne (XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, p. 159-174.

ID., « L'absolutisme français procède-t-il du droit romain ? », *Histoire du droit social. Mélanges en honneur de Jean Imbert*, Jean-Louis Harouel (dir.), Paris, PUF, 1989, p. 425-440.

**MOTTE (André)**, « Les philosophes préclassiques », *Philosophie de la Forme. Eidos, Idea, Morphe dans la philosophie grecque des origines à Aristote*, Actes du colloque interuniversitaire de Liège, 29 et 30 mars 2001, Louvain-La-Neuve, éditions Peeters, 2003, p. 19-63.

**MOUSNIER, Roland**, « Le Conseil du roi de la mort d'Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV », *La plume, le faucille et le marteau. Institutions et Société en France du Moyen Âge à la Révolution*, Paris, PUF, 1970, p. 141-178.

ID., « Les conséquences politiques des sacres du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Le sacre des rois, Actes du Colloque international d'histoire sur les sacres e couronnements royaux (Reims 1975)*, Paris, Les belles lettres, 1985, p. 249-252.

ID., « Quelques raisons de la Fronde. Les causes des journées révolutionnaires parisiennes de 1648 », *La plume, le faucille et le marteau. Institutions et Société en France du Moyen Âge à la Révolution*, Paris, PUF, 1970, p. 265-300.

ID., « Pourquoi états-généraux et états provinciaux ont-ils joué un si faible rôle pendant la fronde ? », *Parliaments, Estates and Representation*, Vol. 1, No. 2, 1981, p. 139-145.

**MÜBIG (Ulrike)**, « The natural judge before the French Revolution estate opposition against missionary justice of the crown », *Historia et ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, n° 7, 2015, 35 p., disponible sur : [http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/mussig\\_7.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/mussig_7.pdf)

**NAEGLE (Gisela)**, « « Quant ilz avoient affaire pour la guerre, ilz faisoient assembler les trois estas : royauté et assemblées d'états à la fin du Moyen Âge », *Les états : ordres, institutions et formes (France 1302-1614)*, sous la dir. de Martial Martin, Langres, Klincksieck, 2013, p. 13-41.

**NAPOLI (Paolo)**, « "Police" : La conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime ». *Droits*, n° 20, 1995, p. 183-196.

**NEAIMI (Sadek)**, « Un fantasme politique : le despotisme oriental », *L'horloger du sérail : aux sources du fantasme oriental chez Jean-Jacques Rousseau*, Paul Dumont et Remy Hildebrand (dir.), Istanbul, Institut français d'études anatoliennes, 2006, p. 155-166.

**OAKLEY (Francis)**, « Conciliarism in the Sixteenth Century : Jacques Almain Again », *Archiv für Reformationgeschichte - Archive for Reformation History*, Volume 68, 1977, p. 111–132.

**OLIVIER-MARTIN (François)**, « Le Roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen-Age », *Sonderdruck aus der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd LVIII, Germanistische Abt*, Weimar, H. Böhlau, 1938, p. 108-137.

**OURLIAC (Paul)**, « 1210-1220 : la naissance du droit français », *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milan, 1982, p. 489-510.

ID., « L'opinion publique en France du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Etudes de droit et d'histoire*, Paris, Picard, 1980, p. 137-155.

**OZOUF (Mona)**, « Le concept d'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Sociologie de la communication*, volume 1, n° 1, 1997, p. 349-365.

**PADOVANI (Andrea)**, « Birth of a legal category : subjective rights », *Divus Thomas*, 116, 3, 2013, p. 37-53.

**PAGES (Georges)**, « Le Conseil du roi sous Louis XIII », *Revue d'histoire moderne*, Tome 12, N° 29-30, 1937, p. 293-324.

**PALMER (Robert R.) et GODECHOT (Jacques)**, « L'influence de la révolution américaine en Europe », *AHRF*, 48<sup>e</sup> année, No. 226 (octobre-décembre 1976), p. 484-498.

**PASCHEL (Philippe)**, « Les sources du "*Stilus Curiae Parlamenti*" de Guillaume du Breuil », *RHDFE*, Vol. 77, No. 3 (juillet-septembre 1999), p. 311-326.

**PENA (Marc)**, « Les droits de la défense dans le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV », *Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif*, 41-2, 1990, p. 349-387.

**PENNINGTON (Kenneth)**, « Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the *Ordo Iudiciarius* », *Revista Internazionale di diritto comune*, 1999, p. 9-47.

ID., « Innocent III and the *Ius Commune* », *Grundlagen des Rechts : Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Richard Helmholz, Paul Mikat, Jörg Müller, Michael Stolleis (Rechtsund Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der GörresGesellschaft, NF 91; Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh), 2000, p. 349-366.

ID., « Representation in Medieval Canon Law », *The Jurist*, No. 64, 2004, p. 361-383.

**PERALBA (Sophie)**, « Des coutumiers aux styles. L'isolement de la matière procédurale aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *CRMH*, 7 | 2000, disponible sur : <https://journals.openedition.org/crm/887>

**PEREZ JOHNSTON (Raul)**, « Jean-Jacques Burlamaqui and the theory of social contract », *Historia Constitucional*, n° 6, 2005, p. 331-374.

**PEREZ MARTIN (Antonio)**, « El *ordo iudiciarius* « *Ad summariam notitiam* » y sus derivados. Contribución a la historia de la literatura procesal castellana », *Historia, instituciones, documentos*, N° 8, 1981, p. 195-266.

**PEROZ (Anne)**, « Burlamaqui et l'arbitraire du juge », *Pravnik*, vol. 71, Special Issue, 2016, p. 135-156.

**PERRU (Olivier)**, « Les physiocrates : La communauté est-elle de droit naturel ? », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième Série, Tome 95, n° 4, 1997, p. 617-638.

**PETITJEAN (Michel)**, « Quelques remarques sur les témoins et leurs témoignages d'après la doctrine médiévale », *Les témoins devant la justice. Une histoire des statuts et des comportements*, Benoît Garnot (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 55-65.

**PETIT-RENAUD (Sophie)**, « Le roi, les légistes et le parlement de Paris aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles : contradictions dans la perception du pouvoir de "faire loy" ? », *CRMH*, [En ligne], 7 | 2000, disponible sur : <http://journals.openedition.org/crm/889>

**PFISTER (Laurent)**, « Des « rescrits du Prince » le pouvoir normatif du roi selon Jean Papon », *RHFD*, n° 22, 2002, p. 81-107.

**PIANT (Hervé)**, « Des procès innombrables. Éléments méthodologiques pour une histoire de la justice civile d'Ancien Régime », *Histoire & mesure* [En ligne], XXII – 2 | 2007, disponible sur : <http://journals.openedition.org/histoiresmesure/2483>

**PICARDI (Nicola)**, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *RIDC*, Vol. 62, N° 1, 2010, p. 27-73.

**PINSARD (Nicolas) et TADJEDDINE (Jamina)**, « L'édit de la palette 1604 : une marchandisation des finances royales », *Bureau d'économie théorique et appliquée*, n° 18, Université de Strasbourg, 2018, disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01762519>

**PIO (Berardo)**, « Considerazioni sulla 'lex regia de imperio' (secoli XI-XIII) », *Scritti di storia medievale offerti a Maria Consiglia de Matteis*, Bernardo Pio (dir.), Fondazione Centro Italiano di Studi Sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2011, p. 573-599.

**PLATTARD (Jean)**, « La procédure au XVI<sup>e</sup> siècle d'après Rabelais », *Revue du seizième siècle*, Tome 1, 1913, p. 28-49.

**POCOCK (John Greenville Agard)**, « Virtues, rights and manners : a model for historians of political thought », *Political theory*, Vol. 9, No. 3, 1981, p. 353-368.

**POIREY (Sophie)**, « La Charte aux Normands, instrument d'une contestation juridique », *Images de la contestation du pouvoir dans le monde normand (X<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2007, p. 89-106.

**POITRINEAU (Abel)**, « Don gratuit », *Dictionnaire du Grand Siècle*, François Bluche (dir.), Paris, Arthème Fayard, 2005, p. 488.

**PORRET (Michel)**, « Les "lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence" Muyart de Vouglans *versus* Montesquieu », *Revue Montesquieu*, N° 1, Grenoble, 1997, p. 65-95.

**POUDRET (Jean-François)**, « Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 65. No. 1 (janvier-mars 1987), p. 71-86.

**QUASTANA (François)**, « La fortune de la maxime romaine "*lex... est communis rei publicae sponsio*" (D. 1. 3. 1.) dans la pensée juridico-politique européenne », *L'idée contractuelle*, XIX<sup>e</sup> colloque de l'AFHIP, PUAM, 2008, p. 57-84.

ID., « La réception des Discours sur le Gouvernement d'Algernon Sidney au XVIII<sup>e</sup> siècle français », *La Révolution française* [En ligne], 5 | 2013, disponible sur : <http://journals.openedition.org/lrf/1031>

**RADICA (Gabrielle)**, « Trois interprétations de la notion de "lois fondamentales" au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Isabelle Moreau (dir.), Lyon, ENS éditions, 2009, p. 229-253.

**RAHE (Paul)**, « The Book That Never Was : Montesquieu's *Considérations on the Romans* in Historical Context », *History of Political Thought*, Vol. XXVI, No. 1, 2005, p. 80-89.

**RAMEIX (Suzanne)**, « Corps humains et corps politique en France. Statut du corps humain et métaphore organiciste de l'État », *Laval théologique et philosophique*, 54(1), 1998, p. 41-61, disponible sur : <https://www.erudit.org/fr/revues/ltp/1998-v54-n1-ltp2160/401133ar.pdf>

**RAYNAUD (Philippe)**, « Angleterre », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1377670054/fr>

**REGAD (Caroline)**, « L'affaire des légitimés (1714-1723) au regard du droit constitutionnel ou comment "Garder la Constitution de la monarchie" », Carnet de recherches « *Parlement(s) de Paris et d'ailleurs (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s.)* », Hypothèses.org, 7 juin 2017, disponible sur : <https://parlementdeparis.hypotheses.org/1399>

**REMY (Philippe)**, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 107, n. 4, 2003, p. 22-36.

**RENARD (Etienne)**, « Le *Pactus Legis Salicae*, règlement militaire romain ou code de lois compilé sous Clovis ?, *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, Tome 167/2, 2009, p. 321-352.

- RENOUX-ZAGAME (Marie-France)**, « De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, n° 36/2, 2002, p. 3-20.
- ID., « Domat : du jugement de Dieu à l'esprit des lois », *Le Débat*, n° 74/2, 1993, p. 49-62.
- ID., « La disparition du droit des gens classique », *RHFD*, n°4, 1987, p. 23-53.
- ID., « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n° 39/1, 2004, 35-52.
- ID., « La notion juridique de civilité : éléments pour une autre histoire », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Volume 3, 2011, p. 17-35.
- ID., « Modèles divins de la recherche du juste. Leçons des juges de l'âge humaniste », *La légitimité implicite*, Jean Philippe Genet (dir.), Paris-Rome, Éditions de la Sorbonne, 2015, p. 379-400.
- ID., « Ordre judiciaire et vérité du droit : le plaidoyer de l'avocat général d'Aguesseau dans l'affaire La Pivardière (1699) », *Droits*, n° 33/1, 2001, p. 53-72.
- RICHET (Denis)**, « Autour des origines idéologiques lointaines de la Révolution française : élites et despotisme », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 24<sup>e</sup> année, N. 1, 1969, p. 1-23.
- ID., « Paris et les États de 1614 », *Représentations et vouloir politiques : autour des États généraux de 1614*, Roger Chartier et Denis Richet (dir.), Paris, EHESS, 1982, p. 63-88.
- RIALS (Stéphane)**, « Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588) », *RHFD*, n° 8, 1989, p. 189-268.
- ID., « Sur les origines canonicales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, N° 44, février 1988, p. 141-153.
- ID., « *Verita iuris*. La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme », *Droits*, n° 26, 1997, 101-182.
- RIBERMONT (Bernard)**, « Isidore de Séville », *Écrivains juristes et juristes écrivains du Moyen Âge au siècle des Lumières*, Paris, Classiques Garnier, 2015, p. 627-630.
- RIGAUDIÈRE (Albert)**, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n° 67, novembre 1993, p. 5-21.
- ID., « *Princeps legibus solutus est*, *Dig.* I, 3, 1 et *Quod principi placuit legis habet vigorem* (*Dig.*, I, 4, 1 et *Inst.*, I, 2, 6) à travers trois coutumiers du XIII<sup>e</sup> siècle », *Hommages à Gérard Boulvert*, Nice, Université de Nice, 1987, p. 427-451.

ID., « Un rêve royal : l'unification du droit », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 148<sup>e</sup> année, N. 4, p. 1553-1567.

**RODRIGUEZ GOMEZ (Edgardo)**, « El jusnaturalismo y la guerra en el pensamiento de Jean-Jacques Burlamaqui y Emer de Vattel en el siglo XVIII », *Revista Telematica de Filosofia del Derecho*, n° 11, 2007/2008, p. 41-56.

**ROLAND (Sébastien)**, « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *RFHIP*, vol. 29, no. 1, 2009, p. 3-75.

**ROUMY (Franck)**, « L'origine et la diffusion de l'adage canonique *Necessitas non habet legem* (VIII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.) », *Medieval church law and the origins of the western legal tradition : a tribute to Kenneth Pennington*, Wolfgang P. Müller et Mary E. Sommar (dir.), Washington, The Catholic University of America Press, 2006, p. 301-319.

**SAINT-BONNET (François)**, « Histoire des libertés publiques » (fascicule Jurisclasseur), P. Wachsmann et F. Picod (dir.), *Jurisclasseur Libertés publiques*, fasc. 10, édition mise à jour décembre 2010, 13 p.

ID., « La liberté des Modernes et la partition de l'espace », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Villey*, Volume 7, 2015, p. 15-30.

ID., « La notion d'exécution chez Bodin », *RFHIP*, vol. 34, no. 2, 2011, p. 231-244.

ID., « Le constitutionnalisme libéral français en trompe-l'œil. Actualité de l'autre Montesquieu », *Droits*, n° 43/1, 2006, p. 15-32

ID., « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII<sup>e</sup> siècle », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, vol. 15, No. 1, 2011, p. 16-30.

ID., « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 28, 2010, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-a-posteriori-les-parlements-de-l-ancien-regime-et-la-neutralisation-de-la-loi>

ID., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir.), Paris, Dalloz, 2007, p. 9-21.

ID., « Le parlement, juge constitutionnel (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Droits*, n° 34/2, 2001, p. 177-197.

ID., « Les périls du contre-feu doctrinal des absolutistes au XVIII<sup>e</sup> siècle. Des contraintes de l'éristique constitutionnelle coutumière », *Droits*, n° 54/2, 2011, p. 81-94.

ID., « *Nemo auditur suam propiam methodum allegans* », *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Carlos Herrera et Arnaud Le Pillouer (dir.), Paris, Éditions Kimé, 2012, p. 95-115.

ID., « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/Regards-critiques-sur-la-methodologie-en-histoire-constitutionnelle-Les-destinations-teleologiques-des-options-epistemologiques-78.html>

ID., « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 135-148.

ID., « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 7-20.

**SALAS (Denis)**, « Le procès politique entre réalité et tentation », *Histoire de la Justice*, N° 27, Le procès politique XV<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle, 2017, p. 5-10.

**SCHNEIDER (Robert A.)**, « Rites de mort à Toulouse : les exécutions publiques (1738-1780) », *L'exécution capitale. Une mort donnée en spectacle*, Régis Bertrand et Anne Carol (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Provence, 2003, p. 129-150.

**SCHRÖDER (Peter)**, « Liberté et pouvoir chez Hobbes et Montesquieu », *Le temps de Montesquieu*, Michel Porret et Catherine Volpilhac-Auger (dir.), Genève, Droz, 2002, p. 147-169.

**SCIACCA (Enzo)**, « L'opposition "néo-conciliariste" à l'absolutisme monarchique en France : Jacques Almain et Jean Mair », *Parliaments, Estates and Representation*, Vol. 8, N° 2, 1988, p. 149-155.

ID., « Les États généraux dans la pensée politique française du XVI<sup>e</sup> siècle (1484-1571) », *Assemblee di stati e istituzioni rappresentative nella storia del pensiero politico moderno*, Rimini, Maggioli, 1984, p. 73-84.

**SEE (Henri)**, « La chambre de justice de 1716 en Bretagne », *Annales de Bretagne et des pays de l'ouest*, Tome 39, numéro 2, 1930, p. 223-241.

**SEIGNALET-MAUHOURET (François)**, « La valeur juridique des préambules des ordonnances royales », *RHDFE*, Vol. 84, No. 2 (avril-juin 2006), p. 229-258.

**SENEILLART (Michael)**, « La raison d'État anti-machiavélienne. Essai de problématisation », *La raison d'État : politique et rationalité*, Christian Lazzeri et Dominique Reynié (dir.), Paris, PUF, 1992, p. 33-42.

**SERGEANT (Louis)**, « Le procès des épiciers contre le duc de La Force », *Bulletin de la Société d'histoire de la pharmacie*, 14<sup>e</sup> année, n° 49, 1926, p. 211-214.

**SERIAUX (Alain)**, « Contribution à la théorie de la loi : comment traduire le concept thomiste d'*ordinatio* ? », *APD*, Tome 38, 1993, p. 291-295.

**SGARD (Jean)**, « La littérature des causes célèbres », *Approches des Lumières : mélanges offerts à Jean Fabre*, Paris, Klincksieck, 1974, p. 459-470.

**SHOEMAKER (Karl)**, « The Devil at Law in the Middle Ages », *Revue de l'histoire des religions*, n° 4, 2011, p. 567-586.

**SMEDLEY-WEILL (Anette)** et **GEOFFROY-POISSON (Simone)**, « Les assemblées d'états et la mise en forme du droit. Comparaisons et analyses formelles des coutumes rédigées et réformées d'Auxerre, de Sens et de Touraine », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 26, 2001, p. 16, disponible sur : <http://ccrh.revues.org/1592>

**SOL (Thierry)**, « La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XII<sup>e</sup> siècle : difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel », *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris, LGDJ, 2016, p. 209-234.

**SOLEIL (Sylvain)**, « Le maintien des justices seigneuriales à la fin de l'Ancien Régime : faillite des institutions ou récupération ? L'exemple angevin », *RHDFE*, Vol. 74, No. 1 (janvier-mars 1996), p. 83-100.

ID., « Les justices seigneuriales et l'État monarchique au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'incorporation par le droit », *Les justices de village : Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution*, Antoine Follain et Véronique Sarrazin (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 325-339.

ID., « Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature ! », Le pouvoir disciplinaire interne aux institutions judiciaires (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, Collection Histoire de la justice, 2000, p. 53-81.

**SOMAN (Alfred)**, « Aux origines de l'appel de droit dans l'Ordonnance criminelle de 1670 », *XVII<sup>e</sup> siècle*, n° 126, janvier-mars 1980, p. 21-36.

ID., « L'infra-justice à Paris d'après les archives notariales », *HES*, 1<sup>ère</sup> année, n° 3, 1982, p. 369-375.

ID., « Le traître sur la sellette : réflexions sur la procédure du duc de Biron (1602) », *Complots et conjurations dans l'Europe moderne. Actes du colloque international organisé à Rome, 30 septembre – 2 octobre 1993*, Rome, Ecole française de Rome, 1996, p. 231-250.

**SOMVILLE (Pierre)**, « Note introductive : εἶδος et le visible », *Philosophie de la Forme. Eidos, Idea, Morphe dans la philosophie grecque des origines à Aristote*, Actes du colloque interuniversitaire de Liège, 29 et 30 mars 2001, Louvain-La-Neuve, éditions Peeters, 2003, p. 13-16.

**SOULARD (Delphine)**, « La connaissance et l'étude de John Locke sur le continent. Le cas de *Two treatises of Government* », *Traduire : transmettre ou trahir ? Réflexions sur la traduction en sciences humaines*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2013, p. 119-129.

ID., « L'œuvre des premiers traducteurs français de John Locke : Jean Le Clerc, Pierre Coster et David Mazel », *Dix-septième siècle*, vol. 253, no. 4, 2011, p. 739-762.

**SPECTOR (Céline)**, « La "bouche de la loi" ? Figures du juge dans *L'Esprit des lois* », *Montesquieu Law Review*, N° 3, Octobre 2015, p. 87-102.

ID., « Coutumes, mœurs, manières », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376474087/fr>

ID., « Montesquieu et la crise du droit naturel moderne. L'exégèse straussienne », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 77, no. 1, 2013, p. 65-78.

ID., « Montesquieu et l'histoire : théorie et pratique de la modération », *Le sens du devenir historique*, Binoche et Tinalnd (dir.), Seyssel, Champ Vallon, 2000, p. 53-75.

**SPITZ (Jean-Fabien)**, « Le principe du consentement à l'impôt », *Bodin et la souveraineté*, sous la direction de Jean-Fabien Spitz, Paris, PUF, 1998, p. 61-78.

**STEVENS (Annick)**, « Aristote, philosophie théorique : essai de conclusion synthétique », *Philosophie de la Forme. Eidos, Idea, Morphe dans la philosophie grecque des origines à Aristote*, Actes du colloque interuniversitaire de Liège, 29 et 30 mars 2001, Louvain-La-Neuve, éditions Peeters, 2003, p. 577-582.

**STOCKER (Christopher W.)**, « The politics of the parliament of Paris in 1525 », *FHS*, Duke University Press, Vol. 8, No. 2, 1973, p. 191-212.

**STOREZ-BRANCOURT (Isabelle)**, « "C'est légal parce que je le veux" : loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l'Ancien Régime », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, vol. 15, no. 1, 2011, p. 59-74.

ID., « D'Aguesseau et Montesquieu : influence réciproque ou parallélisme concurrent ? », *(Re)lire L'Esprit des lois*, Catherine Volpilhac-Auger et Luigi Delia (dir.), Paris, Éditions de la Sorbonne, 2014, p. 177-194.

ID., « La philosophie politique du chancelier d'Aguesseau », *Revue Historique*, Tome 266, Fasc. 2 (540), octobre-décembre 1981, p. 381-400.

ID., « Pasquier et son parlement "mitoyen" », ISSN 1950-5647, 1 octobre 2010, disponible sur : <https://parlementdeparis.hypotheses.org/471>

ID., « *Sic itur ad astra* : Quand le janséniste d'Aguesseau aborde le Politique », *Histoire de la Justice*, no. 19, *Les penseur du code civil*, Paris, La documentation française, 2010, p. 79-90.

**STOURZH (Gérald)**, « Constitution. Evolution des significations du terme depuis le début du XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle », *Droits*, n° 29, 1999, p. 157-175.

**STRAUSS (Léo)**, « Le droit naturel », *Archives de philosophie*, Tome 79/3, 2016, p. 453-484.

**SWANN (Julian)**, « Disgrace without Dishonour : the Internal Exile of French Magistrates in the Eighteenth Century », *Past & Present*, Oxford University Press, No. 195, May 2007, p. 87-126.

ID., « Les parlementaires, les lettres de cachet et la campagne contre l'arbitraire de la justice au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Les parlements et les Lumières*, Olivier Chaline (dir.), Pessac, Maison des sciences de l'homme Aquitaine, 2012, p. 179-196.

ID., « Parlement, Politics, and the Parti Janséniste : the Grand Conseil Affaire, 1755-1756 », *French History*, Oxford University Press, Vol. 6, No. 4, 1992, p. 435-461.

ID., « Un monarque qui veut "régner par les lois" : le Parlement de Paris et le roi dans la France de Louis XV », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, vol. 15, no. 1, 2011, p. 44-58.

**TAYLOR (George V.)**, « Les cahiers de 1789 : éléments révolutionnaires et non révolutionnaires », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 28<sup>e</sup> année, N. 6, 1976, p. 1495-1514.

**TEYSSEIRE (Daniel)**, « Un modèle autoritaire : le discours de "la flagellation" », *Mots*, n°43, Acte d'autorité, discours autoritaires, juin 1995, p. 118-127.

**THIREAU (Jean-Louis)**, « Cicéron et le droit naturel au XVI<sup>e</sup> siècle », *RHFD*, n° 4, 1987, p. 55-85.

ID., « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, n° 38/2, 2003, p. 37-52.

ID., « L'alliance des lois romaines avec le droit français », dans *Droit romain, jus civile, droit français. Études d'histoire du droit et des idées politiques*, Jacques Krynen (dir.), n° 3, Toulouse, 1999, p. 347-374.

ID., « L'appel dans l'ancien droit pénal français », *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Jean-Louis Thireau (dir.), Paris, PUF, 1995, p. 13-30.

ID., « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD*, n° 10-11, 1990, p. 153-1991.

ID., « Le conseil du Roi au XVI<sup>e</sup> siècle », *La revue administrative*, 52<sup>e</sup> année, No. 3, 1999, p. 10-19.

ID., « Le droit public dans la doctrine française du XVI<sup>e</sup> et du début du XVII<sup>e</sup> siècle », *RHFD*, N° 25-26, 2005-2006, p. 73-93.

ID., « L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI<sup>e</sup> siècle. Continuité ou rupture ? », *Annales d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 27-36.

ID., « Le monde des avocats dans la France d'Ancien Régime », *Droits*, n° 40, 2005, p. 3-21.

ID., « Les arrêtés de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits*, n° 39/1, 2004, p. 53-68.

ID., « Les facultés de droit françaises au XVI<sup>e</sup> siècle. Eléments de bibliographie (2<sup>e</sup> partie) », *RHFD*, n° 7, 1988, p. 177-203.

ID., « Les objectifs de la législation procédurale en France (fin XV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle) », *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, Paris, Éditions Juridiques et Techniques, 2008, p. 195-211.

**THOMAS (Yan)**, « "Arracher la vérité". La Majesté et l'Inquisition (I<sup>er</sup>-IV<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.) », *Le Juge et le Jugement dans les traditions européennes. Etudes d'histoire comparée*, Robert Jacob (dir.), Paris, LGDJ, 1996, p. 15-41.

ID., « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 175-176, juillet-septembre 2005, disponible sur :

<https://journals.openedition.org/lhomme/29519>

**THOMSON (Ann)**, « L'empire ottoman, symbole du despotisme oriental ? », *Réver d'Orient, connaître l'Orient : Visions de l'Orient dans l'art et la littérature britanniques*, Lyon, ENS éditions, 2008, p. 177-196.

**THORP (René William)**, « Voltaire et l'affaire Calas », *Revue des Deux mondes*, 1<sup>er</sup> août 1962, p. 402-414.

**TIERNEY (Brian)**, « "Tria Quippe Distinguit Iudicia..." A Note on Innocent III's Decretal *Per Venerabilem* », *Speculum*, Vol. 37, No. 1, 1962, p. 48-59.

ID., « Villey, Ockham, and the Origin of Natural Rights », *The Weightier Matter of Law. Essays on Law and Religion*, John Witte Jr. et Frank S. Alexander (ed.), Atlanta, Scholars Press, 1988, p. 1-31.

**TILLET (Edouard)**, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'exemple de Montesquieu », *Pensée politique et droit, Actes du XII<sup>e</sup> colloque de l'AFHIP*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 365-399.

**TIMBAL (Pierre-Clément)**, « De la communauté médiévale à la commune moderne en France », *Recueils de la Société Jean Bodin, Tome XLII, Les communautés rurales*, 4<sup>e</sup> partie, Paris, 1984, p. 337-348.

**TOLLEMER (René)**, « L'ordre des avocats de 1274 à 1790 », *RSIHPA*, n°1, 1989, p. 25-30.

**TRICAUD (François)**, « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *APD*, Tome 39, 1995 p. 145-167.

**TROPER (Michel)**, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47<sup>e</sup> année, N. 6, 1992, p. 1171-1183.

**TROUSSON (Raymond)**, « Montesquieu et les grecs », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n° 2-3, juin-octobre 1968, p. 273-282.

**UBL (Karl)**, « L'origine contestée de la loi salique. Une mise au point », *Revue de l'IFHA*, 1 | 2009, p. 208-234, disponible sur : <https://journals.openedition.org/ifha/365>

**VALENSISE (Marina)**, « Le sacre du roi : stratégie symbolique et doctrine politique de la monarchie française », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 41<sup>e</sup> année, N. 3, 1986, p. 543-577.

**VALOIS (Noël)**, « Le Conseil du Roi et le Grand Conseil pendant la première année du règne de Charles VIII », *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tome 44, 1883, p. 137-168.

**VENDRAND-VOYER (Jacqueline)**, « Le commentaire de coutumes : rôle et portée (l'exemple de l'Auvergne, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles) », *La revue*, Numéro 2, Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, 2013, p. 100-107.

**VIAUT (Laura)**, « La pensée juridique d'Antoine Bruneau (1640-1720) au prisme des archives, présentation de l'œuvre et édition du journal manuscrit », *RHFD*, n° 34, 2014, p. 303-372.

**VICQ (Pierre)**, « Recherches sur la procédure civile en Lorraine : du Code Léopold au Code de procédure civile », *RHDFE*, Vol. 79, No. 1 (janvier-mars 2001), p. 57-69.

**VIDAL (Henri)**, « L'avocat dans les décisions conciliaires et synodales en France (XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles) », *RSIHPA*, 3 (1991), p. 1-21.

**VIGUERIE (Jean de)**, « Les serments du sacre des rois de France et spécialement le "serment du Royaume" », *Le sacre des rois, Actes du Colloque international d'histoire sur les sacres e couronnements royaux (Reims 1975)*, Paris, Les belles lettres, 1985, p. 205-215.

**VILLAIN (Jean)**, « Naissance de la chambre de justice de 1716 », *RHMC*, Tome 35, N° 4, Octobre-décembre 1988, p. 544-576.

**VILLEY (Michel)**, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD*, Tome 9, Paris, Sirey, 1964, p. 97-127.

ID., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHDFE*, Quatrième série, vol. 24 (1946-1947), p. 201-228.

ID., « Remarques sur la notion de droit chez Suarez », *Archives de philosophie*, vol. 42, No. 2 (avril-juin 1979), p. 219-227.

**VOUTYRAS-PIERRE (Anne-Marie)**, « L'exception d'incompétence sous l'Ancien Régime (avril 1667-août 1789) : une norme hybride dans une organisation juridictionnelle complexe », *RHDFE*, Vol. 74, No. 1 (janvier- mars 1996), p. 45-71.

**WAELEKENS (Laurent)**, « L'origine de l'enquête par turbe », *Revue d'Histoire du Droit*, Volume 53, Issue 3, 1985, p. 337-346.

**WATT (John A.)**, « The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century : the Contribution of the Canonists », *Traditio*, vol. 20, Cambridge University Press, 1964, p. 268-281.

**WEDEKIND (Wil)**, « Wielant et Damhouder et l'appel en matière criminelle », *Revue du Nord*, Tome 57, n°224, janvier-mars 1975, p. 114-115.

**WEIDENFELD (Katia)**, « Le modèle romain dans la construction d'un droit public médiéval : "assimilations et distinctions fondamentales" devant la justice aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles », *RHDFE*, Vol. 81, No. 4 (octobre-décembre 2002), p. 479-502.

**WENZEL (Éric)**, « Une autre justice ? Les voies "alternatives" dans l'ancienne procédure criminelle », *CHJ@édition électronique, La résolution des conflits en matière pénale*, juillet 2011, disponible en ligne : <http://chj.univ-lille2.fr/les-publications/editions-en-ligne/2-resolution-des-conflits/une-autre-justice/>

**WINIGER (Bénédict)**, « La personne individuelle, porteuse de devoirs et de pouvoirs dans la conception jusnaturaliste », *Personne, société, nature : la titularité de droits, du rationalisme juridique du XVII<sup>e</sup> siècle à l'écologie moderne*, Bruno, Schmidlin (dir.), Fribourg, Editions Universitaires, 1996, p. 15-28.

**YARDENI (Myriam)**, « Pasquier, critique des états », *Les états : ordres, institutions et formes (France 1302-1614)*, sous la dir. de Martial Martin, Langres, Klincksieck, 2013, p. 192-142.

**YVER (Jean)**, « Le président Thibault Baillet et la rédaction des coutumes (1496-1514) », *RHDFE*, Quatrième série, Vol. 64, No. 1 (janvier-mars 1986), p. 19-42.



## Sources

---

### Sources normatives

- **Constitutions, lois, ordonnances royales, édits et décrets**

*Acte de notoriété du Châtelet, en conséquence de l'arrêt de la cour, du 27 février 1730 [...], du 16 décembre 1730.*

*Charte Constitutionnelle du royaume de France du 4 juin 1814.*

*Constitution française du 3 septembre 1791.*

*Constitution française du 6 messidor an I (24 juin 1793).*

*Constitution française du 5 fructidor an III (22 août 1795).*

*Constitution française du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799).*

*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.*

*Décret du 24 octobre 1793, qui détermine une nouvelle forme pour l'instruction des affaires devant les tribunaux, et supprime les fonctions d'avoué.*

**DECRUSY (Nicolas), ISAMBERT (François-André), JOURDAN (Athanase-Jean-Léger)**, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 : contenant les principaux monumens des mérovingiens, des carolingiens et des capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, règlements, arrêts du conseil.... de la troisième race, qui ne sont pas abrogés, ou qui peuvent servir, soit à l'interprétation, soit à l'histoire du droit public et privé,*

*avec notes de concordance, table chronologique et table générale analytique et alphabétique des matières*, Paris, Plon, 29 Tomes, 1821-1833.

*Edit de Pistes. Capitularia regnum Francorum, Monumenta germaniae historica*, Tome. 2, édité par A. Boretius et V. Kravse, Hanovre, 1897.

*Édit... portant règlement pour la police et discipline du Grand Conseil*, Versailles, [s.n.], 1768.

*Loi du 25 octobre 1795, dite Code des délits et des peines.*

*Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.*

*Lois des 19 et 22 juillet et des 16 et 29 septembre 1791, relatives à la procédure pénale.*

*Ordonnances des rois de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique*, 20 Tomes, Paris, Imprimerie royale, 1723-1849.

*Ordonnances du roy Charles IX. Faictes par sa majesté en sa ville de Molins, en l'assemblée des Estats, l'an 1566. Adnotées par M. Pardoux du Prat*, Lyon, B. Rigaud, 1571.

*Senatus-consulte organique du 16 thermidor an X (4 août 1802).*

*Senatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804).*

#### - **Droit coutumier**

**BARTHELEMY (Jabely)**, *Les coutumes de la Marche, expliquées et interprétées suivant les loix, les meilleurs auteurs, & les arrêts intervenus*, Paris, De Nully, 1744.

**BILLON (Edme)**, *Coutume du comté et baillage d'Auxerre, avec les notes et actes de notoriété d'un ancien avocat dudit baillage*, Paris, J. Guignard, 1693.

**BOURDOT DE RICHEBOURG (Charles A.)**, *Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces*, Tome I, Paris, Michel Brunet, 1724.

**BURIDAN (Jean-Baptiste de)**, *Coustumes de la cité et ville de Rheims, villes et villages régis selon icelles, avec les commentaires sur chacun article*, Paris, [s.n.], 1665.

*Coutumes générales de la ville de Metz et pays messin, corrigées ensuite des résolutions des trois États de ladite ville ès années 1616, 1617 & 1618...*, Metz, Vve. Antoine, 1730.

*Coutumes locales, tant anciennes que nouvelles ; de la loy, banlieuë & échevinage de la ville d'Arras... de la cité d'Arras... de Bapaume... de l'Alleu, et de Lens...*, Paris, Simon, 1746.

**DE LA ROCHELLE (Jean-Baptiste)**, *Commentaires sur la coutume du bailliage et comté d'Auxerre, anciens ressorts et enclaves, rédigés en préférence & du consentement des trois états des pays*, Paris, Bauche, 1749.

**DURET (Jean)**, *Commentaires aux coutumes du duché de Bourbonnois...*, Lyon, Rigaud, 1584.

### **Magistrature et « discours du Palais »**

AN, série U-2509 (Extraits des registres secrets de la Cour des aides 1630-1649).

AN, Série U-336 (Journal du Parlement pendant la minorité de Louis XIV, [par Le Boindre], Tome I. 1648-1649).

*Avis des censeurs, nommés par la Cour du Parlement de Paris, pour l'Examen de la nouvelle Collection des Conciles faite par les soins du Père JEAN HARDOUIN*

*Jésuite ; avec les Arrêts du Parlement qui autorisent ledit Avis ; & l'Arrêt du Conseil qui en a empêché la publication, Autrecht, Le Febvre, 1730.*

**BOUTARIC (Edgard)**, *Actes du Parlement de Paris, I : 1245 – 1299* [Inventaires et documents publiés par ordre de l'Empereur], Paris, 1863, p. 242 n° 2547 B.

**CANTALAUZE DE LA GARDE (Michel)**, *Dissertation sur l'origine et les fonctions essentielles du Parlement ; sur la pairie et les droits des pairs et sur les lois fondamentales de la monarchie, 2 volumes, Amsterdam, [s.n.], 1764.*

**DE LA GUESLE (Jacques)**, *Les remontrances de Messire Jacques de La Guesle, Procureur General du Roy...*, Paris, Chevalier, 1611.

**DUFEY (Pierre-Joseph-Spiridion)**, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France, chambre des comptes, cours des aides et autres cours souveraines, depuis 1461 jusq'au leur suppression, 2 Tomes, Paris, Galliot, 1826.*

**FLAMMERMONT (Jules) et TOURNEUX (Maurice)**, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle, 3 Tomes, Paris, Imprimerie Nationale, 1888-1898.*

**FREAUVILLE (François-Bertrand de)**, *Les prérogatives de la Robe, Paris, Le Febvre, 1701.*

*Importantes veritez pour les parlemens. Protecteurs de l'Estat, conservateurs des loix, et peres du peuple...*, Paris, Jacques de Villery, 1649.

*Itératives Remontrances du Parlement de Rouen au sujet de l'Edit du mois de Février dernier, & de la Déclaration du 3 du même mois, Rouen, [s.n.], 26 juillet 1760.*

*Itératives remontrances du Parlement de Toulouse sur l'exil des trente Magistrats du Parlement séant à Besançon, [s.n.l.], 20 décembre 1760.*

**JANETY (Jean-Baptiste)**, *Journal du Palais de Provence, ou, Recueil des arrêts rendus, depuis les derniers Journalistes, par le Parlement & la Cour des Aides de Provence*, 6 Volumes, Aix, Vve. Adibert, 1782.

*Journal contenant ce qui s'est fait et passé en la cour de parlement de Paris, toutes les chambres assemblées & autres lieux ; sur le sujet des affaires du temps présent és années 1648 & 1649*, Paris, Alliot et Langlois, 1649.

**LA ROCHE-FLAVIN (Bernard de)**, *Treze livres des parlemens de France*, Bourdeaux, Simon Millanges, 1617.

**LE BOINDRE (Jean)**, *Débats du Parlement de Paris pendant la minorité de Louis XIV*, Paris, Honoré-Champion, 1997.

**LE PAIGE (Louis-Adrien)**, *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du parlement ; sur le droit des pairs, et sur les loix fondamentales du royaume*, Amsterdam, [s.n.], 1753.

*Le trésor des harangues faites aux entrées des roys, reynes, princes, princesses et autres personnes de condition*, Tome I, Paris, Bobin et Le Gras, 1688.

*Le trésor des harangues, faites aux entrées des rois, reines, princes, princesses, & autres personnes de Condition*, Tome I, Paris, Bobin, 1680.

*Les très humbles remontrances du parlement de Toulouse*, [s.l.n.], 17 juillet 1752.

*Mémoires discours, correspondance et papiers divers de Nicolas de Bellièvre, sieur de Grignon, procureur général et président à mortier au parlement de Paris (1601-1648)*. BNF, Ms. fr. 18415.

*Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France en matière d'impôts ou recueil de ce qui s'est passé de plus intéressant à la Cour des aides depuis 1756 jusqu'au mois de juin 1775*, Bruxelles, [s.n.], 1779.

*Mémoire sur l'affaire du Grand Conseil, ou analyse raisonnée des prétentions élevées par le Grand Conseil et des principes et monuments qui démontrent leur illégitimité*, [s.l.n.], 1755.

**MOLÉ (Mathieu)**, *Mémoires*, 4 Tomes, Paris, Jules Renouard et Cie., 1856.

*Parlement de Rouen, Itératives remontrances de 1788*, Bibliothèque Cujas, 50571.

**PASQUIER (Nicolas)**, *Remonstrances tres humbles a la Royne Mere regente en France, pour la conservation de l'Etat, pendant la minorité du Roy son fils*, Paris, Jean Petit-Pas, 1610.

*Recueil d'arrêtés, articles & remontrances de différentes classes du Parlement, au sujet de ce qui s'est passé au Parlement séant à Besançon*, [s.l.n.], 1759.

*Recueil des réclamations, remontrances, lettres, arrêts, arrêtés, protestations des Parlemens, Cours des Aides, Chambres des Comptes, Bailliages, Presidiaux, Elections, au sujet de l'Edit de Décembre 1770...*, Tome II, Londres, [s.n.], 1773.

*Remonstrances du parlement de Besançon*, 25 novembre 1761. BNF : LB<sup>38</sup>880 (2).

*Remonstrances du parlement de Bordeaux*, 4 mars 1788. BNF, 8° Lb<sup>39</sup> 528.

*Remonstrances du parlement de Bretagne du 3 septembre 1718*, dans : LE MOY (Arthur), *Remonstrances du Parlement de Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Honoré Champion, 1909.

*Remonstrances du parlement de Dauphiné, Concernant les Lettres-de-Cachet, & l'Arrêt du Conseil du 5 janvier 1788*, [s.l.n.].

*Remonstrances du parlement de Franche-Comté du 21 août 1769*, dans : PROST (François), *Les remontrances du Parlement de Franche-Comté au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Droit, Université de Lyon, 1936.

*Remontrances du parlement de Grenoble*, [s.l.n.], 10 avril 1756.

*Remontrances du parlement de Nancy, arrêtées le 12 janvier 1788, sur les ordres d'exil & lettres de cachets*, Bibliothèque Municipale de Lyon, 1788.

*Remontrances du parlement de Rouen en date du 4 juillet 1760, pour supplier Sa Majesté de rétablir les trente Conseillers exilés du Parlement de Besançon...*, [s.l.n.].

*Remontrances du parlement de Toulouse au Roi au sujet de ce qui s'est passé au Parlement séant à Besançon*, [s.l.n.], 9 août 1760.

*Remontrances du parlement de Toulouse, du 21 avril 1788, concernant les lettres de cachet : et la détention de M. de Catellan, Avocat Général, au Château de Lourde*, [s.l.n.].

*Remontrances du Parlement de Toulouse sur l'Edit du mois d'Octobre dernier ; portant prorogation du Second Vingtième*, Toulouse, [s.n.], 12 janvier 1788.

*Remonstrances présentées au Roy par Nosseigneurs du Parlement, le vingt-uniesme may, 1615*, [s.l.n.], 1615.

**TALON (Omer)**, *Mémoires*, 3 Tomes, Paris, Foucault, 1827.

*Très-humbles et très respectueuses remontrances du parlement séant à Dijon*, Dijon, [s.n.], 16 mars 1762.

*Très humbles et très respectueuses remontrances du Parlement séant à Toulouse. Au sujet des transcriptions illégales des Edits & Déclarations du mois d'avril dernier...*, Toulouse, [s.n.], 22 décembre 1763.

*Très-humbles et très respectueuses remontrances du parlement séant à Rennes, au Roi, au sujet des atteintes portées aux droits, franchises & immunités de la Bretagne...*, [s.n.l.], 11 août 1764.

*Très humbles et très respectueuses remontrances que présentent au Roy, notre honoré et souverain seigneur, les gens tenans sa cour souveraine de Lorraine et Barrois,* [s.n.l.], 1758.

## **Pensée politique, juristes-historiens**

**ARGENSON (René-Louis de Voyer, marquis de)**, *Considération sur le gouvernement ancien et présent de la France...*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1763.

ID., *Considération sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, [s.n.], 1784.

ID., *Histoire du droit public ecclésiastique : où l'on traite de sa nature, de son établissement, de ses variations, et des causes de sa décadence*, 2 Tomes, Londres, Samuel Harding, 1737.

**BELLEFOREST (François de)**, *Les grandes annales et histoire générale de France, dès la venue des Francs en Gaule jusques au règne du roy très-chrestien Henry III*, Paris, G. Buon, 1579.

**BÉTHUNE (Philippe de)**, *Le Conseiller d'Etat, ou recueil general de la politique moderne...*, Paris, Compagnie des Libraires du Palais, 1665.

**BEZE (Theodore de)**, *Du droit des magistrats sur leurs sujets...*, [s.l.n.], 1575.

**BODIN (Jean)**, *Les six livres de la République*, Paris, du Puys, 1579.

**BOLINGBROKE (Henry St. John)**, *A dissertation upon parties*, dans: *The works of Lord Bolingbroke with a life...*, Volume II, Philadelphia, Carey and Hart, 1841.

**BOSSUET (Jacques-Bénigne)**, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte*, Paris, Cot, 1709.

**BUDE (Guillaume)**, *Anotationes Guglielmi Budaei parisiensis secretarii Regii, in quator et viginti Pandectarum libros*, Paris, M. Vasconsan, 1542.

ID., *De l'institution du Prince*, Paris, Arrivour, Nicole, 1547.

**BURLAMAQUI (Jean-Jacques)**, *Principes du droit de la nature et des gens*, 8 Tomes, Yverdon, [s.n.], 1766-1768.

ID., *Principes du droit politique*, 2 Tomes, Amsterdam, Chatelain, 1751.

**CHARRON (Jacques de)**, *Histoire Universelle de toutes nations & speciallement des Gaulois ou François*, Paris, Thomas Blaise, 1621.

**CHARRON (Pierre)**, *De la sagesse*, 2 Tomes, Paris, Rapilly, 1827.

**COQUILLE (Guy)**, *Les œuvres de maistre Guy Coquille sieur de Romenay...*, 2 Tomes, Paris, Louis Billaine, 1666.

ID., *Questions et réponses sur les articles des coutumes de France*, Paris, Julien Jacquin, 1644.

**CORAS (Jean de)**, *Question politique : s'il est licite aux subjects de capituler avec leur prince* (1569), éd. Robert M. Kingdom, Genève, Droz, 1989.

**D'AGUESSEAU (Henri-François)**, *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, 16 Tomes, Paris, Fantin et cie., Nicolle et De Pelafol, 1819.

**DE PRIEZAC (Daniel)**, *Des secrets de la domination, ou de la raison d'Etat. In : Discours politiques de Messire Daniel de Priezac, Conseiller ordinaire du Roy en son Conseil d'Etat*, Première partie, Paris, Rocolet, 1652.

**DOMAT (Jean)**, *Le droit public, suite des Lois civiles dans leur ordre naturel*, 2 volumes, Paris, Chez Emery, 1701.

ID., *Traité des lois*, [reproduction fac-similée], Caen, Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1989.

ID., *Œuvres complètes*, 4 Tomes, Paris, Firmin-Didot père et fils, 1828-1830.

ID., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 3 Tomes, Paris, Auboin-Emery-Clouzier, 1697.

ID., *Les quatre livres du droit public (1697)*, [reproduction en fac-simile], Centre de Philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, 1989.

**DU HAILLAN (Bernard de Girard)**, *L'histoire de France*, Paris, P. L'Huillier, 1576.

ID., *De l'estat et succez des affaires de France... depuis Pharamond, premier roy des Francs, Francons ou François, jusques au roy Loys unzième*, Paris, L'Olivier de l'huillier, 1570.

**DU TILLET (Jean)**, *Les mémoires et recherches du Jean du Tillet, contenans plusieurs choses memorables pour l'intelligence de l'estat des affaires en France*, Rouen, Philippe de Tours, 1578.

**DURET (Jean)**, *L'harmonie et conférence des magistrats romains avec les officiers françois, tant laiz que ecclesiastiques : où succinctement est traicté de l'origine, progrez et juridiction d'un chacun, selon que les loix civiles, romaines, et françoyses l'ont permis, sans obmission de l'histoire aux lieux propres*, Lyon, Benoist Rigaud, 1574.

**FAUCHET (Claude)**, *Recueil des Antiquitez Gauloises et Françoises*, Paris, du Puys, 1579.

ID., *Les Antiquitez gauloises et françoises, augmentées de trois livres contenans les choses advenues en Gaule et en France jusques en l'an 751 de Jésus-Christ*, Paris, [s.n.], 1599.

**GENTILLET (Innocent)**, *Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en bonne paix un royaume ou autre principauté... contre Nicolas Machiavel*, [s.l.n.], 1576.

**GILLES (Nicole)**, *Annales et croniques de France depuis la destruction de Troye jusques au temps du roy Louys onziesme...*, Paris, Guillaume le Noir, 1562.

**HERAULD (Didier)**, *Fragment de l'examen du Prince de Machiavel où il est traicté des confidens, ministres et conseillers particuliers du prince, ensemble de la fortune des favoris*, Paris, Abraham Paccard, 1622.

**HOTMAN (François)**, *Franco-Gallia*, Première édition française, Cologne, Hierome Berthulpe, 1574.

**JOLY (Claude)**, *Recueil de maximes véritables et importantes pour l'institution du roy*, Paris, [s.n.], 1653.

**LA MADELEINE (Jean de)**, *Discours de l'estat et office d'un bon roy, prince ou monarque, pour bien & heureusement régner sur la terre, & pour garder et maintenir ses subjectz en paix, union & obéissance*, Paris, L. Brayer, 1575.

**LE BRET (Cardin)**, *Les œuvres de Messire C. Le Bret...*, Paris, Vve. Toussaint du Bray, 1643.

**L'HOMMEAU (Pierre de)**, *Maximes générales du droit français, divisées en trois livres*, Paris, Le Gras, 1657.

**LE VASSOR (Michel)**, *Les soupirs de la France esclave qui aspire après la liberté*, [s.l.n.], 1689.

**LOYSEAU (Charles)**, *Cinq livres du droict des offices, avec le livre des seigneuries et celui des ordres*, Paris, Vve. A. L'Angelier, 1613.

**MABLY (Gabriel Bonnot de)**, *Doutes proposés aux philosophes économistes sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, dans : *Œuvres complètes de l'Abbé de Mably*, 12 volumes, Londres, [s.n.], 1789.

ID., *Observations sur l'histoire de France*, Livre I, dans : *Œuvres complètes de l'Abbé de Mably*, 6 volumes, Paris, Delaunay, 1818.

**MEY (Claude), MAULTROT (Gabriel-Nicolas) et alii.**, *Maximes du droit public françois. Tirées des capitulaires, des Ordonnances du Royaume, & des autres monumens de l'Histoire de France*, Seconde édition, 2 Tomes, Amsterdam, Rey, 1775.

**MIRAULMONT (Pierre de)**, *Mémoires sur l'origine et institution des Cours souveraines et autres juridictions subalternes, encloses dans l'ancien Palais Royal de Paris*, Paris, Abel L'Angelier, 1584.

**MONTAIGNE (Jean)**, *Tractatus celeberrimus de auctoritate et preeminencia sacri magno consilii et parlamentorum regni Franciæ ac de precedentia ipsum...*, Paris, Parrhisii, 1512.

**MOREAU (Jacob-Nicolas)**, *Exposition et défense de notre constitution monarchique, précédé de l'historique de toutes nos assemblées nationales...*, Paris, Moutard, 1789.

ID., *Maximes fondamentales du gouvernement françois ; ou profession de foi nationale. Renfermant tous les Dogmes essentiels de notre Symbole politique*, Paris, Moutard, 1789.

ID., *Les devoirs du prince réduit à un seul principe, ou Discours sur la justice, dédié au roi*, Versailles, Imprimerie Royale, 1775.

**MORIZOT (Martin)**, *Inauguration de Pharamond ; ou exposition des loix fondamentales de la monarchie françoise avec les preuves de leur exécution, perpétuées sous les trois Races de nos Rois*, [s.l.n.], 1772.

**NAUDÉ (Gabriel)**, *Réflexions historiques et politiques, sur les moyens dont les plus grands Princes & habiles Ministres se sont servis, pour gouverner et augmenter leurs Etats...*, Leide, Verbeek, 1739.

ID., *Considérations politiques sur les coups d'État*, [s.l.n.], 1712.

**PAPON (Jean)**, *Secrets du troisieme et dernier notaire*, seconde édition, Lyon, Jean de Tournes, 1583.

**PAPON (Jean)**, *Instrument du premier notaire*, Lyon, Jean de Tournes, 1585.

**PASQUIER (Etienne)**, *Les lettres d'Estienne Pasquier Conseiller et Advocat general du Roy a Paris*, 3 Tomes, Paris, Laurent Sonnius, 1619.

ID., *Les œuvres d'Etienne Pasquier, contenant ses lettres ; ses œuvres meslées et les lettres de Nicolas Pasquier*, 2 Tomes, Amsterdam, Librairies associez, 1723.

ID., *Les recherches de la France...*, Paris, Lauren Sonnius, 1621.

**PUFENDORF (Samuel von)**, *Le droit de la nature et des gens, ou système des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 2 Tomes, Amsterdam, Kuyper, 1706.

**QUESNAY (François)**, *Le droit naturel. Dans : Journal d'agriculture*, septembre 1765.

**REAL DE CURBAN (Gaspard de)**, *La science du gouvernement*, 8 Tomes, Paris, Libraires Associés, 1762-1764.

**RICHELIEU (Armand Jean Du Plessis)**, *Maximes d'Etat et fragments politiques du cardinal Richelieu*, Paris, Imprimerie Nationale, 1880.

ID., *Testament politique...*, 2 Parties, Amsterdam, [s.n.], 1688.

**ROUILLÉ d'ORFEUIL (Augustin)**, *L'alambic des loix ou Observations de l'ami des François sur l'homme et sur les loix*, « Hispaan », [s.n.], 1773.

**ROUSSEAU (Jean-Jacques)**, *Collection complète des œuvres de J.J. Rousseau*, 17 Tomes, Genève, [s.n.], 1782-1789.

ID., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Amsterdam, Rey, 1763.

ID., *Economie politique*, dans : *Du contrat social. Edition comprenant avec le texte définitif...*, Paris, Alcan, 1896.

**SAVARON (Jean)**, *Chronologie des estats generaux ou le tiers estat est compris, depuis MDCXV jusques CCCCXXII*, Paris, Pierre Chevalier, 1615.

**SEYSSEL (Claude de)**, *La Grande monarchie de France*, Paris, Galiot du Pré, 1557.

**SUAREZ (Francisco)**, *De legibus, I, De natura legis*, Edición crítica bilingüe por Luciano PEREÑA (Corpus Hispanorum de Pace, XI), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1971.

**VATTEL (Emer de)**, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 2 Tomes, Paris-Lyon, Rey et Gravier-Blache, 1820.

## **Doctrine et déontologie des acteurs de la justice**

**ALBERT (Jean)**, *Arrests de la cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Henault, 1731.

**ARGOU (Gabriel)**, *Institution au droit françois*. 2 Tomes, Paris, Mariette, 1730.

*Arrests et reglemens concernant les fonctions des procureurs tiers referendaires du parlement de Paris...*, Paris, Lefebvre, 1717.

**AUBOUX DES VERGNES (Jean)**, *Traicté particulier des lettres apostoliques & rescrits, selon qu'ils sont executez en France, accomodez à l'usage de ce temps, in : La véritable théorie-pratique civile et criminelle des cours ecclésiastiques, et officialitéz*, Paris, Guillaume Benard, 1648.

**AUGEARD (Mathieu)**, *Arrests notables des différents tribunaux du Royaume*, 2 volumes, Paris-Savoie, Huard-Nyon, 1756.

**AYRAULT (Pierre)**, *L'ordre, formalité, et instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé es accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France*, Lyon, Cassin et Plaignard, 1642.

**BERNARD (Claude)**, *La Pratique civile et criminelle des cours souveraines et presidiaux de France, utile et necessaire a tous ceux qui etudient en droict, mais aussi à tous magistrats, juges, advocats, procureurs, notaires, commissaires, & autres personnes frequentans les cours, tant souveraines, que subbalternes*, Paris, M. Bobin, 1660.

**BIARNOY DE MERVILLE (Pierre)**, *Règles pour former un avocat, tirées des plus fameux auteurs, tant anciens que modernes*, Paris, Mesnier, 1740.

**BLÉGNY (Etienne de)**, *Traité contenant la manière de procéder à toutes vérifications d'écritures contestées en justice*, Paris, Cavelier, 1698.

**BLONDEAU (Claude)** et **GUERET (Gabriel)**, *Journal du palais ou Recueil des principales décisions de tous les parlements et cours souveraines de France*, 2 volumes, Paris, Michel-Etienne David, 1737.

**BORNIER (Philippe)**, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV Roy de France et de Navarre, pour la réformation de la justice avec celles des rois précédents de sa Majesté...*, Première partie, Paris, Les Associés, 1678.

ID., *Conférences des ordonnances de Louis XIV, avec les anciennes ordonnances du royaume, le droit écrit et les arrêts*, Paris, Les associés, 1729.

**BOUCHEL (Laurent)**, *La bibliothèque ou trésor du droit français...*, 2 Tomes, Paris, Girin & Rivière, 1671.

**BOUCHET (Jean)**, *Forme et ordre de plaidoirie en toutes les Cours royales et subalternes de ce royaume régies par coutumes, Styles, & ordonnances royales*, Paris, Galliot Dupré, 1542.

**BOULLENOIS (Louis)**, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des loix et des coutumes*, Paris, Mesnier, 1732.

**BOURDIN (Gilles)**, *Paraphrase de M. Gilles Bourdain..., sur l'ordonnance de 1539... traduit par Gabriel Michel*, Paris, Houzé, 1606.

**BOURJON (François)**, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, Grangé et Cellot, 1770.

**BOUTARIC (François de)**, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV roi de France et de Navarre, sur les matières civiles*, [s.l.n.], 1743.

ID., *Explication de l'ordonnance de Louis XIV roi de France et de Navarre, sur les matières criminelles*, [s.l.n.], 1743.

**BOYER (Philbert)**, *Le stile de la cour de Parlement, souveraine & capitale du royaume de France*, Tours, Montroeil & Richer, 1591.

**BOYER (Philbert)**, *Le style de la cour et justice des requestes du palais, et pratique universelle, divisé en quatre livres*, Paris, Richer, 1600.

**BRISSON (Barnabé)**, *Le code du roy Henry III roy de France et de Pologne...*, Paris, Mettayer & Huillier, 1601.

**BRUNEAU (Antoine)**, *Nouveau traité des criées, contenant les procédures pour faire toutes sortes de décrets, suivant les coutumes, ordonnances, arrêts & réglemens sur ce intervenus...*, Paris, Le Febvre, 1704.

**ID.**, *Observations et maximes sur les matières criminelles. Avec des remarques tirées des Auteurs, conformes aux Édits, Ordonnances, Arrêts & Reglemens des Cours Souveraines...*, Paris, Cavelier, 1715.

**CAHUAC (Bertrand)**, *Le premier livre des Institutes de Justinien*, Douai, Simon, 1788.

**CHALINE (Paul)**, *Methode generale pour l'intelligence des coustumes de France*, Paris, Bobin et Le Gras, 1666.

**CHAVRAY DE BOISSY (François)**, *L'Avocat, ou réflexions sur l'exercice du barreau...*, Rome-Paris, Cellot et Couturier, 1777.

**COMPAIGNE (Bertrand)**, *La science des juges criminels, temporels et ecclésiastiques, ou les décisions des plus difficiles & importantes questions en matière criminelle...*, Lyon, La Rivière, 1656.

**COUCHOT**, *Le praticien universel ou le droit françois et la pratique de toutes les juridictions du royaume, suivant les nouvelles ordonnances...*, 2 Tomes, Paris, Mesnier, 1725.

**DANTY (N.)**, *Traité de la preuve par témoins en matière civile, contenant le Commentaire latin & françois de M. Jean Boiceau...*, Sixième édition, Paris, Delalain, 1769.

**DAREAU (François)**, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire, ouvrage qui renferme particulièrement la jurisprudence du petit-criminel*, Paris, Prault, 1775.

**D'AGUESSEAU (Jean-Baptiste Paulin)**, *Règlement du conseil, précédé de l'explication des différents articles compris dans chacun des chapitres...*, Paris, Moutard, 1786.

**DE DAMHOUDER (Josse)**, *Pratique judiciaire es causes civiles, très utile et nécessaire à tous baillifs, prevosts, chastellains, seneschaux, escoutettes maires...*, Anvers, Bellere, 1572.

**DE LA BIGOTIERE (René)**, *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont dans les fonctions publiques*, Paris, A. Dezallier, 1696.

**DENISART (Jean-Baptiste)**, *Actes de notoriété donnés au Châtelet de Paris, sur la jurisprudence & les usages qui s'y observent*, Paris, Savoye et Leclerc, 1759.

**DESMAISONS (François)**, *Le parfait praticien françois. Reformé suivant l'usage, qui se pratique à present par toute la France...*, Paris, Besongne, 1679.

**DESMARQUETS (Charles)**, *Nouveau stile du Châtelet de Paris, et de toutes les jurisdictions ordinaires du royaume, tant en matière civile, criminelle, que de police*, Paris, Despilly, 1771.

**DONEAU (Hugues)**, *Opera Omnia : commentatorium de jure civili*, 4 volumes, Florence, Signum Clius, 1840-1842.

**DU CROT (Lazare)**, *Le vray stil général du conseil privé du roy, de cour de parlement, de la cour des aydes, des requestes du palais, & du chastelet de Paris : le tout suivant les ordonnances & arrêts*, Paris, Jean Richer, 1623.

**ID.**, *Le vray styl du grand Conseil du Roy auquel est sommairement parlé de son origine, grandeur, & autorité...*, Paris, Jean Bessin, 1637.

**ID.**, *Traité des Aydes, Tailles & Gabelles...*, Paris, Besogne, 1633.

**DUVAL (Pierre Neel)**, *Le parfait procureur, contenant la nouvelle manière de procéder, dans toutes les Cours & Jurisdictions du Royaume...*, 2 Tomes, Lyon, Antoine Boudet, 1705.

**DUVIGNEAU (Pierre-Hyacinthe)**, *Discours sur la profession de procureur, dans lequel on traite de la Profession de Procureur en général, & de celle de Procureur au Parlement en particulier...*, Genève, chez les libraires des principales villes du Royaume, 1783.

**FERRIERE (Claude de)**, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 4 Tomes, Paris, Michel Guignard, 1714.

ID., *La jurisprudence du Code Justinien, conférée avec les ordonnances royales, les coutumes de France, et les décisions des cours souveraines*, 2 Tomes, Paris, Cochart, 1684.

**FERRIERE (Claude-Joseph de)**, *Nouvelle introduction à la Pratique contenant l'explication des termes de Pratique, de Droit et de Coutumes. Avec les juridictions de France*, 2 Tomes, Paris, Prudhomme, 1729.

ID., *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des principaux termes de pratique & de coutume*, Paris, Vve. J Cochart, 1718.

ID., *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des termes de pratique, de droit & de coutumes*, 2 Tomes, Paris, Vve. Prudhomme, 1737.

ID., *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des termes de pratique, de Droit et de Coutumes*, 2 Tomes, Bruxelles, La société, 1739.

ID., *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, 2 Tomes, Paris, Les libraires associés, 1787.

**FORTIN (Macé)**, *Briefve instruction pour apprendre le stil & manière de procéder es Cours de Parlemens, & autres inferieures, en toutes instances & matières...*, Paris, Sertenas, 1560.

**FYOT DE LA MARCHE (François)**, *L'éloge et les devoirs de la profession d'avocat*, Paris, Mazuel, 1713.

**GASTIER (René)**, *Les nouveaux styles du Parlement de Paris, de la Cour des aydes, requestes du Palais et de l'Hôtel, Chambres des Comptes et du trésor, & des autres jurisdictions de l'enclos du palais*, Paris, Langelier, 1661.

**GAURET (Jacques)**, *Stile du Conseil du Roy, suite du stile universel pour l'instruction des Matières Civiles & Criminelles*, Paris, Les Associés, 1700.

**GROUSTEL (Louis)**, *Essai sur la profession de Procureur*, Paris, [s.n.], 1749.

**GUÉNOIS (Pierre)**, *La grande conférence des ordonnances et édits royaux distribuée en XII livres...*, 3 Tomes, Paris, Thierry, 1678.

**GUILLARD (René)**, *Histoire du Conseil du Roy depuis le commencement de la Monarchie, jusqu'à la fin du Regne de Louis le Grand*, Paris, Chez Antoine-Urbain Coustelier, 1718.

**GUYNE (François)**, *Traitez de la représentation, du double lien et de la règle "Paterna paternis, materna maternis" par rapport à toutes les Coutumes de France*, [s.l.n.], 1699.

**IMBERT (Jean)**, *La pratique judiciaire tant civile que criminelle, receue, et observee partout le Royaume de France*, Paris, Chaudiere, 1604.

**ID.**, *Les institutions forenses, ou pratique judiciaire*, Paris, Gabriel Buon, 1582.

*Institution du droit romain et du droit françois divisée en IV livres par un auteur anonyme*, Paris, Guignard, 1686.

**JOS PREVOST (Claude) et MESLE (Jean)**, *De la manière de poursuivre les crimes dans les differens tribunaux du royaume avec les loix criminelles depuis 1256 jusqu'au present*, 2 Tomes, Paris, Mouchet et Prault, 1739.

*Journal du Palais, ou recueil des principales décisions de tous les Parlemens & Cours souveraines de France*, 4 Volumes, Paris, Thierry et Guignard, 1681.

**JOUSSE (Daniel)**, *Traité de la justice criminelle de France*, 4 Tomes, Paris, Debure père, 1771.

ID., *Traité de l'administration de justice*, 2 Tomes, Paris, Debure père, 1771.

ID., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, 2 Tomes, Paris, Debure père, 1757.

ID., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, 2 Tomes, Paris, Debure père, 1769.

ID., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, Paris, Debure père, 1763.

ID., *Commentaire sur l'édit du mois d'Avril 1695 concernant la jurisdiction ecclésiastique*, 2 Tomes, Paris, Debure père, 1764.

ID., *Traité de la juridiction des Présidiaux tant en matière civile que criminelle*, Paris, Debure père, 1775.

**JOVET (Laurent)**, *La doctrine des arrests tirée de divers auteurs. Avec une table très-ample des chapitres & matières*, Paris, De Sommaville, 1663.

**LA ROCHE-FLAVIN (Bernard de)**, *Arrests notables du parlement de Toulouse, donnez & prononcez sur diverses matières, Civiles, Criminelles, Beneficiales, & Féodales*, Toulouse, Caranove, 1745.

**LANGÉ (François)**, *La nouvelle pratique civile, criminelle et benefiale, ou le nouveau praticien françois...*, Paris, Girard, 1697.

**LAPLACE (Antoine)**, *Maximes journalières du droit françois ; rangées par ordre alphabétique pour l'usage & la commodité des commençans*, Paris, Durat et Pissot, 1749.

**LASSERE (L.)**, *L'art de procéder en justice ou la science des moyens judiciaels nécessaire pour découvrir la vérité ; tant en matière Civile que Ciminelle*, Première édition, Paris, Bobin et Le Gras, 1676.

ID., *L'art de procéder en justice...*, Seconde édition, Paris, Le Gras, 1680.

ID., *L'art de procéder en justice...*, Troisième édition, Paris, Huberson, 1698.

**LE BRUN DE LA ROCHETTE (Claude)**, *Le proces civil et criminel divise en cinq livres. Contenant en tables abregées la Méthodique liaison du Droict & de la Pratique Judiciaire*, Rouen, L'Oyselet, 1619.

**LE CARON (Louis)**, *Pandectes ou digestes du droict françois*, Lyon, Jehan Veyrat, 1593.

ID., *Responses ou décisions du droict françois, confirmées par arrests des cours souveraines de ce royaume et autres, enrichies de singulières observations du droict romain, reveuës et augmentées...*, Paris, Du Fossé, 1605.

ID., *Responses du droict françois, confirmées par arrests des cours souveraines de la France*, Paris, [s.n.], 1596.

ID., *Pandectes ou digestes du droict françois*, Lyon, Jehan Veyrat, 1593.

*Le grant coustumier de France et instruction de pratique & manière de procéder & practiquer es souveraines cours de parlement, prevoste & viconte de Paris, Paris, [s.n.], 1519.*

**LE PAIN (Jean)**, *Le praticien françois, ou Livre auquel sont contenues les plus frequentes et ordinaires Questions de Pratique...*, Paris, Gesselin, 1626.

*Le vray stil du conseil privé du roy. De la cour de parlement. De la cour des aydes. Des requestes du palais. Et du chastelet de Paris...*, Paris, [s.n.], 1639.

**LOYSEL (Antoine)**, *Institutes coutumières de Monsieur Loisel, avocat au parlement...*, 2 Tomes, Paris, Samson, 1774.

**MARION (Simon)**, *Plaidoyez et avis sur plusieurs grands et importans affaires*, Paris, Bouillerot, 1625.

**MAYNARD (Gérard de)**, *Notables et singulieres questions du droit escrit. Decises ou prejugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose*, Paris, Fouet, 1603.

**MERCIER (Jérôme)**, *Remarques nouvelles du droit françois, sur les Institutes de l'empereur Justinien...*, Paris, Besoigne, 1682.

**MUYART DE VOUGLANS (Pierre-François)**, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot-Crapart-Morin, 1780.

ID., *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume...*, Paris, Le Breton, 1757.

ID., *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume...*, Partie première, Paris, Cellot, 1767.

*Notables arrests des audiances du parlement de Paris, depuis 1657 jusques en 1664...*, Paris, A. de Sommaville, 1664.

*Nouveau style et prothocolle de la chancellerie de France, suivant la forme que l'on use pour le jourd'huy*, Paris, Abel L'Angelier, 1588.

**PAPON (Jean)**, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France, ordonnez par titres en vingt-quatre livres*, Paris, Fouët, 1610.

**PIGEAU (Eustache-Nicolas)**, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes & mise en action par formules*, 2 Tomes, Paris, Vve. Desaint, 1787.

**POTHIER (Robert-Joseph)**, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, 2 Tomes, Paris, Debure père, 1777.

ID., *Traité de la procédure civile*, dans : *ŒUVRES posthumes de M. Pothier*, 8 volumes, Orléans-Paris, Massot-Barrois, 1778.

**POULLAIN DU PARC (Augustin-Marie)**, *Précis méthodiques des actes de notoriété du Parlement et du barreau de Bretagne*, Rennes, Vve. Vatar, 1779.

*Praticien françois, contenant Grand nombre d'instructions très nécessaires pour la pratique des Cours de France...*, Paris, Besongne, 1654.

**PREVOST DE LA JANNES (Michel)**, *Les principes de la jurisprudence françoise, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en Justice*, 2 Tomes, Paris, Briasson, 1759.

*Procez-verbal des conférences tenues par ordre du Roi entre messieurs les commissaires du Conseil et messieurs les députés du Parlement de Paris...*, Louvain, Claude de Montauban, 1700.

**RODIER (Marc-Antoine)**, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667, relatives aux usages des cours de parlement...*, Toulouse, Birose, 1761.

**ROUSSEAUD DE LA COMBE (Guy du)**, *Traité des matières criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, Le Gras, 1768.

**SALLE (Jacques-Antoine)**, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV, ouvrage où l'on a réuni la théorie et la pratique des ordonnances...*, 2 Tomes, Paris, Veuve Rouy, 1755-1788.

**SARDIER**, *Le stile de procéder en tous les bailliages, Seneschausées & Sièges Presidiaux de ce Royaume, tant en matiere Civile que Criminelle & Beneficiale*, Paris, Rousset, 1617.

**SARTORIS (Jean-Pierre)**, *Éléments de la procédure criminelle suivant les ordonnances de France, les constitutions de Savoye, et les édits de Geneve*, 2 Tomes, Amsterdam, [s.n.], 1773.

**SAUGRIN (Claude-Marin)**, *Code des chasses, ou Nouveau traité du droit des chasses, suivant la jurisprudence de l'ordonnance de Louis XIV du mois d'août 1669*, 2 Tomes, Paris, Prault, 1753.

**SERPILLON (François)**, *Code Civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, Paris, Delaguette, 1776.

ID., *Code Criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 4 parties en 2 volumes, Lyon, Perisse, 1767.

ID., *Code du faux, ou Commentaire sur l'ordonnance du mois de juillet 1737*, Lyon, Regnault, 1774.

**SOULATGES (Jean-Antoine)**, *Traité des crimes divisé en deux parties*, 3 Tomes, Toulouse, Birose, 1762.

ID., *Nouveau code du faux, ou l'esprit de l'ordonnance du mois de juillet 1737...*, Toulouse, Rayet, 1780.

**TERRASSON (Antoine)**, *Histoire de la jurisprudence romaine, contenant son origine et ses progrès depuis la fondation de Rome jusqu'à présent...*, Paris, Cavelier, 1750.

*Traité du faux, ou l'Ordonnance de France du mois de Juillet 1737, concernant le Faux Principal & Incident, & la Reconnaissance des Ecritures & Signatures en Matière Criminelle : Conférée avec les Ordonnances de Lorraine, réduite en pratique et stile*, Bar-le-Duc, Briflot, 1757.

### **Discours des praticiens et des réformateurs**

**BECCARIA (Cesare Bonesana)**, *Traité des délits et des peines*, « A Philadelphie », [s.n.], 1766.

**BERGASSE (Nicolas)**, *Rapport sur l'organisation judiciaire du 17 août 1789*, dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII (5 mai 1789 – 15 septembre 1789), Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879, p. 440-450.

**BERNARDI (Joseph-Dominique-Elzear)**, *Discours sur les moyens d'adoucir la rigueur des loix pénales...*, Châlons-sur-Marne-Paris, Seneuze-Desauges, 1781.

ID., *Essai sur les révolutions du droit françois...*, suivi des vues sur la Justice Civile, ou projet de réformation dans l'administration de la Justice Civile, Paris, Serviere, 1785.

ID., « Mémoire sur l'origine de la pairie en France et en Angleterre », *Mémoires de l'Institut national de France*, Tome 10, 1833.

ID., *Principes des loix criminelles, suivis d'observations impartiales sur le droit romain*, Paris, Serviere, 1788.

**BOUCHER D'ARGIS (André-Jean)**, *Cahier d'un magistrat du châtelet de Paris, sur les justices seigneuriales et l'administration de justice dans les campagnes*, Paris, Clousier-Le Boucher, 1789.

ID., *De la bienfaisance dans l'ordre judiciaire : discours, dans lequel on prouve la nécessité de donner aux pauvres des défenseurs gratuits, et l'obligation d'indemniser ceux qui, ayant été accusés, décrétés et emprisonnés à la requête du ministère public, ont ensuite obtenu des jugemens absolutoires...*, Paris, Le Boucher-Clousier, 1788.

**BOUTEILLER (Jean-Hyacinthe de)**, *Examen du système de législation établi par les Edits du mois de mai 1788*, [s.l.n.], 1788.

**BRISSOT DE WARVILLE (Jacques-Pierre)**, *Les moyens d'adoucir la rigueur des loix pénales en France, sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Châlons-sur-Marne en 1780*, Châlons-sur-Marne-Paris, Seneuze-Desauges, 1781.

ID., *Théorie des loix criminelles*, 2 Tomes, Berlin, [s.n.], 1781.

**CHAILLON DE JOINVILLE (Augustin-Jean-François)**, *La vérité dévoilée, « Cosmopolis »*-Paris, Desray, 1789.

**CHALLAN (Antoine-Didier-Jean-Baptiste)**, *Réflexions sur l'administration de justice, sur la formation de Tribunaux ordinaires et Municipaux, afin de rendre la Justice gratuite...*, Paris, Chez les marchands de nouveautés, 1789.

**CHAMPLAIR**, *L'ami de la concorde, ou Essai sur les motifs d'éviter les procès, & sur les moyens d'en tarir la source*, Londres, [s.n.], 1765.

**CLOSEL D'ARNERY (Claude Gaspard Barbat du)**, *Abus et dangers de la contrainte par corps*, Paris, Royez, 1788.

**DE FELICE (Fortunato Bartolomeo)**, *Code de l'humanité, ou Législation universelle, naturelle, civile, et politique*, 13 volumes, Yverdon, Felice, 1778.

**DUCELLIER (François-Jacques)**, *Les fléaux de l'agriculture, causes de la disette des viandes, toujours augmentant, et de la disette des blés après une seule mauvaise récolte...*, [s.l.n.], 10 avril 1789.

**DUPATY (Jean-Baptiste Mercier)**, *Lettres sur la procédure criminelle de la France. Dans lesquelles on montre la conformité avec celle de l'inquisition, & les abus qui en résultent*, En France, [s.n.], 1788.

ID., *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*, Paris, Pierres, 1786.

**DUPLESSIS (Claude de)**, *Œuvres de M. Duplessis, Ancien Avocat au parlement*, 2 Tomes, Paris, Gosselin, 1728.

**ELIE DE BEAUMONT (Jean-Baptiste-Jacques)**, *Mémoire à consulter et consultation, pour la Dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, & pour ses Enfants*, [s.n.], Paris, 23 août 1762.

**FALCONNET (Ambroise)**, *Mémoire pour M. Falconnet, Avocat en la Cour, appelant d'une Sentence rendue au Châtelet de Paris, le 2 juin 1778, entre le duc de Guines, etc., et le sieur Tort., etc.*, dans : *Le Barreau français, partie moderne, contenant les plaidoyers, mémoires et consultations des plus célèbres avocats...*, Tome I, Paris, Gueffier, 1806.

**FERRAND (Antoine-François Claude)**, *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions & cassations*, [s.l.n.], 1789.

**GLATIGNY (Gabriel de)**, *Œuvres posthumes de monsieur \*\*\* contenant ses harangues au palais, ses discours académiques, &c*, Lyon, Frères Duplain, 1757.

**GUEIDAN DE VALABRE (Gaspard)**, *Discours prononcés au parlement de Provence par un des messieurs les avocats généraux*, 3 Tomes, Paris, Quillau, 1739.

**HENRYS (Claude)**, *Œuvres de M. Claude Henrys, Conseiller du Roi, et son premier avocat au bailliage et siège présidial de Forez...*, 4 Tomes, Paris, Libraires associés, 1772.

**LACRETELLE (Pierre-Louis de)**, *Discours sur le préjugé des peines infamantes, couronnés à l'Académie de Metz. Lettre sur la réparation qui serait due aux accusés jugés innocents. Dissertation sur le ministère public. Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, Paris, Cuchet, 1784.

ID., *Mémoire pour le comte de Sanois, Ancien Aide-major des Gardes Françaises, sortant de Charenton, où il a été détenu pendant neuf mois ; contre ses accusateurs*, Paris, Simon, 1786.

**LALLY-TOLLENDAL (Gérard de)**, *Essai sur quelques changemens qu'on pourroit faire dès-à-présent dans les loix criminelles de France. Par un honnête homme, qui depuis qu'il connoît ces loix, n'est pas bien sûr de n'être pas pendu un jour*, Paris, [s.n.], 1786.

**LE TROSNE (Guillaume)**, *Vues sur la justice criminelle. Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, Paris, Debure, 1777.

**LEGRAND DE LALEU (Louis-Auguste)**, *Observations concernant quelques modifications importantes, dont l'Ordonnance Criminelle paroît dès-à-présent susceptible, « En France »*, [s.n.], 1788.

**LINGUET (Simon-Nicolas-Henry)**, *Consultation de M. Linguet, avocat, En Réponse à la Consultation sur la Discipline des Avocats...*, Bruxelles, [s.n.], 1776.

ID., *Nécessité d'une réforme dans l'administration de la justice et dans les loix civiles en France, avec la réfutation de quelques passages de L'Esprit des Loix*, Amsterdam, [s.n.], 1764.

ID., *La France plus qu'angloise...*, Bruxelles, [s.n.], 1788.

**MANNORY (Louis)**, *Plaidoyers et mémoires, contenant des questions intéressantes, tant en matières civiles, canoniques, & criminelles...*, 17 Tomes Paris, Herissant, 1762.

**MIRABEAU (Honoré-Gabriel de Riquetti, comte de)**, *Des lettres de cachet et des prisons d'État*, Hambourg, 1782.

**MUYART DE VOUGLANS (Pierre-François)**, *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines, traduit de l'italien*, Lausanne-Paris, Desaint, 1767.

**PAGANO (Francesco Mario)**, *Considérations sur la procédure criminelle, ouvrage traduit de l'italien par M. de Hillerin Ecuyer, Avocat en parlement...*, Strasbourg, Imprimerie ordinaire du roi, 1789.

**PETION DE VILLENEUVE (Jérôme)**, *Les loix civiles et l'administration de la justice, ramenées à un ordre simple et uniforme, ou Réflexions morales, politiques*, Londres, [s.n.], 1782.

**PILATI (Carlo Antonio)**, *Traité des loix civiles*, Tome I, La Haye-Londres, Gosse-Société Typographique, 1774.

**SEIGNEUX DE CORREVON (Gabriel)**, *Essai sur l'usage, l'abus et les inconvéniens de la torture, dans la procédure criminelle*, Lausanne-Mons, Grasset-Hoyois, 1779.

**SERVAN (Joseph-Michel-Antoine)**, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, [s.n.], 1767.

**SERVIN (Antoine-Nicolas)**, *De la législation criminelle. Mémoire fini en 1778, envoyé à la Société Economique de Berne en 1779, & retiré du Concours en Janvier de l'année présente 1782*, Basle, Schweighauser, 1782.

**TERRASSON (Mathieu)**, *Œuvres de feu M. Mathieu Terrasson, écuyer, ancien avocat au parlement, contenant plusieurs de ses discours, plaidoyers, mémoires et consultations*, Paris, De Nully, 1737.

**VERMEIL (François-Michel)**, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Paris, Demonville, 1781.

## **Dictionnaires et encyclopédies**

**BARBIER (Antoine-Alexandre)**, *Dictionnaire des ouvrages anonymes et pseudonymes, composés, traduits ou publiés en Français et en latin...*, seconde édition, 4 Tomes, Paris, Barrois l'aîné, 1822-1827.

**CHOMEL (Noël)**, *Dictionnaire Économique, contenant divers moyens d'augmenter son bien...*, 2 Tomes, Lyon, Frères Bruyset, 1740.

**DENISART (Jean-Baptiste)**, *Collection de décisions nouvelles, et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 3 Tomes, Paris, Desaint, 1768.

*Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillouin*, 7 Tomes, Lyon, De La Roche, 1781-1788.

*Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique ; ou bibliothèque de l'homme d'Etat et du citoyen*, 30 Tomes, Londres, Libraires associés, 1777-1783.

*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, XVII Tomes, Paris, Briasson-David-Le Breton-Durand, 1751-1765. *Edition Numérique Collaborative et Critique de l'Encyclopédie ENCCRE de l'Académie des Sciences* : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v13-873-0/>

*Encyclopédie de jurisprudence, ou dictionnaire complet, universel, raisonné, historique et politique de jurisprudence...*, 7 Tomes, Bruxelles-Paris, De Boubers-Laporte, 1777.

*Encyclopédie méthodique. Jurisprudence...*, 10 Tomes, Paris-Liège, Packoucke-Plomteux, 1782-1791.

**FERRIERE (Claude-Joseph)**, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes, & de pratique*, 2 Tomes, Paris, Lambert, 1771.

**FURETIÈRE (Antoine)**, *Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes...* 3 Tomes, La Haye, Arnout & Reinier Leers, 1690.

**GUYOT (Joseph-Nicolas)**, *Répertoire Universel et raisonné de jurisprudence civile*, 64 Tomes, Paris, Dorez-Panckoucke, 1775-1783.

**LACOMBRE DE PREZEL (Honoré)**, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique...*, 3 Tomes, Paris, Leclerc et alii., 1763.

*Le Dictionnaire de l'Académie Française*, 2 Tomes, Paris, Coignard, 1694.

**MONTIGNOT**, *Dictionnaire de diplomatique, ou étymologies des termes des bas siècles*, Nancy, Lamort, 1787.

*Supplement au Dictionnaire historique géographique, généalogique, &tc des éditions de Basle...*, 2 Tomes, Basle, Vve. Jean Christ, 1745.

## Sources diverses

### - Antiquité et Moyen Âge

**ARISTOTE,**

*Métaphysique*, Z, 3, 1029a5-7

Z, 3, 1029a20-26

*Politiques*, III, 16, 1287 b

*La Morale et la politique*, Livre V, Chapitre X. Paris, Firmin Didot, 1823, p. 239-241.

**AUGUSTIN,**

*Retractationes*, I, 3.2.

*De diversis Quaestionibus* XCIII, *quaestio* 79, 1.

*Confessions*, Livre III, chapitre VIII, §15.

**AZON,**

*Summa Codicis*, 1, 14, 8.

**BEAUMANOIR (Philippe de)**, *Coutumes de Beauvaisis*, 2 Tomes, Paris, Salmon, 1900.

**CICERON,**

*De inventione*, 2, 67.

*De oratore*, 1.41.186-42.191.

**Code de Justinien (CJ)**, I, 14, 4 (*Digna vox*)  
 I, 14, 8 (*Humanum esse*)  
 I, 17, 1, 7 (*Cum enim lege antiqua...*)  
 I, 19, 7 (*Rescripta contra ius*)  
 II, 4, 18 (*Transigere vel pacisci de crimine capitali*)

**Code Théodosien (CT)**, I, 2, 2-3-6-8-9-11 (*Contra ius rescripta non valem*)  
 XI, 1, 20 (*In fraudem annonariae rei*)  
 XI, 36, 7 (*Observare curabis, ne quis homicidarum...*)  
 XIII, 11, 13 (*Loca, quae praestationem suam implere...*)  
 XIV, 3, 20-21 (*Adscrimi semel per sententiam...*)  
 XV, 1, 43 (*Potentibus loca publica ea condicione...*)  
 XV, 2, 8 (*Ex forma, cui nomen augusta est...*)

**DE CHARTRES (Fulbert)**, *Lettre à Guillaume d'Aquitaine*, dans : *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, Paris, Victor Palmé, 1869-1880, Tome X, p. 463.

**JUSTINIEN, Digeste,** I. 1. 10 (*Ulpianus libro secundo regularum*)  
 I. 2. 12 (*Pomponius libro singulari enchiridii*)  
 I. 3. 1 (*Papinianus libro primo definitionum*)  
 I. 3. 32 (*Iulianus libro 84 digestorum*)  
 I. 4. 1 (*Ulpianus libro primo institutonum*)

**JUSTINIEN, Institutes,** I. 2. 3 (*Scriptum ius est...*)  
 I. 2. 6 (*Lex regia de imperio*)

**GAIUS, Institutes,** I, 2-8 (*Constant autem iura populi Romani ex...*)  
 I, 5 (*Lex regia de imperio*)  
 I, 94 (*Item si quis cum uxore praegnante*)

**HINCMAR, De ordine palatii,** traduit par Maurice Prou, Paris, Vieweg, 1884.

**HUGOLINO, Distinctiones,** 148, 34.

**IRNERIUS,** glose du *D.* 1, 3, 32.

**ISIDORE DE SEVILLE,**

*Etymologiarum,* XVIII, XV, 2 et 5.

*Sententiae,* 3.51.1-2.

*Synonyma,* II. 86.

**MASSELIN (Jean), Journal des Etats généraux de France tenus à Tours en 1484 sous le règne de Charles VIII,** Paris, Imprimerie royale, 1835.

**PLACENTIN,**

*Libellus de actionum.*

*Summa Institutionum,* I. 2.

**PLUTARQUE, La vie de Caton l'Ancien,** XXII, 1-7.

**REVIGNY (Jacques de)**, *Lectura super codice* [reproduction facsimilée], Bologne, A. Forni, 1571.

**THOMAS D'AQUIN**,

*Somme Théologique.*, Ia-IIae, Q. 14.  
Ia-IIae, Q. 92, 1.  
Ia-IIae, Q. 90.  
IIa-IIae, Q. 67, 1.  
IIa-IIae, Q. 67, 2.

*Tractatus de legibus*, Paris, 1506, [s.p.] (anonyme du XIV<sup>e</sup> siècle).

#### - Époque moderne et Révolution

**BARBEYRAC (Jean)**, *Du pouvoir des souverains et de la liberté de conscience, en deux discours traduits du latin de Mr. Noodt, par Jean Barbeyrac, seconde édition revue et augmentée du Discours de Jean Frédéric Gronovius sur la Loi Roiale...*, Amsterdam, Pierre Humbert, 1714.

**BASDEL, (P.-F.)**, *Abrégé des causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées*, 3 Tomes, Pont-à-Mousson, Thiery, 1806.

**BOUCHE (Charles-François)**, *Charte contenant la Constitution Française dans ses objets fondamentaux*, dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879.

*Cahyrs generaux des articles resolut et accordez entre les deputez des 3 Estats*, Paris, [s.n.], 1615.

**CASTEL DE SAINT-PIERRE, (Charles-Irénée)**, *Discours sur la polysynodie, où l'on démontre que la polysynodie, ou pluralité des Conseils, est la forme de Ministère la plus avantageuse pour un Roi, & pour son Royaume*, Amsterdam, Du Villard & Changuion, 1719.

*Charte aux Normands avec ses confirmations*, Caen, Le Roy, 1788.

*Chronologie raisonnée des Etats-Généraux, les plus intéressants. Avec l'analyse des célèbres états de Tours, sous Charles VIII, faisant suite à la brochure intitulée, des Etats-Généraux et de leur convocation...*, Paris, Royez, 1788.

**CONDORCET, (Jean-Antoine Nicolas de Caritat)**, *Vie de Monsieur Turgot*, Genève, Slatkine, 2012.

**CONSTANT (Benjamin)**, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, A. Eymery, 1815.

ID., *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, dans : *Œuvres politiques*, Paris, Charpentier et Cie., 1874.

ID., Discours dans la Chambre de Députés du 2 mai 1828. *Archives parlementaires, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860, faisant suite à la réimpression de l'ancien "Moniteur" et comprenant un grand nombre de documents inédits*, Deuxième série (1800-1860), Tome LIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 618.

**CORIOLIS (Gaspard-Honoré)**, *Traité sur l'administration du Comté de Provence*, 3 Tomes, Aix, Vve. Adibert, 1786-1788.

*De la formation des Etats-Généraux*, [s.l.n.], décembre 1788.

**DE LA PRIMAUDAYE (Pierre)**, *Académie française, en laquelle est traité de l'institution des mœurs et de ce qui concerne le bien et heureusement vivre en tous estats et conditions*, Paris, Chaudière, 1581.

**DE SISMONDI (Jean Charles Léonard Simonde)**, *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Âge*, 15 Tomes, 4<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Aug. Wahlen, 1826

**DELISLE DE LA DREVETIERE (Louis-François)**, *Arlequin Sauvage, comédie en trois actes*, Paris, Briasson, 1731.

**DES ESSARTS (Nicolas-Toussaint Le Moyne)**, *Causes célèbres et intéressantes de toutes les cours souveraines du royaume, avec les jugements qui les ont décidées*, 196 volumes in-12, Paris, 1777-1789.

*Des États Généraux et de leur convocation ; avec la chronologie des Etats-Généraux, par Savaron, & l'analyse des fameux États assemblés à Tours, qui comprend l'ordre & les noms des Députés par Bailliages, &c...*, Villefranche-Paris, Chez les Marchands de Nouveautés, 1788.

**DESPRES (Gabriel)**, *Mémoire sur les Etats-Généraux ; Où l'on a réuni tous les détails relatifs à la convocation aux Assemblées de Bailliages, de Villes & de Paroisses...*, Lausanne-Paris, [se trouve à Paris Rue Jacob, faubourg S. Germain, n°28], 1788.

**DIDEROT (Denis)**, *Observations sur l'instruction de Sa Majesté impériale aux députés pour la confection des lois*, dans : *Œuvres complètes*, Tome XI, Paris, Le Club Français, 1971.

*Documents relatifs aux États généraux de 1614*, recueil publié par MM. Georges Picot et Paul Guérin, Paris, 1900-1930.

**DU VAIR (Guillaume)**, *Actions et traictez oratoires*, dans : *Les œuvres de Messire Guillaume du Vair évesque et comte de Lizieux et garde des seaux de France*, Paris, Cramoisy, 1625.

**DUPONT DE NEMOURS (Pierre-Samuel)**, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Paris, Geuthner, 1910.

*Eclaircissemens sur les questions les plus importantes de notre droit public, Nécessaires pour résoudre les difficultés auxquelles peut donner lieu la discussion des cahiers présentés aux États-généraux, [s.l.n.], 1789.*

*Essai de théorie sur le gouvernement monarchique, Londres-Paris, Jorry, 1788.*

*Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice, en France. Dédié aux Etats-généraux, par M. M\*\*. Avocat, [s.l.n.], 1788.*

**FIGON (Charles de)**, *Arbre des Estats et Offices de France*, dans : *Discours des États et Offices tant du gouvernement que de la justice et des finances de France, contenant une brève description de la juridiction et connaissance et de la charge particulière de chacun*, Paris, Guillaume d'Avray, 1579.

**FLECHIER (Esprit)**, *Mémoires sur les Grands-Jours d'Auvergne en 1665*, Paris, Vialetay, 1968.

*Galerie historique des contemporains, ou nouvelle biographie...*, Seconde édition, Tome III, Bruxelles, Wahlen et Cie., 1822.

**GAYOT DE PITAVAL (François de)**, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugemens qui les ont décidés*, 11 Tomes, La Haye, Neaulme, 1737.

ID., *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugemens qui les ont décidées*, 22 Tomes, La Haye, Jean Neaulme, 1747-1751.

ID., *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugemens qui les ont décidées*, 21 Tomes, Amsterdam-Liège, Bassompierre-Van der Berghen, 1775.

ID., *Esprit des conversations agréables, ou nouveau mélange de pensées choisies...*, 2 Tomes, Paris, Legras, 1731.

*Gazette des tribunaux, ouvrage périodique contenant les nouvelles des tribunaux...*, 24 Tomes, Paris, Desnos, 1779.

**GIN (Pierre-Louis-Claude)**, *Les vrais principes du gouvernement françois, démontrés par la raison et par les faits*, Genève-Paris, « Chez tous les libraires qui vendent les Nouveautés », 1780.

**GOTZMANN (Louis-Valentin)**, *Histoire politique du gouvernement françois, ou les quatre ages de la monarchie françoise*, 2 Tomes, Paris, Grange, 1777.

**GOUDAR (Ange)**, *L'autorité des rois de France est indépendante de tout corps politique. Elle était établie avant que les parlements fussent créés*, Amsterdam, [s.n.], 1788.

**GUDIN DE LA BRENELLERIE (Paul-Philippe)**, *Essai sur l'histoire des comices de Rome, des Etats-Généraux de la France, et du parlement d'Angleterre*, 3 Tomes, Philadelphie-Paris, Maradan, 1789.

*Histoire du procès du Chancelier Poyet, pour servir à celle du règne de François I, Roi de France*, Londres, [s.n.], 1776.

*Instructions sur les assemblées nationales, tant générales que particulières, depuis le commencement de la Monarchie, jusqu'à nos jours*, Paris, Royez, 1787.

**J.B.S.**, *Scene comique entre le Diable et un Procureur, au sujet de Madame la Chicane, chassée des Terres de France, & revenant en Enfer*, Paris, Nyon, 1789.

**JOLY (Philibert Papillon)**, *Bibliothèque des auteurs de Bourgogne*, 2 Tomes, Dijon, Philippe Marteret, 1742.

*Journal de Paris*, Volume I, Numéro 5, 1787.

**KLIMRATH (Henri)**, *Carte de la France coutumière : indiquant le ressort des parlements et autres cours souveraines et les limites des pays de droit écrit et des pays coutumiers et le territoire des coutumes générales*, Paris, Adrien, 1837.

**LA BEAUMELLE (Laurent Anglivié de)**, *Mes pensées, avec le supplément...*, Berlin, [s.n.], 1761.

*La Farce de Maître Pathelin*, Paris, Librairie des bibliophiles, 1872.

*La France littéraire...*, 2 Tomes, Paris, Vve. Duchesne, 1769.

**LA GUESLE (Jacques de)**, *Récit particulier et véritable du procès criminel de M. le maréchal de Biron*, (s.n.l.d), manuscrit sur Gallica, BNF : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b60010764>

**LA PORTE (Joseph)**, *Observations sur l'esprit des loix, ou l'art de lire ce livre, de l'entendre et d'en juger*, Amsterdam, Mortier, 1751.

**LAUNAY (Emmanuel-Louis-Henri-Alexandre de)**, *Mémoire sur les états généraux, leurs droits, et la manière de les convoquer*, Paris, 1788.

**LAURAGUAIS (Louis-Léon-Félicité de Brancas, duc de)**, *Recueil des pièces historiques sur la convocation des Etats-Généraux, et sur l'élection de leurs députés*, Paris, [s.n.], 1788.

*L'adieu du plaideur à son argent*, [s.l.n.], 1628.

**LE CLERC (Jean)**, *La vie du Cardinal Duc de Richelieu*, 3 Tomes, Cologne, [s.n.], 1694.

**LE CLERC (Nicolas-Gabriel)**, *La boussole morale et politique des hommes et des empires, dédiée aux nations*, Boston, [s.n.d.].

**LE FEVBRE (Hyacinthe)**, *Traité du jugement dernier ou Procez criminel des reprouvez, accusez, jugez et condamnez de Dieu selon les formalitez de la justice...*, Paris, Thierry, 1671.

**LE GENDRE (Gilbert-Charles)**, *Traité de l'opinion, ou mémoires pour servir à l'histoire de l'esprit humain*, 5 Tomes, Paris, Grégoire-Antoine Dupuis, 1733.

**LE LABOREUR (Jean)**, *Histoire de la pairie de France et du Parlement de Paris*, 2 Tomes, Londres, Samuel Harding, 1753.

**LE MERCIER DE LA RIVIERE (Pierre-Paul)**, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Paris, Librairie Geuthner, 1910.

**LE NOIR (Jean)**, *L'hérésie de la domination épiscopale, ou lettre de Monsieur Le Noir Théologal de Seez, à son altesse royale, Madame la Duchesse de Guise*, [s.l.n.], 1682.

*L'esprit des journaux français et étrangers...*, Tome VIII, 18<sup>e</sup> année, Paris, Valade, août 1789.

**LE TELLIER, (avocat)**, *Le Fanal du Tiers-Etat...*, [s.l.n.], 1788.

*Le Tiers-Etat éclairé ou ses droits justifiés*, [s.l.n.], 1788.

**LE TROSNE (Guillaume)**, *De l'ordre social, Ouvrage suivi d'un Traité Elémentaire sur la Valeur, l'Argent, la Circulation, l'Industrie, & le Commerce intérieur & extérieur*, Paris, Debure, 1777.

**LE TROSNE (Guillaume)**, *De l'intérêt social, Par rapport à la Valeur, à la Circulation, à l'Industrie, & au Commerce intérieur & extérieur*, Paris, Debure, 1777.

**ID.**, *Lettres à un ami, sur les avantages de la liberté du commerce des grains et le danger des prohibitions*, Amsterdam-Paris, Desaint, 1768.

*Les efforts de la liberté & du patriotisme contre le despotisme, du Sr. De Maupeou Chancelier de France...*, 3 Tomes, Londres, [s.n.], 1772.

*Les véritables intérêts des trois ordres qui composent la nation rapprochés*, [s.l.n.], 1788.

*Lettres De Monseigneur l'Evêque d\*\*\* à Monseigneur l'Evêque d\*\*\* sur les Remontrances du Parlement de Paris*, [s.l.n.], 1753-1754.

*Lettres sur l'autorité du roi, du conseil d'État, et du chancelier de France, et la dépendance des Parlemens à leur égard*, [s.l.n.], 1754.

**LEVRIER (Antoine-Joseph)**, *Mémoire sur les formes qui doivent précéder & accompagner la convocation des Etats-Généraux...*, [s.l.n.], 1788.

**LORRY (Paul-Charles)**, *Mémoire sur les moyens de rendre les études de droit plus utiles*, [s.l.n.], 1764.

**LOYSEAU (Charles)**, *Discours de l'abus des justices de village*, Paris, L'Angelier, 1603.

**MARILLAC (Michel de)**, *Mémoire dressé contre l'autorité des Parlements*. BNF, Ms Fr 18 366.

**MAULTROT (Gabriel-Nicolas)**, *Dissertation sur le droit de convoquer les États généraux, tirée des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume, & des autres Monumens de l'Histoire de France*, [s.l.n.], 1787-1789.

**MAYER (Charles-Joseph)**, *Des États généraux et autres assemblées nationales*, 18 Tomes, La Haye-Paris, Buisson, 1788.

*Mémoire de Jean-Baptiste Colbert sur l'arrêt du Parlement de Paris du 18 août 1656, concernant l'abus des évocations des procès à la personne du roi*. Dans : *Correspondance administrative sous le règne de Louis XIV*, recueillie et mise en ordre par G.B. Depping, Tome II, Administration de la justice – police – galères, Paris, Imprimerie nationale, 1851.

*Mémoire inédit sur les États Généraux rédigé par ordre de Colbert*, dans : PETIET, Raynald, *Du pouvoir législatif en France, depuis l'avènement de Philippe le Bel jusqu'en 1789*, Paris, A. Rousseau, 1891.

*Mémoires de Louis XIV pour l'instruction du Dauphin*, avec une étude sur leur composition par Charles Dreyss, 2 Tomes, Paris, Didier et Cie. Librairies-Editeurs, 1860.

*Mémoire et consultation, sur la question suivante : Quels sont les moyens qui doivent employer les habitants de Paris, pour obtenir de nommer eux-mêmes leurs Représentans aux prochains Etats-Généraux, & n'en pas laisser la nomination aux Officiers de l'Hôtel de Ville & à un petit nombre de Notables...*, [s.l.n.], 1788.

*Mémoire présenté au roi par les avocats au parlement de Normandie, sur les Etats-Généraux*, [s.l.n.], 1788.

*Mémoires sur la vie publique et privé de Fouquet, surintendant de finances d'après ses lettres et des pièces inédites*, 2 Tomes, A. Chéruel (conservateur), Paris, Charpentier, 1862.

*Mercure de France, dédié au Roi, par une société de gens de lettres*, Paris, Bureau du Mercure, 3 mai 1788.

**MIRABEAU (Victor Riquetti, marquis de)**, *Précis de l'organisation, ou mémoire sur les états provinciaux*, dans : *L'ami des hommes, quatrième partie*, Avignon, [s.n.], 1759.

ID., *Les devoirs*, Milan, Monastère Imperial de St. Ambroise, 1780.

**MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat, baron de)**, *Pensées et fragments inédits*, 2 Tomes, publiés par le Baron Gaston de Montesquieu, Bordeaux, Gounouilhou, 1901.

**MORELLET (André)**, *Observations sur le projet de former une Assemblée nationale sur le modèle des Etats-Généraux de 1614*, [s.l.n.], 1788.

*Observations sur l'Assemblée des Etats-Généraux, avec projet d'Election des Députés, Formation d'une Commission Intermédiaire, & Ordre de Séance des Députés*, [s.l.n.], 1788.

**PARIS (Yves de)**, *Le magistrat chrestien*, Paris, Padeloup, 1688.

**POISSON (Philippe)**, *Le procureur arbitre. Comédie en un acte et en vers*, Paris, Delalain, 1774.

*Procès-verbal de ce qui s'est passé au lit de justice, tenu par le roi à Paris, le samedi 12 novembre 1774...*, Paris, Imprimerie Royale, 1774.

*Projet de déclaration des droits de l'homme en société du Comité des Cinq*. Dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879.

*Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée Nationale*, 12 août 1789. Dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879.

**RABAUT DE SAINT-ETIENNE, (Jean-Paul)**, *Idées sur les bases de toute Constitution, soumises à l'Assemblée nationale*. Dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879.

**RACINE (Jean)**, *Les plaideurs*, Paris, Trabouillet, 1697.

*Recueil des cahiers des états généraux : d'Orléans en 1560, sous Charles IX ; de Blois en 1576, de Blois en 1588, sous Henri III ; de Paris en 1614, sous Louis XIII, 4 Tomes, Paris, Barrois, 1789.*

*Recueil des écrits qui ont esté faits sur le differend d'entre Messieurs les Pairs de Franc, & Messieurs les Presidens au Mortier du Parlement de Paris, pour la manière d'opiner aux Lits de Justice, Paris, [s.n.], 1664.*

*Réflexions impartiales sur la grande question qui partage les esprits, concernant les droits du Roi & de la Nation assemblée en Etats-Généraux, [s.l.n.], 1788.*

*Réflexions sur les pouvoirs & instructions à donner par les Provinces à leurs Députés aux Etats-Généraux, [s.l.n.], [1788 ?].*

**REMY (Joseph-Honoré)**, *Eloge historique de Michel de l'Hospital, Chancelier de France*, [s.l.n.], 1777.

*Requête de M. le duc de La Force, pair de France, présentée au Roy le 26 May 1721, [s.l.n.], 1721.*

**RICHER (François)**, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidés*, 16 Tomes, Amsterdam, Rhey, 1771-1779.

**ROSIMOND (Claude-Rose)**, *L'avocat sans pratique*, Paris, [s.n.], 1692.

**SAIGE (Guillaume-Joseph)**, *Catéchisme du citoyen, ou éléments du droit public français...*, [En France, s.n.], 1788.

**SAINT-LAMBERT (Jean-François de)**, *Les saisons, poème*, Amsterdam, [s.n.], 1773.

**SAINT-SIMON (Louis de Rouvroy)**, *Mémoire succinct sur les formalités desquelles nécessairement la renonciation du roy d'Espagne...*, 1712.

**SEDAINE (Michel-Jean)**, *L'huitre et les plaideurs, ou le tribunal de la chicane*, Paris, Herissant, 1767.

**SERENT (Armand-Louis de)**, *Exposition des objets discutés dans les Etats-Généraux de France. Depuis l'origine de la Monarchie*, Londres-Paris, Maradan, 1789.

**SERVAN (Joseph-Michel-Antoine)**, *Discours sur le progrès des connaissances humaines en général, de la morale, et de la législation en particulier...*, [s.l.n.], 1781.

**SIEYES (Emmanuel-Joseph)**, *Déclaration des Droits de l'homme en société, présentée à l'Assemblée Nationale par M. l'abbé Sieyès*, 12 août 1789. Dans : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome VIII, sous la direction de Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879.

ID., *Essai sur les privilèges*, [s.l.n.], 1788.

ID., *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, [s.l.n.], seconde édition, 1789.

**SIMONEL (Dominique)**, *Dissertations sur l'origine, les droits et les prérogatives des pairs de France*, [s.l.n.], 1753.

**STEVENS (John)**, *Examen du gouvernement d'Angleterre comparé aux constitutions des Etats-Unis. Où l'on réfute quelques assertions contenues dans l'ouvrage de M. Adams intitulé : Apologie des constitutions des Etats-Unis d'Amérique, & dans celui de M. Delolme, intitulé : De la constitution d'Angleterre*, Londres-Paris, Froullé, 1789.

**TARGET (Guy-Jean-Baptiste)**, *L'esprit des cahiers, présentés aux Etats-généraux de l'an 1789...*, 2 Tomes, [s.l.n.], 1789.

**TURGOT (Anne-Robert)**, « Second Discours sur l'histoire universelle », *Œuvres de Turgot*, Tome I, Paris, Daire, Guillaumin, 1844.

ID., *Œuvres posthumes...*, Lausanne, [s.n.], 1787.

**VARILLAS (Antoine)**, *Histoire de Louis Onze*, 2 Tomes, Paris, Barbin, 1689.

**VOLTAIRE**, *Dictionnaire Philosophique*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 18, 2, Paris, Garnier Frères, 1878, p. 272.

ID., *Histoire du Parlement*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 16, Paris, Garnier Frères, 1878.

ID., *Correspondance*, dans : *Œuvres complètes...*, Tome 42, 10, Paris, Garnier Frères, 1881.

ID., *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, Genève, [s.n.], 1767.

ID., *Histoire d'Elisabeth Canning, et de Jean Calas*, [s.l.n.d.].

ID., *Prix de la justice et de l'humanité*, Londres, 1777.

ID., *Le cri du sang innocent*, [s.l.n.], 1775.

ID., *Traité sur la tolérance*, Genève, [s.n.], 1763.

**ZAMAN (Jan Pieter de)**, *Exposition des trois états du païs et comté de Flandres, scavoir du clergé, de la noblesse & des communes*, [s.l.], 1711.

**ZEMGANNO, (L.-V., pseudonyme de Luis-Valentin Goetzmann)**, *Les quatre âges de la pairie de la France, ou Histoire générale & politique de la pairie de France*, 2 Tomes, Maëstricht, Dufour & Roux, 1775.



## Table des annexes

---

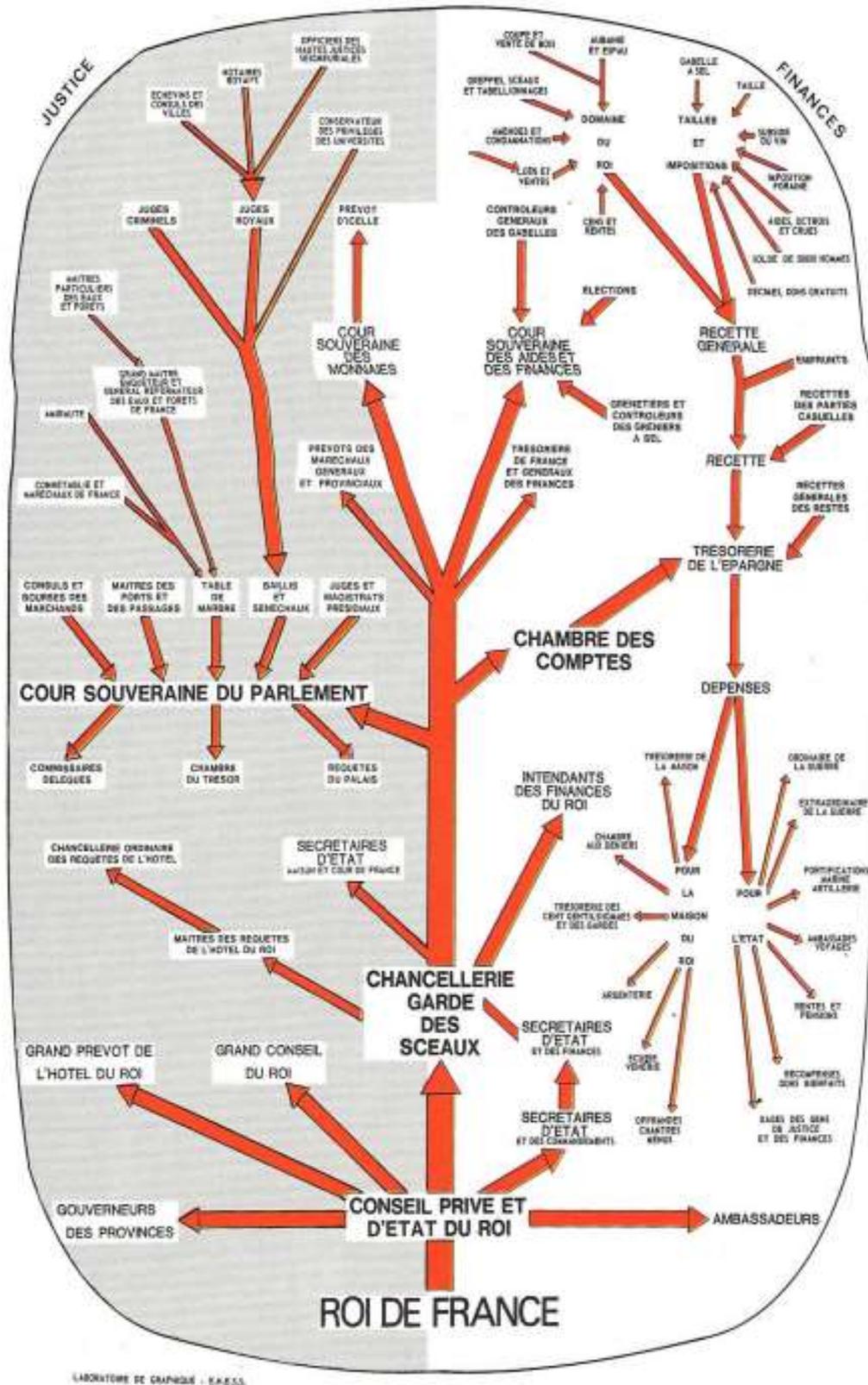
*Annexe 1. Arbre des Etats et Offices de France, par Charles de Figon et reprise graphique faite par Emmanuel Le Roy Ladurie .....p. 621*

*Annexe 2. Exemples de présentation des juridictions dans les traités de procédure d'Ancien Régime.....p. 623*

*Annexe 3. Doléances relatives à la procédure des 23 cahiers du tiers-état pour les états généraux de 1789.....p. 633*







Dans : LE ROY LADURIE, Emmanuel, *L'État royal de Louis XI à Henri IV, 1460-1610*, Histoire de la France, Paris, Hachette, 1987, p. 248.

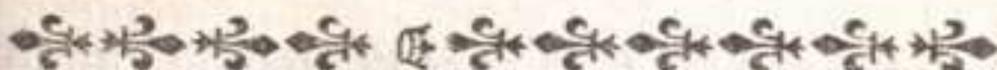


## T A B L E

|   |       |
|---|-------|
| III. Des Justices Royales ordinaires.   | 37    |
| IV. Des Prevôts des Maréchaux, Vice-Bailiffs & Vice Senechaux.  | 63    |
| V. Des Conservateurs des Privileges.  | 65    |
| VI. Des Prevôts des Marchands, Maires & Echevins.   | 67    |
| VII. Des Juges & Consuls, de la Procedure Consulaire, & de leur Competence.   | 72    |
| VIII. Des Tresoriers de France aux Bureaux des Finances, & des Chambres du Domaine.   | 81    |
| IX. De la Jurisdiction des Eaux & Forests.  | 86    |
| X. De la Connestablie, ou de la Maréchaussée, & de Messieurs les Maréchaux de France.   | 100   |
| XI. De l'Amirauté.  | 104   |
| XII. De la Jurisdiction du Grand Pannetier.   | 106   |
| XIII. De la Jurisdiction des Maçons.  | Ibid. |
| XIV. Des Arbures.   | 107   |
| XV. Des Requestes de l'Hôtel & du Palais.   | 111   |
| XVI. Des Parlements.  | 122   |
| XVII. Des Elus, Grenetiers, & autres Juges qui connoissent des Droits des Fermes du Roy, & dont les Appellations ressortissent aux Cours des Aydes. | 142   |
| XVIII. Des Cours des Aydes.   | 149   |
| XIX. De la Prevôté de l'Hôtel & Grande Prevôté de France.   | 152   |

## DES CHAPITRES.

|  |     |
|--|-----|
| XX. <i>Du Grand Conseil.</i>                   | 154 |
| XXI. <i>Des Chambres des Comptes.</i>          | 157 |
| XXII. <i>De la Cour des Monnoyes.</i>          | 160 |
| XXIII. <i>Des Conseils du Roy.</i>             | 163 |
| XXIV. <i>Des Chancelleries,</i>                | 168 |
| XXV. <i>De la Jurisdiction Ecclesiastique.</i> | 172 |



## LIVRE III.

## De la Procédure en general.

|  |     |
|--|-----|
| CHAP. I. <b>D</b> E la procédure en cause principale & d'appel dans les Jurisdictions ordinaires.  | 189 |
| II. <i>De la Procédure qui regarde en particulier les Requestes du Palais &amp; de l'Hotel.</i>  | 229 |
| III. <i>De la Procédure du Parlement.</i>  | 249 |
| IV. <i>Des différentes Procédures, &amp; des incidents qui retardent le jugement.</i>  | 278 |
| V. <i>Des divers incidents qui naissent dans les Causes, Instances ou Procèz en causes principales ou d'appel.</i>   | 288 |
| VI. <i>Des voyes de Droit pour se pourvoir contre les Arrests, ou autres jugemens en dernier ressort.</i>  | 343 |
| VII. <i>De la Procédure au Conseil sur les demandes en cassation d'Arrests, sur les évocations à cause des Parentez &amp; alliances, &amp; le Règlement des Juges.</i> | 361 |

DESMAISONS, François, *Le parfait praticien françois. Reformé suivant l'usage, qui se pratique à present par toute la France...*, Paris, Besoigne, 1678, p. 5-6 (vue).

*Ex libris S<sup>m</sup>. Prædicatorum Parisiensium ad S. generosum*

TABLE DES CHAPITRES  
du parfait Praticien François.

---

LIVRE PREMIER.

|          |  |        |
|----------|--|--------|
| CHAP. I. | <b>D</b> es Juges, & de grez de Jurisdiction.  | PAG. 1 |
| II.      | Des Justices subalternes.  | p. 3   |
| III.     | Des Juge-Consuls de Paris.   | p. 7   |
| IV.      | De la Jurisdiction des Prevost des Marchands, Maires & Eschevins des Villes.                             | p. 10  |
| V.       | De la Jurisdiction des Juges Royaux, ressortissant sans moyen au Parlement de Paris.                     | p. 11  |
| VI.      | De la Jurisdiction des Presidiaux.   | p. 13  |
| VII.     | De la Jurisdiction des Conservateurs Apostoliques, des Privileges Royaux, des Universitez, & des Foires. | p. 19  |
| VIII.    | De la Jurisdiction des Conservateurs des Foires.   | p. 22  |
| IX.      | Des Juges Arbitres & Compromis.  | p. 23  |
| X.       | De la Cour des Monnoyes.   | p. 26  |
| XI.      | De la Jurisdiction des Requestes du Palais.  | p. 30  |
|          | Maniere sommaire de proceder aux Requestes du Palais.  | p. 36  |
| XII.     | De la Jurisdiction des Requestes de l'Hostel.  | p. 45  |
| XIII.    | De la Jurisdiction du Bailliage du Palais.   | p. 48  |
| XIV.     | De la Jurisdiction du Tresor du domaine du Roy.  | p. 49  |
| XV.      | De la Marechaussée & Connestablie de France.   | p. 52  |
| XVI.     | De l'Admiranté de France.  | p. 54  |
| XVII.    | De la Jurisdiction des Eaux & Forests, & Siege des Grands Maistres de la Table de Marbre.                | p. 55  |
| XVIII.   | De la Jurisdiction du Chastelet de Paris.  | p. 59  |
| XIX.     | Des Eleus.   | p. 73  |
| XX.      | De la Jurisdiction du Grand Conseil.   | p. 74  |

à ij

## TABLE DES CHAPITRES.

|  |        |
|--|--------|
| XXI. De la Jurisdiction du Grand Prevost de l'Hotel.   | P. 79  |
| XXII. Du Parlement de Paris.   | P. 81  |
| Maniere sommaire de poursuivre les procès au Parlement, soit aux appellations verbales, soit aux appellations par écrit.                               | 83     |
| XXIII. De la Cour des Aides.   | P. 103 |
| XXIV. De la Chambre des Comptes, & sa maniere de proceder.   | P. 107 |
| XXV. De la Jurisdiction du Conseil-Privé du Roy, d'Etat & Finances; & la maniere de proceder tant en l'un qu'en l'autre.                               | P. 115 |
| XXVI. Traité sommaire des évocations des Cours Souveraines, de quelles personnes, de quels chefs on peut éviquer, & de quelle maniere on les poursuit. | P. 122 |
| XXVII. De la Jurisdiction Ecclesiastique.  | P. 131 |
| XXVIII. De la Chambre Souveraine Ecclesiastique; des decimes du Clergé de France.  | P. 141 |
| Reglement fait par la mesme Chambre pour le payement des decimes.  | P. 144 |
| Taxe des dépens.   | P. 148 |

## LIVRE SECOND.

|   |          |
|---|----------|
| CHAP. I. Des Actions, & de leurs divisions.             | PAG. 169 |
| II. Des actions personnelles.                           | P. 177   |
| III. Des matieres réelle ou petitoire, & revendication. | P. 181   |
| IV. De matiere Feodale.                                 | P. 186   |
| V. Des droits & devoirs Seigneuriaux.                   | P. 195   |
| VI. De Franc-aleu.                                      | P. 197   |
| VII. Du droit d'ainesse.                                | P. 198   |
| VIII. De l'instance de partage.                         | P. 199   |
| IX. Des Servitudes.                                     | P. 204   |
| X. Du retrait lignager.                                 | P. 205   |
| XI. De reddition de compte.                             | P. 214   |
| XII. De benefice d'inventaire.                          | P. 218   |
| XIII. D'obligation.                                     | P. 220   |
| XIV. De possession.                                     | P. 221   |

LANGE, François, *La nouvelle pratique civile, criminelle et benefiale, ou le nouveau praticien françois...*, Paris, Girard, 1694, p. 14-15 (vue).

| TABLE<br>DES CHAPITRES<br>Contenus en cet Ouvrage.  |            |
|---|------------|
| PREMIERE PARTIE.  |            |
| LIVRE PREMIER.  |            |
| CHAP. I. <b>D</b> es Juges & Jurisdictions,   | Page 1     |
| Ch. II. Des Justices subalternes,   | 22         |
| Ch. III. Des Justices Royales en general,   | 35         |
| Ch. IV. Des Chastelains & Prevôts Royaux,   | 36         |
| Ch. V. Des Baillifs & Sénéchaux,  | 45         |
| Ch. VI. Du Prevôt de Paris, du Procureur du Roy du Châtelet, & des<br>Auditeurs du même lieu,   | 47         |
| Ch. VII. De la Jurisdiction du Bailliage du Palais,   | 51         |
| Ch. VIII. De la Jurisdiction des Présidiaux,  | là-même,   |
| Ch. IX. De la Jurisdiction des Conservateurs des Privileges des Uni-<br>versitez,   | 60         |
| Ch. X. De Messieurs les Maîtres des Requêtes de l'Hôtel & de leur<br>Jurisdiction,  | 65         |
| Ch. XI. De Messieurs des Requêtes du Palais & de leur Jurisdiction,   | 70         |
| Ch. XII. De la Jurisdiction du Trésor & du Domaine du Roy,  | 75         |
| Ch. XIII. De la Jurisdiction des Eaux & Forests, & des Sieges des grands-<br>Maîtres, ou leurs Lieutenans au Siege de la Table de Marbre, | 79         |
| Ch. XIV. Du Siege de la Connétablie & Maréchaussée de France à la<br>Table de Marbre,   | 87         |
| Ch. XV. De la Jurisdiction de l'Admiral de France, tant aux Sieges<br>particuliers que generaux,  | 89         |
| Ch. XVI. De la Jurisdiction des Juges, & Consuls des Marchands,   | 93         |
| Ch. XVII. De la Jurisdiction du Prevôt des Marchands & des Echevins<br>de la Ville de Paris,  | 99         |
|   | Ch. XVIII. |

## DES CHAPITRES.

|   |     |
|---|-----|
| Ch. XVIII. De la Jurisdiction du Conservateur des Foires ;  | 100 |
| Ch. XIX. Du Parlement de Paris,   | 101 |
| Ch. XX. Des Jurisdictions, tant Souveraines qu'autres, qui ne connoissent que de certains genres de causes, dont le Parlement ne peut connoître, & premierement du Grand Conseil, | 109 |
| Ch. XXI. Du Grand Prevost de l'Hostel,  | 110 |
| Ch. XXII. De la Cour des Monoyes,   | 111 |
| Ch. XXIII. Des Elus,  | 112 |
| Ch. XXIV. De la Gabelle & des Officiers du Grenier à Sel,   | 117 |
| Ch. XXV. De la Jurisdiction de la Cour des Aydes,   | 118 |
| Ch. XXVI. Des Compromis & Arbitres.   | 119 |

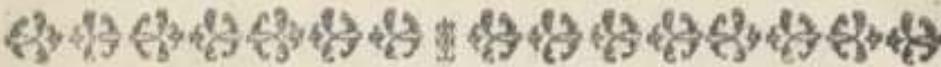
## LIVRE SECOND.

|  |     |
|--|-----|
| CHAP. I. <b>D</b> E la difference des personnes,   | 123 |
| Ch. II. Des Tuteurs & Curateurs,   | 133 |
| Ch. III. De la difference des biens en general,  | 137 |
| Ch. IV. Des biens suivant la premiere division, c'est-à-dire en les considerant par la qualite des personnes auxquelles ils appartiennent, | 138 |
| Ch. V. Des biens suivant la seconde division,  | 148 |
| Ch. VI. Des biens suivant la troisieme division,   | 154 |
| Ch. VII. Des Fiefs & matieres feudales,  | 155 |
| Ch. VIII. Des Heritages tenus en roture ou en censive, & des droits seigneuriaux, dont ils sont chargez,                                   | 166 |
| Ch. IX. Du Franc-Aleu,   | 170 |
| Ch. X. Des biens suivant la quatrieme division,  | 172 |
| Ch. XI. Des Fruits,  | 181 |

## LIVRE TROISIEME.

|  |      |
|--|------|
| CHAP. I. <b>D</b> ES Action en general,  | 184  |
| Ch. II. Des Actions réelles,   | 186  |
| Ch. III. Des Servitudes, & des actions confessoires & negatoires qui se donnent pour raison d'icelles, | 192  |
| Ch. IV. Des Actions hypothecaires,   | 202  |
| [Nouvelle Addition. De la Subrogation aux hypothèques & des novations,                                 | 215] |
| Ch. V. Des Actions possessoires,   | 226  |
| Ch. VI. Des Actions mixtes en general,   | 239  |

GAURET, Jacques, *Stile du Conseil du Roy, suite du stile universel pour l'instruction des Matières Civiles & Criminelles*, Paris, Les Associés, 1700, p. 13-14 (vue).

| <br>TABLE DES TITRES<br>DU STILE DU CONSEIL DU ROY.   |          |
|---|----------|
| <hr/> PREMIERE PARTIE.<br>TITRE PREMIER.  |          |
| Des Reglemens de Juges.   | page 3   |
| SECTION I. <i>Des Juges ordinaires.</i>   |          |
| <i>Du bas Justicier.</i>  | 4        |
| <i>Du moyen Justicier.</i>  | 5        |
| <i>Du haut Justicier.</i>   | la mesme |
| <i>Des Prevosts &amp; Chastelains.</i>  | 7        |
| <i>Des Baillifs &amp; Senechaux.</i>  | 9        |
| <i>Des Parlemens.</i>   | 12       |
| SECTION II. <i>Juges extraordinaires, qui ne connoissent que de quelques matieres de la Jurisdiction ordinaire entre privilegiez seulement, dont les appellations se relevent au Parlement.</i> |          |
| <i>Des Requestes de l'Hostel, &amp; des Requestes du Palais.</i>  | 15       |
| <i>Des Conservateurs des Privileges Royaux des Universitez.</i>   | 20       |
| <i>Des Officiaux.</i>   | 24       |
| SECTION III. <i>Juges extraordinaires, qui ne connoissent que de certaines matieres entre toutes sortes de personnes, dont les appellations se relevent aussi aux Parlemens.</i>                |          |
| <i>Des Tresoriers de France,</i>  | 25       |
|   | 31       |
|   | 31       |
| ē ij  |          |

## TABLE DES TITRES

|               |  |          |
|---------------|--|----------|
|               | <i>Des Eaux &amp; Forests.</i>   | 35       |
|               | <i>De l'Amirauté.</i>  | 45       |
|               | <i>Juges de la Connestablie &amp; Maref-<br/>chaussée de France au Siege de la<br/>Table de Marbre.</i>  | 50       |
|               | <i>Des Prevost des Marchands &amp; Eche-<br/>vins de Paris.</i>  | 53       |
|               | <i>Des Juge &amp; Consuls.</i>   | 54       |
|               | <i>Des Juges conservateurs des Privileges<br/>des Foires.</i>  | 57       |
| SECTION IV.   | <i>Des Prevosts des Marefchaux, Liente-<br/>nans criminels de Robecourte, Vice-<br/>Ballifs &amp; Vice-Marefchaux.</i>   | 58       |
| SECTION V.    | <i>Des Presidiaux</i>  | 59       |
| SECTION VI.   | <i>De la Cour des Monnoyes.</i>  | 60       |
| SECTION VII.  | <i>Des Elections.</i>  | 62       |
|               | <i>Des Maistres des Ports, &amp; Juges des<br/>Traites.</i>  | 64       |
|               | <i>Des Greniers à sel.</i>   | la mesme |
|               | <i>De la Cour des Aydes.</i>   | 65       |
| SECTION VIII. | <i>Du Grand Prevost de l'Hostel.</i>   | 67       |
|               | <i>Du Grand Conseil.</i>   | 68       |
| SECTION IX.   | <i>Jurisdiction des Maistres des Requestes<br/>de l'Hostel au Souverain.</i>   | 70       |
| SECTION X.    | <i>Des Arbitres.</i>   | la mesme |
| SECTION XI.   | <i>Juges devant lesquels il faut se pourvoir,<br/>pour faire regler les contentions de<br/>Jurisdiction</i>  | 72       |
| SECTION XII.  | <i>Des Reglemens de Juges en matiere<br/>Civile.</i>   | 74       |
| SECTION XIII. | <i>Des Reglemens de Juges en matiere<br/>Criminelle.</i>   | 80       |
| SECTION XIV.  | <i>Ce qui se fait pour regler les contentions<br/>de Jurisdiction, 1°. d'entre les Cours de<br/>Parlement &amp; des Aydes de chacun<br/>ressort, 2. d'entre les Chambres d'une<br/>mesme Cour.</i> | 85       |

PIGEAU, Eustache-Nicolas, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes & mise en action par formules*, Tome 1, Paris, Vve. Desaint, 1787, p. 14 (vue).

|  |       |
|--|-------|
| viii   |       |
| T A B L E D E S T I T R E S.   |       |
| SECTION II. <i>Quels sont ceux qui doivent être assignés pour les incapables</i> ,   | 84    |
| SECTION III. <i>Contre qui l'on doit se pourvoir pour les actions qu'on prétend avoir à exercer envers les compagnies, communautés &amp; établissemens</i> , | ibid. |
| —————  |       |
| C H A P I T R E V.   |       |
| <i>Des observations à faire concernant le Tribunal où l'on doit porter la demande</i> ,  | 85    |
| SECTION I. <i>Idée générale de l'administration de la Justice, &amp; de son partage en plusieurs branches</i> ,  | ibid. |
| § 1. <i>De la Justice Ecclesiastique temporelle</i> ,  | 86    |
| § 2. <i>De la Justice Seigneuriale</i> ,   | ibid. |
| Article I. <i>De la Haute-Justice</i> ,  | 87    |
| Article II. <i>De la Moyenne-Justice</i> ,   | 88    |
| Article III. <i>De la Basse-Justice</i> ,  | ibid. |
| § 3. <i>De la Justice Royale</i> ,   | 89    |
| Article I. <i>Première branche de l'administration de la Justice. Du Conseil</i> ,   | ibid. |
| Article II. <i>Deuxième branche de l'administration de la Justice. Des Parlemens &amp; Conseils supérieurs</i> ,   | 90    |
| Article III. <i>Troisième branche de l'administration de la Justice. Des Chambres des Comptes</i> ,  | 92    |
| Article IV. <i>Quatrième branche de l'administration de la Justice. Du Grand-Conseil</i> ,   | ibid. |
| Article V. <i>Cinquième branche de l'administration de la Justice. Des Cours des Aides</i> ,   | 93    |
| Article VI. <i>Sixième branche de l'administration de la Justice. De la Cour des Monnoies</i> ,  | 94    |
| SECTION II. <i>A quelle branche, &amp; quelle partie de cette branche, ceux qui reclament le secours de la Justice, doivent-ils s'adresser</i> ,             | ibid. |
| § 1. <i>Première regle générale</i> ,  | 95    |
| <i>Premier genre d'exceptions à cette regle générale</i> ,   | 96    |
| <i>Second genre d'exceptions</i> ,   | ibid. |
| § 2. <i>Seconde regle générale</i> ,   | 98    |
| <i>Observations sur les deux regles ci-dessus expliquées</i> ,   | 100   |
| <i>Parc civil</i> ,  | 101   |
| <i>Des Présidiaux en général</i> ,   | ibid. |
| <i>Du Présidial du Châtelet</i> ,  | 102   |
| <i>Chambre du Conseil</i> ,  | 103   |
| <i>Chambre Civile</i> ,  | ibid. |
| <i>Chambre Foraine</i> ,   | ibid. |
| <i>Chambre de Police</i> ,   | 104   |
| <i>Parquet</i> ,   | ibid. |
| <i>Chambres du Juge-Auditeur</i> ,   | ibid. |
| TITRE II.  |       |

## Annexe 3

| Cahier         | Nombre de juridictions (royales et seigneuriales) et composition des tribunaux  | Forme d'accéder aux charges et conditions d'entrée   | Procédure civile  | Procédure criminelle  | Demandes spécifiques concernant les procédures de justice  | Demandes spécifiques concernant les privilèges de la province                  |
|----------------|---|--|---|---|--|--|
| <b>Aix</b>     | Deux degrés de juridiction. Suppression des justices seigneuriales, ecclésiastiques, cartulaires, d'attribution, intendances et tous tribunaux d'exception. Moitié des membres doit être du tiers-état. | Abolition de la vénalité. Juges nommés par le roi. En dernier ressort : sur la présentation de ternes faites par les États provinciaux. Dans les tribunaux inférieurs : sur présentation de ternes faites élues par un conseil général de tous chefs de famille. Avoir trente ans (sans dispense d'âge ni de parenté). | Réformation du code civil.  | Réformation du code criminel.   | Suppression de tout privilège de <i>committimus</i> et nulle évocation que pour cause de pauvreté.                                     | Maintien de la constitution de Provence en tant qu'État uni et non subalterne. |
| <b>Alençon</b> | Deux degrés de juridiction. Suppression des hautes justices, circonscription des baillages par paroisse et  | Abolition de la vénalité (avec remboursement préalable). Juges élus par le suffrage des citoyens et confirmés par le roi.  | Réformation de la procédure civile, usage des jurés rétabli. Simplification des | Réformation de la procédure criminelle. Usage des jurés rétabli. Simplification des formes. L'accusé doit | Suppression des offices des huissiers, priseurs-vendeurs, receveurs des consignations, commissaires aux saisies réelles et procureurs. | Établissement des États particuliers dans les provinces pour le maintien       |

|               |  |   |  |  |   |  |
|---------------|--|---|--|--|---|--|
|               | non par fief. Municipalités ont le pouvoir de juger gratuitement en dernier ressort jusqu'à cinquante livres certaines questions.  |   | formes. Les procès appointés seront rapportés en présence des parties et de leurs conseils jusqu'à l'ouverture des opinions. Rétablissement des adjoints aux enquêtes et interrogatoires. Prisons civiles différentes aux prisons criminelles. | avoir la liberté de prendre un conseil au moins après le premier interrogatoire. Instruction publique. Le délit et non le rang doit décider de la peine. Anéantir les effets résultant du préjugé des peines infamantes.   | Abolition des commissions, <i>committimus</i> , des évocations, privilèges de sceau du Châtelet, des universités et toutes lettres de garde gardienne. <i>Habeas corpus</i> . Juge naturel pour les contestations relatives aux impôts et évocations au conseil du roi révoquées.   | de leurs chartes, lois coutumes et usages. |
| <b>Amiens</b> | Deux degrés en matière civile, un seule pour les objets de peu d'importance. Ôter aux juges seigneuriaux la connaissance des affaires contentieuses, leur conserver l'exercice de la police et le droit d'informer et décréter en matière criminelle. Bailliages et sénéchaussées sont juges en première | Abolition de la vénalité. Magistrats des cours supérieures élus par les États provinciaux ; ceux des cours inférieures par les municipalités. Pour les juges inférieurs les conditions sont : parmi les avocats et autres officiers gradués qui auront exercé pendant cinq ans. | Nouveau code civil le plus simple possible, uniforme pout tout le royaume. Motivation des décisions.   | Nouveau code criminel le plus simple possible, uniforme pout tout le royaume. Conseil aux accusés même dans l'interrogatoire. L'instruction doit être faite par trois juges. Interrogatoires et informations doivent être faites « en forme de dialogue ». Jugement en première instance, minimum 5 juges ; en | Que nulle personne ne puisse être jugée que par ses juges naturels ; qu'il ne puisse être établi aucune commission extraordinaire, sauf en cas de parenté de l'accusé avec les juges du lieu (ou autre circonstance de grande considération). Pareil pour les évocations au conseil des affaires contentieuses. Suppression du <i>committimus</i> au grand et au petit sceau, de l'attribution accordée au scel | Pas de précision.                          |

|              |  |  |   |   |   |                   |
|--------------|--|--|---|---|---|-------------------|
|              | instance des affaires civiles personnelles de plus de 100 livres (si elles sont jugées par trois juges) ; et pour les autres causes, plus de 500 livres (si elles sont jugées par cinq juges). Il prône également la conservation des prévôtés dans les bailliages où le ressort est étendu. Système de 2-3 degrés de juridiction. La moitié des places doit être affectée au tiers ordre. |  |   | dernière, minimum 11 juges. L'avis le plus sévère passe seulement à la pluralité de trois voix. Abrogation de la formule « pour les cas résultant du procès ». Abolition de la question préalable.                    | [sic] du Châtelet et aux privilèges des bourgeois de Paris. Les sentences doivent être exécutées par provision. Abrogation de visa et <i>pareatis</i> . Réunion des fonctions d'avocat et procureur. Suppression des offices de jurés priseurs, des receveurs de consignations, du privilège des notaires de Paris. Abrogation des saisies réelles, décrets, ventes par licitation. |                   |
| <b>Anjou</b> | Trois degrés de juridiction : municipalités (jugent sommairement), bailliages et juges souverains. Suppression des justices seigneuriales. Les tribunaux seront composés de manière que le clergé et la  | Abolition de la vénalité des charges. Les juges souverains sont choisis par l'assemblée générale de la province ; les juges des bailliages par les assemblées générales de chacun des ressorts. Le roi confirme. | Rédaction d'un code civil simple, précis et uniforme pour tout le royaume. Exclusion des usages locaux et particuliers et des institutions arbitraires. | Simplification de la procédure. Les accusés ont la liberté de choisir leurs défenseurs. Réduction de la peine de mort au plus petit nombre de cas possible et sans supplices cruels. Confiscation des biens révoquée. | Suppression des commissions, évocations et attributions des sceaux. Motivation des jugements. La loi des substituions sera abolie.  | Pas de précision. |

|                 |  |  |                            |   |   |   |
|-----------------|--|--|----------------------------|---|---|---|
|                 | noblesse puissent avoir la moitié des juges pris dans leurs ordres ; l'autre moitié est au tiers-état.   |  |                            |   |   |   |
| <b>Besançon</b> | Deux juridictions royales : l'une de bailliage en première instance et l'autre des cours souveraines par appel. Suppression des présidiaux, permanence des juges seigneuriaux. La moitié au moins sont du tiers-état. Dans tous les tribunaux de justice, même dans les cours, aucun parent, allié d'un membre ne pourra être élu ni nommé pour y remplir une place, jusqu'au quatrième degré. | Abolition de la vénalité de tous offices de judicature, finance ou municipalité (moyennant remboursement des offices). Les juges sont nommés par le roi sur la présentation de ternes faites par les États de la province. Les membres des tribunaux supérieurs auront trente-cinq ans les conseillers, avocats généraux et substituts ; quarante ans les présidents et procureurs généraux. Ne pourront être admis à ces offices que ceux qui ont exercé pendant cinq ans au moins un office de judicature dans un tribunal inférieur, ou la profession d'avocat pendant dix années. Pas de dispense d'âge, de parenté ou d'alliance. | Réformation du code civil. | Réformation du code criminel. Prescription d'un intervalle entre les arrêts et jugements en dernier ressort prononçant peine afflictive ou peine de mort et leur exécution. | Les substitutions fidéicommissaires seront réduits à deux degrés. <i>Habeas corpus</i> . Ne pourront les cours rendre aucune ordonnance de <i>mandat ni veniat</i> . Suppression des tribunaux d'exception, | Reconnaissance des lois particulières de la province par les États provinciaux. |

|                 |  |  |  |  |   |  |
|-----------------|--|--|--|--|---|--|
| <b>Bordeaux</b> | Qu'un justiciable ne puisse jamais subir trois degrés de juridiction. Acceptation des juges seigneuriaux. Augmentation du pouvoir de juger en dernier ressort pour les juges royaux et seigneuriaux. | Suppression de la vénalité et remboursement des charges. Les juges des seigneurs doivent être gradués (pas de précision pour les juges royaux). Que nul ne puisse occuper des places dans les cours souveraines qu'il n'ait servi dans les tribunaux inférieurs ou exercé la profession d'avocat pendant un certain temps. | Exécution rigoureuse des ordonnances concernant les faillites. Réformation du code civil.  | Etablir l'usage des jurés dans les procédures criminelles, les rendre publiques. Les auditions des accusés et des témoins doivent être prises par le juge assisté de deux commissaires ou assesseurs. Peines proportionnées aux délits/crimes. Suppression de la question et des cachots ou basses-fosses. Accord d'élargissement des accusés en donnant caution (à l'exception de ceux prévenus de crimes importants peine afflictive). | Suppression de toute commission ou évocation au conseil et de toute droit de commission accordé aux commensaux du roi. Juges doivent se conformer à la lettre de la loi. <i>Habeas corpus</i> . Suppression des tribunaux d'exception tels que les eaux et forêts, les élections, les bureaux des finances, les traites foraines. | États généraux chargées de l'administration de la province.              |
| <b>Caen</b>     | Que les degrés de juridictions soient portés et bornés à deux dans tout le royaume, sauf les cas d'appel comme d'abus. Municipalités sont tribunaux de paix.   | Suppression de la vénalité des charges. Pas de précision sur l'élection ou nomination des juges royaux.  | Gratuité de la justice. Rédaction d'un code des lois civiles. Suppression des prises et ventes. Révision de l'édit concernant les hypothèques de | Que les <i>veniats</i> soient proscrits. La peine doit être proportionnée au délit, que les condamnations entraînent la dégradation du citoyen ; que les confiscations   | Demande d'abolition de toutes commissions, droits de <i>committimus</i> et autres privilèges.   | Rétablissement des états provinciaux dans les provinces qui les avaient. |

|                         |   |  |   |   |   |  |
|-------------------------|---|--|---|---|---|--|
|                         | Suppression des juges patrimoniales (hautes justices).                      |  | 1771. Dispositions sur les tutelles des pauvres des campagnes.                              | soient abrogées ; que les parents du condamné soient admis à remplir tous emplois publics. Interdiction aux prévôts de maréchaux de juger aucun procès criminel (ils peuvent informer, décréter et emprisonner mais doivent renvoyer devant le juge ordinaire)        |   |  |
| <b>Clermont-Ferrand</b> | Pas de précision quant aux degrés de juridiction ni aux juges seigneuriaux. | Remédier à la vénalité des charges. Pas de précision quant à l'élection ou nomination des juges. | Que la procédure soit simplifiée, les frais diminués, les retards et les lenteurs prévenus. | Que le serment de l'accusé soit aboli sur les faits de l'accusation. Que l'accusé puisse connaître la procédure, prouver ses faits justificatifs et choisir un conseil après l'interrogatoire subi sur information et décret ; que l'usage de la sellette soit aboli. | Remédier aux abus des lettres de répit, d'État et arrêts de surséance. Suppression des <i>committimus</i> , lettres de garde-gardienne et autres privilèges de déclinatoire de la juridiction ordinaire. Que toutes sommes soient consignées sans frais ; que les charges jurés-priseurs soient supprimés. Suppression des droits de sceau sur les sentences présidiales et sur les arrêts des cours. Dispositions concernant le dépôt des minutes. | Qu'il soit établi des états particuliers dans chaque province. |
| <b>Dijon</b>            | Pas de précision quant aux degrés de  | Abolition de la vénalité des charges de judicature.  | Réformation et simplification de la   | Elaboration d'un nouveau code criminel.   | Les évocations, <i>committimus</i> , droits de bourgeoisie de Paris,  | Que les états de Bourgogne                                     |

|                    |  |  |  |   |   |  |
|--------------------|--|--|--|---|---|--|
|                    | <p>juridiction.<br/>Etablissement des juridictions consulaires. La noblesse héréditaire ne sera plus attachée aux offices de judicature. La moitié des membres des tribunaux supérieurs doit être du tiers-état, sauf les places affectées au clergé. Interdiction de siéger pour les parents jusqu'au quatrième degré, interdiction de lettres de dispense.</p> | <p>Membres des cours supérieures choisis par le concours des membres desdits tribunaux (parlementaires) et la commission intermédiaire provinciale. À l'égard des bailliages, ils sont choisis par le concours des officiers qui les composent et les officiers municipaux. Dans les deux cas, le roi les nomme.<br/>Conditions : à l'égard des tribunaux supérieurs : âgés de trente ans, avoir fait pendant dix ans la profession d'avocat ou servi cinq ans dans un bailliage. À l'égard des bailliages : âgés de vingt-cinq ans, avoir exercé la profession d'avocat pendant cinq ans (avec des exceptions).</p> | <p>procédure. Gratuité. Conservation du ressort du parlement de Dijon. Les juges royaux (au moins 3 juges) peuvent décider sans appel de toutes matières sommaires au-dessous de 50 livres. Fixation de la durée de l'action et le privilège des collecteurs contre les contribuables. Prescription des droits seigneuriaux et fonciers en cinq ans.</p> | <p>La nature des peines sera déterminée par la nature du crime. Tous les accusés peuvent avoir un défenseur. Le juge instructeur doit être assisté de deux officiers du siège. Les sujets emprisonnés pour léger délit ou dettes peuvent donner caution pour être libérés. La confiscation sera abolie. Il sera pourvu à l'indemnité des accusés reconnus innocents. Connaissance du délit de contrebande aux juges ordinaires. Reconnaissance des récusations.</p> | <p>privilège de la conservation de Lyon, et toutes distractions de ressort seront abolies. Intendants et commissaires départis seront supprimés et leurs contentieux dévolus aux tribunaux ordinaires. Offices de jurés priseurs et de receveur général seront supprimés.</p> | <p>soient organisés de la même manière que celle de Dauphiné. Qu'il soit érigé dans la ville de Beaune un présidial.</p> |
| <b>La Rochelle</b> | <p>Un seul degré de juridiction pour les justices seigneuriales (après, l'affaire passe à la juridiction royale). Pas de précision pour</p>  | <p>Condamnation de la vénalité des offices et demande de remboursement aux titulaires. Pas de précision quant à la nomination ou élection des juges.</p>   | <p>Réformation de l'ordonnance civile, abréviation des procédures et diminution des frais. Accentuation de la juridiction des</p>  | <p>Révision de l'ordonnance criminelle. Qu'il ne soit plus permis aux juges de procéder aux interrogatoires et autres actes de l'instruction qu'assisté</p>   | <p>Abolition des commissions et des évocations, des lettres de <i>committimus</i>. Exécution des ordonnances concernant les droits de fuye, de chasse et de garenne. Réunion de tous les tribunaux d'exception en un</p>  | <p>Suppression des intendants et restitutions du contentieux aux tribunaux originaires chargés, états</p>                |

|              |  |  |  |  |  |  |
|--------------|--|--|--|--|--|--|
|              | les degrés dans la justice royale.   | Officiers de justice doivent être majeurs de vingt-cinq ans et avoir exercé pendant cinq ans la profession d'avocat ; sans dispense pour les deux cas. | causes sommaires (jusqu'à 100 livres).<br>Compétence des juges consuls jusqu'à 2000 livres.<br>Augmentation de la compétence des présidiaux. | de deux autres juges ; qu'ils ne puissent rendre de décret de prise de corps e d'ajournement personnel que de l'avis de deux juges ; qu'il soit donné conseil à l'accusé dès l'origine de l'instruction. Dans certains cas le juge peut prendre seul le premier interrogatoire mais cette pièce ne pourra jamais avoir le caractère de pièce de conviction dans le procès.<br>Proportionnalité entre le délit et la peine.<br>Suppression des peines infamantes. | seul. Abolition des lois pénales sur le fait des contrebandiers et réhabilitation des condamnés en cette qualité. Suppression de l'amirauté générale. Suppression des charges d'huissiers, jurés-priseurs, vendeurs de meubles, etc. | provinciaux en charge de l'administration de la province.  |
| <b>Lille</b> | Pas de précision quant aux juges seigneuriales et royales. Référence à la compétence des juges consuls (jusqu'à concurrence de 1500 livres). | Pas de précision.  | Simplification dans l'administration de la justice civile.   | Refonte totale de l'ordonnance criminelle de 1670. Par provision : abolition de l'usage de la sellette, des condamnations sans énonciations des crimes, des peines arbitraires, du   | Suppression de toutes évocations hors des tribunaux de province. Abolition de toutes commissions particulières et des attributions extraordinaires. Interdiction de tout contentieux aux intendants.                                 | Abolition du droit de franc-fief dans la Flandre Wallonne. Suppression de plusieurs droits (passage de |

|                  |   |   |   |   |  |   |
|------------------|---|---|---|---|--|---|
|                  |   |   |   | bannissement, communication de la procédure à un conseil chargé de la défense de l'accusé.                            |  | Condé, sur les cuirs et peaux noires, de l'impôt établie en 1759, de tonlieu à Gravelines, sur les huiles entre autres). Réduction de plusieurs droits. |
| <b>Marseille</b> | Considérer les avantages de l'abolition des justices seigneuriales, qui soumettent les sujets du Roi à trois degrés de juridiction. Pas de précision sur les justices royales, sauf pour les consulaires. | Suppression de la vénalité des charges de judicature. Pas de précision quant à la manière d'accéder.  | Premiers juges compétence jusqu'à 300 livres sans appel et jusqu'à 500 livres nonobstant appel. Publicité de l'instruction civile. Abréger les formes, motiver les jugements sans surcharge de frais. | Réformation du code criminel, modération des peines. Donner conseil à l'accusé, rendre l'instruction publique.        | Suppression des commissaires départis, lieutenants généraux des provinces, commandants en second, etc. Suppression de tout tribunal d'attribution et d'exception pour les affaires des fermes. | Conservation du privilège de <i>non extrahendo</i> , pour les prémunir contre le fléau des évocations et <i>committimus</i> .                           |
| <b>Metz</b>      | Pas de précision quant aux juridictions royales. Acceptation des hautes justices seigneuriales.   | Il sera envoyé au roi chaque année une liste faite par des officiers royaux de l'avis des notables du pays. Pas de précision sur la vénalité des offices. | Réformation des lois civiles. Dispositions sur les hypothèques, les faillites ou banqueroutiers.  | Réformation des lois criminelles. Ne pas admettre des distinctions dans les peines par rapport aux différents ordres. | Suppression du grand conseil, des commissions de Reims, Saumur et Valence, et des fermiers. Celle des cours, tables de marbre au souverain, chancelleries près des cours et                    | Rétablissement ou formation des états provinciaux   |

|                      |   |   |  |  |  |   |
|----------------------|---|---|--|--|--|---|
|                      |   | Qu'aucun sujet ne soit reçu dans un bailliage qu'après cinq ans d'exercice et d'assiduité au barreau. Qu'aucun sujet ne soit admis dans les tribunaux supérieurs qu'après dix ans d'exercice, soit comme avocat, soit comme juge. |  | Abolition du droit de confiscation.  | des présidiaux, toutes commissions particulières. Supprimer les évocations exceptées en cas d'alliance ou parenté. Suppression du droit de <i>committimus</i> . Suppression de la juridiction contentieuse de la cour des monnaies de Paris. Que les offices de jurés-priseurs soient supprimés. Que les décisions des juges soient exécutées sans besoin de placet, visa ou <i>pareatis</i> . |   |
| <b>Ville de Lyon</b> | Pas de précision.   | Suppression de la vénalité des charges. Tribunaux et chambres de commerce doivent élire leurs membres (élection par les pairs). Pas de précision quant aux autres juges.  | Réforme des lois civiles. Plusieurs demandes relatives au commerce.  | Réforme des lois criminelles.  | Suppression des tribunaux d'exception ; établissement dans chaque généralité d'une cour souveraine. Attribution de toutes matières fiscales et domaniales aux juges ordinaires, sans que le conseil puisse connaître.  | La loi doit déterminer les fonctions, attributions et régime des assemblées d'état provinciales et municipales. |
| <b>Montpellier</b>   | En matière civile et criminelle n'aura plus de deux degrés de juridiction. Suppression des justices seigneuriales | L'élection des officiers municipaux sera faite par la voie du scrutin et la pluralité des suffrages (pas de précision ni quant aux juges ni quant à la vénalité).   | Création d'un règlement général pour la procédure civile pour abréger les délais, simplifier les formes, exclure | Création d'un règlement général pour la procédure criminelle, pour la restreindre au cas de vrais délits, proportionner la peine | Suppression de tous tribunaux d'exception, commissions extraordinaires, privilèges, <i>committimus</i> . La compétence des présidiaux doit être augmentée (pareil pour les   | Réformation des états provinciaux de Languedoc.   |

|               |  |  |   |   |  |  |
|---------------|--|--|---|---|--|--|
|               | (conservation aux seigneurs justiciers des droits utiles et honorifiques).   | Officiers ayant provision, admis seulement après un examen rigoureux de leur capacité, une enquête de leur vie, mœurs et fortune suffisante pour les maintenir dans un honnête désintéressement. | les préférences dans l'ordre des jugements, fixer la subordination des juges inférieurs à l'égard des supérieurs. | au délit, pour respecter la liberté lors des accusations ne méritant pas une peine afflictive, pour faire marcher de manière égale l'accusation et la défense, pour rendre publique toute la procédure, pour que dans tous les jugements préparatoires les opinions des juges soient prononcées à voix haute, pour que le condamné ne soit pas exposé à aucune humiliation. | juges consuls). Suppression des offices de greffier aux encans et de jurés-priseurs. Suppression des frais ou droits de vérification et sabatines.   |  |
| <b>Nantes</b> | Pas de précision quant au nombre de degrés de juridiction. Suppression des justices seigneuriales. Développement des justices de paix. | Les charges de juges seront accordées à ceux qui réuniront le suffrage de leurs concitoyens. La vénalité soit être abolie.   | Réforme des lois civiles, de la coutume de la province et suppression des usages locaux.                          | Réforme des lois criminelles. Défense aux juges supérieurs de décréter sans envoyer devant le juge de première instance et de prononcer aucun arrêt commis sous le nom de <i>veniat</i> . Motivation des arrêts. Abolition du   | Suppression des juridictions d'attribution, même les intendances et chambres des comptes – à l'exception des juges consuls. Les juridictions de police seront distraites aux municipalités et réunies aux ordinaires. Les arrêts d'évocation et les arrêts sur requête seront interdits dans | Conservation des droits, franchises et libertés de la province de Bretagne, consignés dans les contrats de mariage de la duchesse Anne |

|                |  |  |  |   |   |  |
|----------------|--|--|--|---|---|--|
|                |  |  |  | serment des accusés. Ils seront admis à fournir les faits justificatifs dans tout le cours de l'instruction il leur sera permis dans tous les cas de reprocher les témoins ; passé le premier interrogatoire il leur sera donné un conseil. Les accusés déclarés innocents en première instance ne pourront être traduits immédiatement devant le juge d'appel, ils doivent être élargis sitôt la décision. | tous les tribunaux et le droit de <i>committimus</i> aboli.   | ave le roi Charles VIII et Louis XII, les lettres d'union de la province à la couronne et dans les autres chartes et contrats faits avec les Rois de France. |
| <b>Orléans</b> | Pas de précision quant au nombre de juridictions. Acceptation des justices seigneuriales moyennant leur réduction et contrôle. Plusieurs dispositions pour l'instauration et augmentation de | La vénalité des offices sera supprimée et l'établissement des juridictions et le choix des officiers seront faits d'après les formes indiquées par les mémoires qui seront fournis aux États généraux et par eux arrêtées. | Qu'il sera procédé à la confection d'une nouvelle ordonnance civile. Elaboration d'un règlement concernant la procédure de vente de biens. | L'ordonnance de 1670 sera revue et corrigée. Les plaintes seront répondues par les sièges assemblés, les décrets rendus au nombre de trois juges. L'instruction criminelle peut être faite par les lieutenants ou leurs suppléants qu'en  | Limiter la juridiction du conseil du roi. Défense d'évocations. Suppression de la juridiction contentieuse des commissaires départis dans les provinces. Les droits du sceau en chancellerie royale ou des princes apanagés seront réduits et modérés. Les droits de foi et hommage réduits par | États provinciaux dans chaque généralité.  |

|                            |   |  |  |  |   |   |
|----------------------------|---|--|--|--|---|---|
|                            | pouvoirs de certains juges en seul instance.              |  |  | présence d'un assesseur. Après le recollement et l'interrogatoire, il doit être donné un conseil à l'accusé. Nouveau code pénal pour abroger la question préalable (sauf quelques exceptions). Les supplices seront adoucis. En tout moment les accusés seront admis à proposer leurs faits justificatifs. Serment des accusés, confiscation des biens abrogés. Les condamnations doivent passer avec deux tiers des voix. Le plus amplement informé ne pourra pas dépasser les trois ans. | des tarifs enregistrées. L'impôt de huit sols pour livre dans l'administration de justice supprimé. Droit et lettres de <i>committimus</i> , privilèges de scolarité, lettres de gardes-gardiennes (avec exceptions), seront supprimés. Attributions faites au grand conseil (causes de congrégations et bénéficiers et toutes autres) seront supprimées. |   |
| <b>Paris hors les murs</b> | Pas de précision. Suppression des justices seigneuriales. | Suppression de la vénalité des charges. La nomination des juges appartient au roi. Ceux des cours supérieures sont présentes en ternes par les états généraux. | Rédaction d'un code unique, clair et précis. Prescription trentenaire contre toutes personnes indistinctement. | Un code pénal plus doux, qui proportionne les délits aux peines. Peine de mort seulement pour les crimes les plus graves. Egalité des  | Simplification de la procédure. Conservation des justices consulaires. Suppression des tribunaux d'exception (notamment des maîtrises des eaux et forêts et   | Etablissement d'assemblées provinciales et des assemblées secondaires et municipales. |

|                         |                   |  |  |  |   |   |
|-------------------------|-------------------|--|--|--|---|---|
|                         |                   |  | Abolition de toute substitution (à la réserve d'un seul degré et seulement pour les immeubles réels). Abolition des retraits féodaux et lignagers.   | peines pour tous les citoyens. Distinction des juges des faits et des juges qui appliquent la loi. Abolition de la question, de la sellette et des cachots. L'accusé peut se choisir sa défense et doivent s'établir des défenseurs gratuits. Motivation des décisions et abrogation de la formule pour le cas résultat du procès. Abolition de la confiscation des biens. | des tribunaux des chasses).<br>Suppression des <i>committimus</i> et des gardes-gardiennes, des évocations de grâce, de droit de suite, d'attribution du scel. Toutes justices seront composées d'au moins trois juges. Suppression des jurés-priseurs. |   |
| <b>Paris intramuros</b> | Pas de précision. | Le pouvoir judiciaire est exercé par des tribunaux composés de membres absolument indépendants de tout acte du pouvoir exécutif (pas d'autres précisions). | Création des juges de proximité pour les contestation journalières (sans frais et sans appel) de moins de 25 livres. Les rapports d'instance ne peuvent se faire qu'en présence des parties et leurs défenseurs. Les | Aucun citoyen ne peut être arrêté sans un décret émané du juge compétent (exception du flagrant délit ou clameur publique). Nul ne pourra être décrété de prise de corps que pour un délit qui emporte peine corporelle. Droit de l'accuser de se choisir un conseil. Suppression  | Abolition de toutes commissions extraordinaires, du conseil, des commissaires départis, des chambres ardentes et tous tribunaux d'exception.  | Instauration d'assemblées provinciales. |

|              |   |  |  |  |   |   |
|--------------|---|--|--|--|---|---|
|              |   |  | <p>juges seront tenus d’opiner en voix haute et de motiver les dispositions essentielles de leurs jugements. Les épices et vacations seront supprimées. Les arrêts de défense ne seront accordés qu’à l’audience. En cassation, le roi ne peut juger le fond de la contestation.</p> | <p>du serment de l’accusé. Publicité des procédures criminelles. Séparation du jugement de fait et du droit. Instauration des jurés. Motivation des décisions. Formule hors de cour supprimée. Réparation des accusés reconnus innocents. Suppression de la confiscation des biens. Modération des lois pénales. Peine de mort réservée aux crimes les plus atroces. Usage de la sellette aboli.</p> |   |   |
| <b>Reims</b> | <p>Pas de précision quant aux degrés de juridiction. Acceptation des justices seigneuriales. Augmentation de compétence des présidiaux pour juger sans appel.</p> | <p>Que les tribunaux soient composés de juges éclairés et non suspects, sans que l’autorité ne puisse jamais donner des juges de son choix. Quant aux conditions d’entrée, pas de précision pour les juges. Pour l’office de notaires (royaux ou seigneuriaux), ils doivent justifier de cinq ans de travail</p> | <p>Réformation des lois civiles. Que les présidiaux soient dispensés de juger leur compétence en matière civile ; pareil pour les bailliages sous certaines conditions (trois juges, actions purement</p>  | <p>Réformation des lois criminelles. <i>Habeas corpus</i>. Suppression des commissions contre les contrebandiers.</p>  | <p>Suppression de toutes commissions, évocations générales et particulières, <i>committimus</i>, garde-gardienne, privilèges des bourgeois de Paris, sceau des châtelets, privilège des ecclésiastiques. Défense d’accorder aux ministres de lettres de surséance ou arrêts de su conseil du roi. Demande</p> | <p>Que les états provinciaux soient autorisés de concert avec les bailliages royaux à faire une nouvelle division et arrondissement des bailliages.</p> |

|               |   |  |  |   |   |   |
|---------------|---|--|--|---|---|---|
|               |   | chez un notaire ou procureur et subir un examen devant les juges du ressort.   | personnelles jusqu'à 100 livres).  |   | d'un tribunal souverain dans chaque province. Réduction des procureurs et des huissiers. Suppression des offices de jurés-priseurs et des greffiers experts.  |   |
| <b>Rennes</b> | Deux degrés de juridiction comme fondement nécessaire de la liberté civile. Suppression des justices seigneuriales. Création des juges de paix. | Vénalité des offices supprimée. Tous les juges seront élus par les justiciables dans une forme réglée par les États généraux.          | Réformation du code civil, les formes superflues élaguées, la procédure réduite, la chicane réfrénée. Droits bursaux proscrits. Suppression des formalités concernant les mineurs. Dispositions sur le retrait lignager et les testaments. | Abrogation du code criminel et substitution d'une forme plus naturelle et simple. Admission du jugement par jurés.  | Suppression des lettres de cachet, ordres des gouverneurs et commandements militaires contraires à la liberté. <i>Habeas corpus</i> . Formalités de l'emprisonnement. Suppression des juridictions d'attribution (sauf amirautés et consulats). | Les états provinciaux auront pour les lois provinciales, les impositions locales, leurs emprunts et destination de leur fonds, les mêmes droits que les états généraux. |
| <b>Rouen</b>  | Pas de précision. Augmentation des compétences sans appel des juges royaux.   | Suppression de la vénalité. Les cours souveraines doivent être composées de sujets élus et présentés au Roi par les États provinciaux. | Qu'il soit procédé à la réforme des lois civiles et des formes judiciaires de manière à simplifier les procédures, à en abrégé les lenteurs, à diminuer les frais,   | Qu'il soit procédé à la réforme du code pénal et de la procédure criminelle, que l'instruction soit publique, que les accusés puissent être défendus, qu'aucun juge | Suppression d'évocations illégales, des commissions extraordinaires, arrêts de surséance, sauf-conduits et abus des lieux privilégiés. Suppression des tribunaux d'exception. Qu'il soit établi une chambre souveraine pour                     | Les états provinciaux doivent être définis par les états généraux en leur composition et fonctions.   |

|                 |  |  |   |   |   |  |
|-----------------|--|--|---|---|---|--|
|                 |  |  | à faciliter et accélérer la reddition des jugements. Qu'on proscrive la jurisprudence des arrêts. | ne puisse seul faire l'instruction ni prononcer seul un décret de prise de corps, que la peine de confiscation et les supplices cruels soient abolis. | juger les affaires de commerce par appel de tous les juges consulaires. Distinction entre police administrative et police contentieuse.   |  |
| <b>Toulouse</b> | Fixer les degrés de juridiction à deux. Pas de précision quant aux juridictions seigneuriales. | Pas de précision quant à la forme d'accéder. Les officiers pourvus de charges de magistrature sont déclarés inamovibles (sauf en cas de forfaiture). | Rectifier les lois civiles, forestières et de chasse et reformer les abus.                        | Rectifier les lois criminelles. <i>Habeas corpus</i> .  | Suppression des lettres de cachet sauf deux cas (familial ou individu suspect par le gouvernement avec formalités en aval). Abolition de toute attribution, commission particulière ou évocation hors les cas de parenté. | Maintenir la ville de Toulouse dans le droit d'avoir le parlement dans son enceinte, en exécution des clauses substantielles des contrats sur la foi desquels la province de Languedoc et le comté de Toulouse ont été unis à la couronne. |



## Index nominum et rerum

---

### A

*Actor sequitur forum rei* (compétence du juge),  
283-286, 358

Aguesseau (Henri-François d'), 60, 65, 108, 122,  
131, 139-140, 159-162, 205, 222, 227, 231-235,  
238, 296, 307, 310, 316, 350, 403, 409

Alciat (André), 84, 175

Argenson (René Louis de Voyer de Paulmy,  
marquis d'), 100, 347, 387, 398

Aristote, 17-18, 21-22, 57-58, 66, 143, 162, 273,  
433

Arrêts de règlement, 101

Assemblée de trois ordres, 124, 400

Assemblée nationale, 404-406, 458-463, 466, 471,  
474, 475, 477-478, 480

*Auctoritas*, 105, 111, 273, 311

Augustin d'Hippone, 19-20, 112

Aveu (preuve), 130, 153-155, 296-297, 487

Avocats (responsabilité des) 371-376

Ayrault (Pierre), 59, 138, 142, 144, 148, 152-153,  
186, 231, 298, 301, 305-306, 310-311, 313, 350

### B

Beccaria (Cesare), 410, 413-414, 442, 452

Bernardi (Joseph), 158-159, 166, 244, 292, 394,  
401, 415-417, 419, 448, 450

Bodin (Jean), 43, 49, 53, 56-58, 63, 85, 98, 104-  
105, 111, 113, 117, 119-122, 130-131, 180, 186,  
201, 212-213, 230, 238, 274, 322, 330, 332,  
386, 442,

Budé (Guillaume), 84, 95, 102

Burlamaqui (Jean-Jacques), 58, 387-389, 392, 409,  
438

### C

Cahiers de doléances, 45, 97, 191, 210, 327, 459-  
466, 485

Cassation (recours), 24, 97, 183, 195, 216, 217,  
220-226, 239, 272, 317, 326, 484

Castel de Saint-Pierre (Charles-Irénée), 385-386

Causes célèbres (littérature), 298, 324, 369, 422-  
426

Chambres ardentes, 187, 344, 464

Charles VII, 71-72, 203, 205, 366

Charte constitutionnelle de 1814, 473

Chicane, 64, 264, 347, 351, 365, 368-372, 374-376

Chose jugée, 239, 318, 361

Cicéron, 18-20, 68, 188

Colbert (Jean-Baptiste), 100, 105, 155, 184, 194,  
341, 344

Commission (de justice), 97, 106, 117, 161, 173,  
180, 186-197, 210, 223-224, 230, 240, 244, 246,  
265, 268-269, 279, 293-294, 311, 334, 338-342,  
345, 349, 362, 388, 411, 444, 464, 471, 474-475

*Committimus* (privilege de), 97, 181, 284, 286,  
346, 358, 450-451, 464-465

Conseil du roi, 60-61, 64, 72, 102, 124, 192, 197-  
198, 211-226, 232-233, 235, 239, 246, 253, 261,  
269-270, 291, 295, 320, 326, 346-347, 350, 358,  
461

Constant (Benjamin), 14-15, 23, 435, 496

Constitution (sens politico-juridique), 13, 18, 24,  
39, 45-46, 66, 93, 100, 162-164, 171, 177, 200,  
202, 216, 267-272, 348, 381, 387-389, 391-392,  
396, 399, 405, 411, 431, 460-461, 469-473, 482,  
485, 489, 495

Constitution de 1791, 470

Constitution de 1793, 472

Constitution de 1795, 473

Constitution de 1799, 473

Contrainte par corps, 363, 415-416, 425

Cours souveraines, 39-41, 44, 64, 79, 97, 101-109,  
116, 118-128, 135, 141, 147-148, 167, 178, 182-  
183, 187-188, 195-197, 201-205, 211-227, 232,  
234, 245, 248, 251, 254, 258, 267, 277, 288,  
294, 318-320, 324-325, 342, 348, 356, 358, 389,  
399, 455-456, 462

Coutume, 41, 67-80, 83-84, 90, 96, 100, 135, 144,  
164, 196, 234-235, 274, 277, 322, 353-354, 359-  
362, 364, 367, 372, 438, 446, 492-493  
*Curia regis*, 101, 169, 211, 221, 316, 491

## D

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen  
de 1789, 45, 272, 276, 466-470, 484,  
Délégation, 40, 53-67, 69, 74-75, 79-80, 102,  
106, 176, 231-232, 236-237, 246, 271, 273-274,  
393, 419, 457, 461, 478, 492  
*Digeste*, 21, 82  
*Digna vox* (Constitution), 195, 273  
Domat (Jean), 65, 131-132, 142, 144, 162, 311-  
312, 433  
*Dominium*, 85, 129, 443  
Droit au procès équitable, 25, 459, 466, 491, 496  
Droit coutumier, 36, 41, 67, 71-77, 85, 100, 274,  
493  
Droit naturel, 46, 63-64, 120, 152, 157-159, 257,  
263-267, 281, 292, 307, 311, 322-323, 379, 442,  
444-445, 494  
Dumoulin (Charles), 73, 76, 100, 134  
Dupont de Nemours (Samuel), 66, 440-441

## E

Enquête (technique de la), 22, 31, 67-71, 74, 77-79,  
114-115, 117, 122, 137, 149, 256, 273-274, 295,  
306, 317, 321, 362-363, 401, 429, 483  
Enregistrement (procédure de), 102-109, 123, 127,  
183, 215, 232, 244, 248, 269, 400, 452, 462, 494  
États généraux, 41, 84, 86, 91, 94-101, 105-106,  
183, 187, 191-192, 210, 266, 269-272, 284, 342,  
385, 391, 397, 399-406, 458-462, 489  
États provinciaux, 63, 461, 464  
Évocations, 39, 175, 177, 191-197, 208, 222, 232,  
239, 250, 264, 272, 311, 345-350, 411, 464,  
475, 488  
Extraordinaire (justice), 44, 97, 115, 147, 150-153,  
181, 186-190, 230, 316, 324, 328-330, 333-334,  
337, 339, 342-343, 349, 354-355, 357, 411, 416,  
421, 452-453, 474, 488

## F

*Factum*, 44, 427-432. Voir mémoires judiciaires  
Formalités, 19, 27, 33, 47, 59, 79, 138-139, 141,  
149, 151, 156, 158-159, 164-167, 227, 264, 270,  
274, 282, 293-294, 299-301, 306-315, 318-319,  
325, 332, 335, 338-339, 351, 362, 365-366, 370,  
374, 376, 408, 417, 433, 453, 463, 473, 488,  
492, 494  
Forme, 13-27, 29-35, 51, 56, 64, 76, 101, 108, 145,  
152-154, 163, 203, 215, 218, 267, 269-271, 275,  
291, 307-308, 321, 335, 383-384, 386, 390, 392,  
394-395, 398, 400, 404, 406, 418, 420, 462,  
468, 473, 480, 492  
Forme de procéder, 420  
Formes judiciaires, 21, 23, 229, 234, 239, 242,  
246-247, 262, 265, 268, 274-275, 277, 309, 350,  
417, 451, 472, 478, 488  
Formes juridiques, 15, 19-27, 31-35, 62, 70, 76,  
85-86, 109, 135, 152, 227, 231, 251, 256, 263-  
264, 273-275, 318-319, 335, 351, 376-377, 380,  
412, 433, 466, 470, 473-474, 477, 488, 491,  
493, 495-496  
Francs, 89-91, 243  
Fronde (la), 99, 107, 125, 176-177, 188, 193, 236,  
251, 259

## G

Garde-gardienne (lettres de), 286, 358, 464  
Grand Conseil, 178, 195, 197, 199-211, 215, 232,  
235, 253-254, 264, 268, 357, 464  
Grands jours, 291, 343-345

## H

Henri IV, 85, 88, 191, 194, 288, 342  
Honneur, 65, 151-152, 161-162, 164, 181, 228-233,  
236-250, 253, 262, 264, 266, 269, 291, 314, 323-  
324, 327, 373-374, 412, 429, 431, 468, 484, 494  
Hotman (François), 43, 85, 88-89, 92  
*Humanum esse* (Constitution), 60

## I

Imbert (Jean), 148, 151, 301  
*Imperium*, 85

Impôt, 62-63, 234, 266, 270-271, 449, 461  
 Inamovibilité (des officiers), 180, 182, 230, 235-238, 243, 258, 268, 344, 465, 476  
 Instruction (procédure), 148, 153, 159, 161, 218, 231, 247, 249-250, 255, 264-265, 275, 305-311, 315, 321, 325, 341, 370, 413, 418-420, 426, 441, 452-453, 456, 471, 475, 478, 480-481, 483, 488  
 Isidore de Seville, 20-21, 68

## J

Jhering (Rudolf von), 13-15, 23  
 Joly (Claude), 99, 107, 117, 188  
 Jousse (Daniel), 299, 307, 313, 318, 356-358, 360-362  
*Judex loci delicti* (compétence du juge), 285-286  
 Juge naturel, 42, 211, 246, 268, 275, 283-287, 337, 346, 464, 471, 474  
 Jugement de Dieu, 30, 130  
 Jugement par les pairs, 39, 243-244, 275, 286  
 Juridiction ordinaire, 173-178, 201, 217, 230-231, 275, 346, 355, 465  
*Jurisdictio*, 83, 85, 128-129, 143, 153, 170, 172-176, 179-181, 184, 187, 189-190, 192, 198-199, 204-205, 209-210, 212, 216, 219, 222, 230, 277, 345, 353, 447  
 Jury, 479-483, 495  
 Justinien, 19, 21, 81-82, 84, 86

## L

La Roche-Flavin (Bernard de), 106-107, 122, 175, 181, 188, 192, 201-202, 205, 208, 213, 233, 322, 374  
 Lamoignon (Guillaume de), 64, 155-159, 167, 227, 293  
 Le Bret (Cardin), 59, 86, 99, 117, 332, 345  
 Le Caron (Louis), 58, 105, 116, 120, 138, 307, 348  
 Le Mercier de La Rivière (Pierre-Paul), 308, 440-441, 443  
 Le Trosne (Guillaume), 292, 308, 443-445  
 Légalité, 25, 33, 54, 134, 216, 230, 274, 305-310, 408-409, 411-413, 416, 436, 440-442, 466, 469, 471, 488

Lettres de cachet, 182, 252, 257-263, 266, 272, 411, 428-429, 444, 463, 467, 488  
 Lettres de clémence, 326-327  
*Lex consensu populi fit*, 92, 383, 460  
*Lex regia*, 81-87, 102, 391  
 Libéralisme, 14, 37  
 Libertés publiques, 15, 32, 34-35, 37-38, 43, 46, 52, 227, 434, 485  
 Locke (John), 385-386, 433, 436, 443, 485  
 Loi des 16 et 24 août 1790, 477-478, *Voir* Loi sur l'organisation judiciaire  
 Loi salique, 89-90, 386, 389  
 Loi sur l'organisation judiciaire, 475-476  
 Lois fondamentales, 41, 45, 86, 93, 97, 119, 124, 162, 267, 270, 272, 381, 384, 388-389, 439, 489  
 Longueur (du procès), 157-158, 164, 320, 322, 370, 413, 416-418  
 Louis IX (Saint), 69, 101, 133, 135, 169, 179, 273, 290  
 Louis XI, 179, 290, 337-338  
 Louis XII, 133, 191, 199, 205  
 Louis XIII, 58, 61, 86, 99, 106-107, 123, 125, 176, 182-183, 188, 194, 213, 218, 224, 288, 331-332, 334, 339, 342  
 Louis XIV, 60, 63-64, 77, 100, 102, 118, 143, 155, 165, 177, 184, 187, 194, 224, 259, 288, 292-294, 305, 340, 343-344, 353, 360, 385, 387, 407-408, 410, 415, 478, 489  
 Louis XV, 177, 195, 202, 210, 398, 408  
 Louis XVI, 415  
 Loyseau (Charles), 117, 134, 180-181, 186, 448  
 Lumières (pensée des), 45, 227, 292, 379, 381, 391, 407-408, 410, 413, 417-418, 421, 426, 428, 432, 436, 438, 442, 446, 458, 463, 470

## M

Mably (Gabriel Bonnot de), 390, 393-394, 398  
 Marillac (Michel de), 108, 193, 284, 288, 340  
*Maximes du droit public françois*, 263, 389, 393, 401, 429  
 Mémoires judiciaires, 45, 426-428, 430-431, 456  
*Voir factum*  
 Mercuriales, 290-291, 373

Montesquieu, 93, 162-167, 197, 211, 227, 234,  
237, 243, 248, 251-253, 327, 376-377, 381, 384,  
386-387, 402, 407, 409-412, 415-417, 436-438,  
445-447, 450, 472, 489  
Moreau (Jacob-Nicolas), 61-62, 308  
Muyart de Vouglans (Pierre-François), 299, 307,  
314-315, 323

## N

Nation, 54, 66, 88, 108, 128, 179, 227, 237, 240-  
241, 266, 270, 284, 388, 390, 392-394, 396-400,  
403-406, 431, 458, 460, 461, 467, 477, 495  
Notoriété (actes de), 77-79, 274

## O

Obreption (des actes royaux), 115-116, 118-119,  
122-123  
Officiers de justice, 126, 173, 179-185, 191, 199,  
211, 227, 230-238, 242-243, 250, 258, 268, 272,  
287-288, 337, 342, 344, 377, 398-399, 455, 465,  
476, 487  
Opinion publique, 35, 109, 127, 239-241, 246, 250-  
251, 277, 383, 392, 398, 400, 407, 425-426,  
459, 463, 490  
Ordalie, 30, 130  
Ordinaire (justice), 42, 146, 148, 150-151, 160-161,  
173-176, 178-180, 183, 185, 191-192, 202, 207-208,  
211, 217-221, 227, 229, 230-232, 236, 238-242,  
247, 250, 256, 268, 275, 281, 334, 339, 345-346,  
354-356, 421, 464-465, 488  
*Ordo judicarius*, 21, 133, 136, 281  
Ordonnance civile de 1667, 222, 362, 415, 478  
Ordonnance criminelle de 1670, 147, 149, 155-157,  
160, 165, 206, 259, 285, 305, 322, 326, 360,  
363, 410, 481  
Ordonnance de Moulins de 1566, 103, 138-139,  
285  
Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, 151, 284,  
291, 318, 419

## P

Pairs du royaume, 91, 213, 245, 268  
Papon (Jean), 104, 116-117, 208  
Parlement de Paris, 70, 85, 101-102, 109, 124-127,  
155-156, 173, 176-179, 182, 184, 187-190, 192,  
194-199, 201-202, 206-208, 210, 213, 215, 218,  
222-223, 232, 234, 236-237, 239-242, 244-247,  
249, 254, 256, 258-259, 261, 265-267, 269, 272,  
321, 332, 338-339, 341-343, 347, 350, 353, 356,  
360-361, 363, 399-400, 427, 452, 455  
Parlements de province, 204, 234-235, 245, 342  
Pasquier (Etienne), 43, 91, 104, 106, 116, 175,  
200-201, 205, 208, 240, 338-339, 368  
Pépin le bref, 90-91  
Peuple, 54, 59, 66, 71, 75-76, 78, 82-83, 85-87, 92,  
100, 102, 107, 183-184, 200, 237-238, 261, 279,  
383, 389-399, 402-406, 412, 441, 453, 458, 471,  
482, 489-490  
Physiocratie, 437, 441  
Platon, 16-17, 20  
Polysynodie, 385-386  
*Potestas*, 105, 109, 111, 121, 433, 467  
Pouvoir judiciaire, 171, 235, 248, 251, 469, 471,  
474-475, 477  
Pouvoir législatif, 84, 98, 383, 391, 471, 474-475  
Preuve documentaire, 302-304  
Preuve testimoniale, 297-302  
Preuves légales, 296, 430, 487  
Privilège de juridiction, 39-40, 246, 447, 450  
Privilèges, 38, 97, 164, 169, 181, 206, 227, 229,  
269, 284, 302, 314, 323, 345, 358, 400, 447,  
449-451, 461, 464, 470, 475, 493  
Procès judiciaire, 21, 31, 34, 44, 68, 77, 118-119,  
128, 145, 157, 220, 229, 250, 261, 293, 297,  
308, 376, 408, 413, 421-422, 424, 429, 490  
Procès politiques, 336-342, 421  
Procureur, 44, 78-79, 138, 217, 291, 293, 326, 356,  
363, 365-371, 375, 407, 423, 427, 454-455, 457,  
478  
Prudence (vertu), 57-58, 60, 65, 234, 274, 306,  
316, 373, 475  
Publicité, 42, 47, 127, 248, 281, 335, 421, 427, 431,  
465-466, 474-475, 494  
Pufendorf (Samuel), 384, 387-388, 391-392, 445

**Q**

Quesnay (François), 438-439, 443-444

**R**

Raison d'État, 329-336

Rebuffe (Pierre), 84, 194, 348

Recours hiérarchique, 305, 316, 318-322

Régime mixte, 49, 57, 106, 386

Remontrances, 44, 65, 103, 108, 122-125, 127, 168, 171, 173, 176-178, 181, 184, 189, 192, 194, 196-197, 201-204, 206, 208, 210, 214, 216-218, 222-225, 227, 232, 234, 237, 241-242, 244, 246, 250-251, 253-254, 256, 258-272, 347, 349-350, 419, 494

Rescrits, 115-116, 119

Richelieu (Armand Jean du Plessis de), 107, 123, 176, 183, 188, 214, 334, 340-341

Rousseau (Jean-Jacques), 383, 386, 393-396, 436, 441-442, 445-446

Rousseaud de la Combe (Guy du), 292, 299, 306, 309, 323

**S**

Savaron (Jean), 98-99

Sénatus-consulte organique de 1802, 473

Sénatus-consulte organique de 1804, 473

Serment, 30, 55, 80, 121, 135, 137, 153, 158, 185, 215, 229, 231, 233, 264, 290, 298-301, 306, 311, 367, 372, 392

Seyssel (Claude de), 43, 95, 102, 116-117, 119

Styles (de procédure), 142, 235, 277, 352, 359, 372, 376, 478

Subreption (des actes royaux), *Voir* obreption

**T**

Témoins, 152, 157, 165, 218, 229, 250, 264, 297-302, 306, 311, 313-315, 419, 425, 428, 456, 483

Thomas d'Aquin, 21-23, 83, 113, 137

Torture, 153-154, 158, 296-297, 325, 413-415, 423, 487

Turbe (enquête par), 67, 69-71, 77, 274

Turgot (Anne-Robert-Jacques), 66, 444, 458

**U**

Ulpian, 82-83, 273, 334

**V**

Vattel (Emer de), 388, 392

Vénalité des offices, 180, 183, 399, 452, 465, 475

Vérification (procédure de), 114-119, 121-127, 196, 203, 210, 214, 248, 259, 269, 271, 356, 389, 399, 462

Voltaire, 386, 407, 410, 414, 419, 424-425, 452



## Table de matières

|  |           |
|--|-----------|
| Thèse de Doctorat / octobre 2020 .....   | 1         |
| <b>Introduction</b> .....  | <b>13</b> |
| Forme et ordre juridique .....   | 13        |
| De l' <i>eidos</i> et l' <i>idea</i> aux formes juridiques et judiciaires .....  | 16        |
| Formes juridiques et légitimité du pouvoir politique .....   | 23        |
| Fonctionnalité et historicité de la procédure .....  | 27        |
| Le droit au procès est-il un droit « aux formes juridiques » ? .....   | 32        |
| Délimitation chronologique .....   | 36        |
| Libertés anciennes d'ordre public : distinctions et taxonomie .....  | 37        |
| Historiographie et sources .....   | 40        |
| Plan .....   | 46        |
| <b>PREMIÈRE PARTIE : Penser le droit au procès</b> .....   | <b>47</b> |
| <b>Titre I : La procédure comme fondement de la liberté</b> .....  | <b>49</b> |
| Chapitre 1. Le respect de la procédure dans la production normative .....  | 51        |
| Section 1. La liberté comme résultat d'un processus délibératif .....  | 53        |
| §1. L'exigence de délibération de la législation royale .....  | 54        |
| A. Une nécessité pour la validité de la législation féodale .....  | 54        |
| B. Une maxime morale pour le souverain dans la monarchie royale .....  | 57        |
| C. Une technique de droit gouvernement dans l'État .....   | 62        |
| §2. L'exigence d'une intervention « populaire » sur le droit coutumier .....   | 67        |
| A. L'intervention populaire <i>ad hoc</i> des règles coutumières dans les procès judiciaires .....                       | 68        |
| B. L'intervention populaire des règles coutumières <i>erga omnes</i> dans la rédaction du droit coutumier officiel ..... | 71        |
| C. Le retrait de l'intervention populaire au profit d'un dispositif professionnel : les actes de notoriété .....         | 77        |
| Section 2. Les formes préétablies de production de la norme .....  | 80        |
| §1. Une prérogative contestée du souverain .....   | 81        |
| A. Les formes romaines : la mise en œuvre de la <i>lex regia</i> .....   | 81        |
| B. Les formes « françaises » : l'histoire de la monarchie au service du consensualisme législatif .....                  | 87        |
| §2. La prétention d'une exigence constitutionnelle .....   | 93        |
| A. Faire la norme étatique avec le concours des assemblées des trois ordres .....  | 94        |
| B. Faire la norme étatique avec le concours des cours souveraines .....  | 101       |
| Chapitre 2. Le respect de la procédure dans l'application des normes .....   | 111       |

|   |            |
|---|------------|
| Section 1. La détermination de la <i>ratio legis</i> par la procédure _____                   | 113        |
| §1. « Rendre vraies » les normes _____  | 114        |
| A. Déterminer la vérité de la volonté exprimée dans l'acte _____                              | 114        |
| B. Confronter l'acte avec un ordre transcendant _____   | 118        |
| C. Juger l'opportunité de l'acte ? _____  | 123        |
| §2. La vérité inhérente à l'ordre judiciaire _____  | 128        |
| A. L'image du divin dans l'ordre judiciaire temporel _____                                    | 128        |
| B. La revendication d'un ordre judiciaire d'origine royale _____                              | 132        |
| C. L' <i>ordo judicarius</i> , apanage de la vérité institutionnelle _____                    | 136        |
| Section 2. La garantie de justice de l'application de la norme par la procédure _____         | 141        |
| §1. « Justice gist en formalité » _____   | 142        |
| A. Les formes dialogiques de la justice civile _____  | 142        |
| B. La souplesse relative des formes de la justice pénale _____                                | 146        |
| C. La rigueur des formes de la justice criminelle _____                                       | 149        |
| §2. La sûreté des citoyens par la complexité des procédures _____                             | 155        |
| A. Penser les droits du justiciable : Lamoignon et l'ordonnance criminelle de Louis XIV _____ | 155        |
| B. Les particuliers face à la justice dans la pensée de d'Aguesseau _____                     | 159        |
| C. L'esquisse d'un droit des citoyens par Montesquieu _____                                   | 162        |
| <b>Titre II : Le zèle de la magistrature comme relais pour garantir le droit au procès</b>    | <b>169</b> |
| Chapitre 3. Le respect des formes et des prérogatives des corps de la monarchie _____         | 171        |
| Section 1. Les parlements contre l'« usurpation de la justice » _____                         | 173        |
| §1. La valorisation de la juridiction « ordinaire » _____                                     | 173        |
| A. Conserver la majesté royale _____  | 174        |
| B. Protéger les prérogatives des officiers de justice _____                                   | 179        |
| §2. La contestation des commissions de justice _____  | 186        |
| A. L'hostilité face aux chambres de justice <i>ad hoc</i> _____                               | 186        |
| B. La demande de modération des évocations _____  | 191        |
| Section 2. Les parlements contre ses rivaux _____   | 198        |
| §1. Le Grand Conseil : un « corps surnuméraire parasite » _____                               | 199        |
| A. Les arguments historiques _____  | 199        |
| B. Les arguments fondés sur le critère <i>ratione loci</i> _____                              | 205        |
| C. Les arguments fondés sur le critère <i>ratione materiae</i> _____                          | 208        |
| §2. Les querelles avec le Conseil du roi _____  | 211        |
| A. Ancienneté et conflits de hiérarchie : autour la représentation du corps du roi _____      | 212        |
| B. La réfutation de la <i>jurisdictio</i> sur le contentieux _____                            | 216        |
| C. L'interprétation restrictive de la cassation _____   | 220        |
| Chapitre 4. L'observance des formes et les droits des sujets _____                            | 227        |
| Section 1. Protéger l'honneur des sujets _____  | 229        |
| §1. La vérité « objective » par la procédure judiciaire ordinaire _____                       | 230        |

|             |  |            |
|-------------|--|------------|
| A.          | Les qualités de la justice ordinaire, garantie des sujets                                    | 230        |
| i.          | Les qualités morales   | 231        |
| ii.         | Le savoir des officiers de justice   | 233        |
| iii.        | L'inamovibilité des officiers, gage de la « liberté légitime » des sujets                    | 236        |
| B.          | La sécurité juridique des décisions de la justice ordinaire                                  | 238        |
| §2.         | La certitude subjective du respect des formes  | 242        |
| A.          | L'honneur sauvé par le jugement des pairs  | 242        |
| B.          | L'honneur de tous les sujets du roi sauvé par la justice ordinaire                           | 247        |
| Section 2.  | Garantir les libertés individuelles  | 251        |
| §1.         | La magistrature contre les restrictions arbitraires de la liberté                            | 252        |
| A.          | Le désaveu des « formes de l'administration »  | 252        |
| B.          | Les lettres de cachet, expression ultime du despotisme                                       | 257        |
| i.          | Les arguments « légaux »   | 258        |
| ii.         | Les arguments politiques   | 260        |
| §2.         | Les traces d'un droit au procès  | 263        |
| A.          | L'affirmation d'un droit naturel des individus   | 263        |
| B.          | La « constitutionnalisation » de la norme procédurale  | 267        |
|             | <b>Conclusion de la première partie</b>  | <b>273</b> |
|             | <b>SECONDE PARTIE : Réaliser le droit au procès</b>  | <b>277</b> |
|             | <b>Titre I : Les ambivalences du droit du procès dans l'administration de justice royale</b> | <b>279</b> |
| <hr/>       |  |            |
| Chapitre 5. | L'affirmation des garanties judiciaires  | 281        |
| Section 1.  | Les garanties judiciaires dans l'ordre juridique royal                                       | 282        |
| §1.         | La compétence du juge  | 282        |
| A.          | Le juge « naturel »  | 283        |
| B.          | Le juge « formé »  | 287        |
| C.          | Le juge « responsable »  | 290        |
| i.          | L'Au-delà  | 290        |
| ii.         | L'ici-bas  | 291        |
| §2.         | L'établissement des faits  | 295        |
| A.          | La théorie des « preuves légales » et le système légal des preuves                           | 296        |
| B.          | Les règles relatives à la preuve testimoniale  | 297        |
| C.          | Les règles relatives à la preuve documentaire  | 302        |
| Section 2.  | Le développement doctrinal des garanties judiciaires   | 304        |
| §1.         | L'instruction, « l'âme du procès »   | 305        |
| A.          | Le principe de légalité de l'instruction   | 305        |
| B.          | La distinction entre formalités essentielles et indifférentes                                | 310        |
| §2.         | Le recours comme garant de la procédure  | 315        |
| A.          | Corriger les atteintes à l'ordre judiciaire  | 316        |

|   |            |
|---|------------|
| B. Protéger les droits des justiciables .....   | 321        |
| Chapitre 6. Les obstacles aux garanties judiciaires .....   | 329        |
| Section 1. « La raison d'État n'a point de procédure » .....  | 330        |
| §1. Le développement régulier des justices extraordinaires .....  | 331        |
| A. Les fondements théoriques .....  | 331        |
| B. Les justifications pratiques .....   | 337        |
| i. Les procès politiques .....  | 337        |
| ii. Le contrôle des finances .....  | 342        |
| iii. L'efficacité de la justice .....   | 343        |
| §2. L'affranchissement récurrent par rapport aux formes ordinaires à travers les évocations .....                   | 345        |
| A. La systématisation des arguments historiques et juridiques favorables aux évocations .....                       | 345        |
| B. Le diagnostic rétrospectif des dénonciateurs .....   | 349        |
| Section 2. Un système judiciaire sujet aux procéduriers .....   | 351        |
| §1. Une pratique judiciaire disparate .....   | 351        |
| A. La multiplication des juridictions compétentes : la doctrine à l'épreuve de l' <i>imbroglio</i> judiciaire ..... | 352        |
| B. L'impossible uniformité de la procédure .....  | 360        |
| §2. La mauvaise interprétation du droit au procès : la chicane .....  | 365        |
| A. La faute des procureurs .....  | 365        |
| B. La responsabilité des avocats .....  | 371        |
| <b>Titre II : L'appropriation du droit au procès dans le discours des réformateurs et des praticiens .....</b>      | <b>379</b> |
| Chapitre 7. La procédure au cœur du débat constitutionnel du siècle des Lumières .....                              | 381        |
| Section 1. Le dépassement du paradigme volontariste des lois du roi .....   | 383        |
| §1. Le glissement de la souveraineté .....  | 384        |
| A. Contester l'absoluité du régime monarchique .....  | 384        |
| B. Produire un « nouveau » souverain .....  | 390        |
| i. Le peuple, condition ontologique pour la Constitution de l'État .....  | 391        |
| ii. La participation du peuple, critère procédural de la bonne législation .....                                    | 394        |
| §2. Les conséquences sur la procédure législative .....   | 397        |
| A. La nécessité retrouvée des États généraux .....  | 397        |
| i. Réfuter la représentation parlementaire .....  | 398        |
| ii. Penser les formes des assemblées des trois ordres .....   | 401        |
| B. L'imposition d'une assemblée nationale inédite .....   | 404        |
| Section 2. La remise en cause de la justice inhérente à l'ordre judiciaire .....                                    | 407        |
| §1. Les critiques fonctionnelles des procédures de justice .....  | 408        |
| A. La légalité à l'épreuve de l'arbitraire judiciaire .....   | 408        |
| B. La dénonciation des imperfections de la procédure judiciaire .....   | 413        |

|  |            |
|--|------------|
| i. La légalité de la torture _____   | 413        |
| ii. Les contraintes par corps dans les affaires non criminelles _____                          | 415        |
| iii. La longueur des procès _____  | 416        |
| iv. Le secret en matière criminelle _____  | 418        |
| §2. Les critiques de la pratique judiciaire _____  | 421        |
| A. Le développement d'une littérature du procès judiciaire criminel _____                      | 421        |
| B. L'exposition publique de la justice au travers des factums judiciaires _____                | 427        |
| Chapitre 8. Vers un droit au procès appartenant à l'individu _____                             | 433        |
| Section 1. Le rationalisme à l'origine des libertés _____                                      | 435        |
| §1. La liberté par la « propriété de soi » _____   | 436        |
| A. La légalité comme conservation de l'ordre social _____                                      | 436        |
| i. Jusnaturalisme et physiocratie : conserver l'ordre naturel par les lois positives _____     | 437        |
| ii. Rousseau : constituer l'ordre social par les lois _____                                    | 441        |
| B. La justice comme conservation de la propriété individuelle _____                            | 443        |
| §2. Vers un égalitarisme procédural _____  | 446        |
| A. Dénoncer les privilèges de juridiction _____  | 447        |
| B. Proposer une réformation entière de l'appareil judiciaire _____                             | 451        |
| Section 2. L'expression « officielle » du droit au procès _____                                | 458        |
| §1. Des doléances sur la procédure à la déclaration des droits sur le procès _____             | 459        |
| A. La pluralité : les doléances relatives à la procédure _____                                 | 459        |
| i. La procédure législative _____  | 460        |
| ii. La procédure judiciaire _____  | 463        |
| B. L'universalité : la procédure dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen _____ | 466        |
| §2. Le développement d'un droit au procès dans les sources révolutionnaires _____              | 470        |
| A. Le droit constitutionnel aux formes juridiques _____  | 470        |
| B. La loi, source unique de la procédure _____   | 474        |
| i. Instituer la justice _____  | 475        |
| ii. Unifier et rationaliser les formes _____   | 478        |
| iii. Garantir les libertés des justiciables _____  | 481        |
| <b>Conclusion de la seconde partie _____</b>   | <b>487</b> |
| <b>Conclusion générale _____</b>   | <b>491</b> |
| <b>Bibliographie _____</b>   | <b>499</b> |
| Ouvrages, thèses et monographies _____   | 499        |
| Articles _____   | 523        |
| <b>Sources _____</b>   | <b>571</b> |
| Sources normatives _____   | 571        |

|   |            |
|---|------------|
| Magistrature et « discours du Palais »            | 573        |
| Pensée politique, juristes-historiens             | 578        |
| Doctrine et déontologie des acteurs de la justice | 584        |
| Discours des praticiens et des réformateurs       | 596        |
| Dictionnaires et encyclopédies                    | 601        |
| Sources diverses                                  | 602        |
| <b><i>Table des annexes</i></b>                   | <b>619</b> |
| <b><i>Index nominum et rerum</i></b>              | <b>651</b> |

## **Résumé :**

Cette étude retrace les fondements dogmatiques du droit au procès en France sous l'Ancien Régime. Pour ce faire, elle propose l'appellation plus abstraite de « droit subjectif aux formes juridiques » et analyse les différents discours qui durant l'époque moderne tendent à rapprocher les formes, formalités et procédures à la garantie de la liberté, jusqu'à faire de celles-ci le rempart par excellence contre l'arbitraire.

La procédure constitue la matrice des « libertés anciennes » : elle a été forgée théoriquement par la doctrine, traduite institutionnellement par la magistrature, réalisée légalement par les ordonnances, et mise en application – bien que très difficilement – par les gens de robe. L'analyse des discours sur la procédure permet par ailleurs de repérer que l'affermissement du pouvoir étatique entraîne progressivement la subjectivation des énonces juridiques qui contiennent les normes procédurales. Ainsi, la conception spécifique des libertés anciennes entre en résonance avec sa traduction la plus contemporaine.

*Descripteurs : Formes juridiques – Droit au procès – Formalités – Procédure – Libertés publiques – Ancien Régime – Magistrature ancienne – Garanties judiciaires – Droits subjectifs*

## ***Procedures and the Development of Ancient Public Liberties: The Origins of Due Process of Law (France, 16<sup>th</sup> – 18<sup>th</sup> centuries):***

This research traces the dogmatical foundations of due process of law in Ancient Regime's France. To do so, we propose the more abstract concept of “subjective right to legal forms”. This study analyses the different speeches that in the modern age connect forms, formalities, and procedures to the protection of rights and liberties, making those forms the more adequate defence against arbitrary measures.

Procedure constitutes then the source of the “ancient liberties”: it was theoretically shaped by the doctrinal works, translated into an institutional speech by the ancient magistracy, legally accomplished by the royal ordinances, and enforced, although with difficulties, by the judiciary. The examination of the speeches about procedure allows us to notice that the consolidation of the state's power leads to the subjectivation of the legal statements containing procedural norms. Thus, the specific conception of the ancient liberties resonates with the contemporary version of them.

*Keywords: Legal forms – Right to due process of law – Formalities – Procedure – Public liberties – French Ancient Regime – Ancient magistracy – Judicial guarantees – Subjective rights*

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.