

DES « RESCRITS DU PRINCE » LE POUVOIR NORMATIF DU ROI SELON JEAN PAPON

Jean Papon (1505-1590) est surtout connu pour son *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France*¹. Bien que cet ouvrage ait été vivement critiqué – Cujas estimait que c'était le *pessimum* des livres –, il a été réédité à plusieurs reprises, éclipsant le reste de sa production². Or, celui qui, après avoir obtenu le titre de docteur *in utrumque ius*, exerça la charge de lieutenant-général du bailliage du Forez pendant près de quarante ans, fut nommé maître des requêtes ordinaires de la reine Catherine de Médicis en 1560 et fut anobli par Henri III en 1578 pour ses loyaux services³, est aussi l'auteur d'un *Commentaire sur la coutume du Bourbonnais* et surtout de trois forts volumes qu'il présente lui-même comme formant une œuvre unique : *l'Instrument du premier notaire*, le *Trias judiciaire du second notaire* et enfin les *Secrets du troisième et dernier notaire*. Cette trilogie a pour thème les multiples manières « d'acquérir et de retenir » par la loi, par la justice et par l'autorité souveraine, et contient selon son propre auteur « la plus gran-

¹ La première édition date de 1556 et a été imprimée à Lyon par Jean de Tournes. Ce sont exclusivement les aspects de droit criminel et de droit civil qui ont fait l'objet d'études. Sur les premiers, voir A. LAINGUI, La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI-XVIII^e siècle), cette *Revue*, 1992, n° 13, p. 75 et s., spéc. p. 84 ; L. DRUGEON, *Les crimes capitaux au XVI^e siècle d'après le « Recueil d'arrêts notables » de J. Papon*, mém. D.E.A., Paris II, 1993, 129 p. Sur les questions de droit civil du *Recueil*, E. BERRIOT-SALVADORE, L'illustration d'une bourgeoisie sage : les arrêts notables de Jean Papon, *Etudes sur Etienne Dolet... publiées à la mémoire de C. Longeon*, Genève, Droz, 1993, p. 203 et s. P. ROIMÉ, *Le droit des gens mariés d'après les arrêts de Papon*, mém. D.E.A., Rennes, 1995.

² Outre Cujas, Coquille, d'Argentré ou encore Mornac ont reproché au *Recueil d'arrêts* diverses inexactitudes. À ce sujet, voir la notice sur Papon dans D. SIMON, *Nouvelle bibliographie historique et chronologique des principaux auteurs et interprètes du droit civil*, Paris, 1692-1695. En revanche, d'autres comme CHARONDAS (*Responses du droit français confirmées par arrêts des cours souveraines*, Lyon, 1602, p. 630) conseillent de s'y reporter ; au XVIII^e siècle le *Recueil* est encore amplement exploité par Bourjon (à ce sujet, R. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code civil*, Paris, Klincksieck, 1971, p. 32).

³ Sur la biographie de Papon, G. de LA GRYE, *Jean Papon, Revue du Lyonnais*, 1862, t. 24, p. 201 et s. C. LONGEON, *Une province française à la Renaissance. La vie intellectuelle en Forez au XVI^e siècle*, (thèse lettres, Paris, 1974), Lille III, 1976, p. 308 et s.

d'partie de nostre droict politic et commerçable. »⁴

Papon a entrepris cet ambitieux projet à la fin des années 1550 mais n'a pu l'achever et le publier qu'entre 1575 et 1578, en raison des troubles liés aux guerres de religion⁵. Cette période, on le sait, a vu s'intensifier les controverses qui opposent, à travers des traités, libelles ou pamphlets, divers courants, certains contestant l'orientation absolutiste de la monarchie, d'autres la soutenant et qui, d'une manière générale, mettent en question les fondements et les origines de la royauté française ou encore l'exercice du pouvoir législatif et ses limites. À ces thèmes, Papon a consacré, dans le troisième volume de la trilogie, de nombreuses réflexions qui n'ont guère retenu l'attention des historiens du droit et des idées politiques, probablement parce que les *Secrets du troisième notaire* se présentent comme un traité de diplomatique, une étude des « rescrits » des papes (livres I à IV) et des princes (livres V à X)⁶. En réalité, Papon passe le plus souvent d'un examen purement formel des actes à des considérations de fond, envisageant plus généralement les aspects juridiques et politiques relatifs à la puis-

⁴ Relatif à « la manière d'acquérir selon la loy », l'*Instrument du premier notaire* (Lyon, 1585, 3^e édition) traite de « l'ordre de contracter » et des diverses sortes de contrats. Le *Trias judiciaire du second notaire* (Lyon, 1575, 1^{re} édition) « est pour la justice de conserver selon la police universelle » : consacré à l'art de plaider, il constitue un véritable traité de procédure civile mais aussi criminelle. Enfin, le troisième volume intitulé *Secrets du dernier et troisième notaire* (Lyon, 1583, 2^e édition), est « mixte et comprend les parties d'acquérir et retenir par autorité, bienfaits et libéralités du prince souverain ». Sur la présentation de sa trilogie par Papon, voir l'épître dédicatoire à Henri III et le prologue « sur l'argument de ses trois notaires » dans l'*Instrument du premier notaire*. Les trois volumes ont été publiés par l'imprimeur lyonnais Jean de Tournes.

⁵ Il raconte en effet qu'en 1562, les troupes huguenotes de François de Beaumont, baron des Adrêts, ont assiégé la ville de Montbrison où il résidait, ont massacré de nombreux habitants catholiques et ont saccagé sa maison « où estoient [ses] mémoires préparés pour dresser les second et troisième tomes, qui par barbare et gothique ignorance de tels adversaires (...) furent mises au feu et bruslés » (Cf. *Instrument du premier notaire, op. cit.*, « prologue de Papon sur l'argument de ses trois notaires », non paginé). À propos de cet épisode et plus généralement des conflits politiques et religieux dans le Forez, C. LONGEON, *op. cit.*, p. 35 et s.

⁶ C'est pour cette raison que l'ouvrage est souvent cité dans les manuels de diplomatique comme celui de A. GIRY (*Manuel de diplomatique*, Paris, 1894, p. 764 et s.). En revanche, très rares sont les manuels d'histoire du droit qui y font référence (voir cependant J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, Paris, 1925, p. 807 et s.). De même, aucune mention de la pensée de Papon ne figure dans les ouvrages de G. WEILL (*Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion*, thèse lettres, Paris, 1891, rééd. Franklin, New-York, s.d.), de W.-F. CHURCH (*Constitutionnal thought in sixteenth-century France. A study in the evolution of ideas*, 1941, rééd. Octagon books, New-York, 1969), de J. POUJOL (*L'évolution des idées absolutistes en France de 1498 en 1599*, thèse lettres dactyl. Paris 1955), de V. CAPRARIIS (*Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre de religioni*, Naples, 1959), de J. H. FRANKLIN (*Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, 1993, trad. J.-F. Spitz) ou encore de Q. SKINNER (*Les fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, 2001, trad. J. Grossman et J.Y. Pouilloux).

sance d'édicter des rescrits mais aussi à celle de faire la loi. En effet, le mot « rescrit » n'est pas seulement employé dans un sens restreint pour désigner, conformément à son origine romaine, les actes délivrés par le souverain en réponse à des requêtes particulières ; lorsque le juriste forézien parle de « rescrits généraux » ou de « rescrits qui en général touchent tous subjects », il désigne les édits et ordonnances du prince⁷. Ainsi, Papon expose-t-il, dans les *Secrets du troisième notaire* et surtout dans son livre V consacré au « général des rescrits » du prince temporel, une conception de la puissance normative et des lettres patentes du roi⁸.

Mais, « que peut-il revendiquer pour sien dans ce fatras ? Comme il ne rapporte rien qui ne soit connu, (...) comme il ne propose aucune interprétation nouvelle, ceux qui ont quelque connaissance du droit ne voient dans son œuvre qu'une compilation »⁹. Les critiques acerbes de Claude du Verdier, lecteur contemporain de Papon, sont en partie justifiées car les *Secrets du troisième notaire* convoquent pêle-mêle des ordonnances royales, des coutumes, des arrêts des cours souveraines, des textes de droit romain et canonique, mais aussi la doctrine médiévale et humaniste, l'histoire romaine et les antiquités françaises. Il est aussi vrai que Papon n'évite pas de nombreux poncifs, qu'il ne fait souvent que recueillir, comme la plupart des juristes du XVI^e siècle, les opinions des civilistes et canonistes médiévaux. Pour autant, ses réflexions mais aussi la forme qu'il leur donne et la méthode qu'il adopte sont loin d'être dénuées de tout intérêt. Car, dans le vaste héritage de la pensée juridique et politique, l'auteur des *Secrets du troisième notaire* opère des choix qui donnent à sa conception de la puissance normative une relative singularité et qui permettent surtout de le situer dans le contexte intellectuel de son temps. Au XVI^e siècle, les divergences doctrinales, parfois subtiles, se manifestent la plupart du temps dans la façon de concevoir l'équilibre entre le principe d'une pleine puissance

⁷ Sur les rescrits à Rome, J.-P. CORIAT, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Paris, De Boccard, 1997. Sur l'imprécision de la terminologie en matière d'actes royaux, voir notamment A. GOURON, *Ordonnances royales et droits savants (XIII^e-XV^e siècles)*, *Comptes rendus de l'Académie des inscriptions des belles lettres*, 1991, p. 857 et s. Du même auteur, *Les ordonnances royales dans la France médiévale, Justice et législation*, sous la dir. d'A. Padoa-Schioppa, Paris, PUF, 2000, p. 82-84.

⁸ Sur la distinction entre lettres patentes et lettres closes, *Secrets du troisième et dernier notaire* (désormais abrégé *Secrets du troisième notaire*), Lyon, 1583, p. 347.

⁹ Cf. Claude du VERDIER, *In auctores pene omnes antiquos potissimum censio*, Lyon, 1586, p. 128-129, traduit et cité par C. LONGEON, *op. cit.*, p. 314.

souveraine et le principe du conseil¹⁰. Par la valeur que Papon accorde au second et plus généralement aux limites au pouvoir normatif, sa pensée se rattache moins aux idées absolutistes exposées par Bodin dans les *Six livres de la république*, qu'à une tendance, proche de l'idéologie parlementaire, représentée principalement par Pasquier et Du Haillan et souvent qualifiée de « constitutionnaliste »¹¹. Face aux troubles des guerres de religion, le juriste forézien paraît en effet convaincu que le salut du royaume implique une puissance souveraine notablement tempérée par les magistrats. S'il n'est pas insensible à certains arguments tirés de l'histoire de la monarchie par les antiquaires français, il justifie les limites au pouvoir d'édicter des lois et des rescrits en se fondant surtout sur le droit, les institutions et l'histoire de Rome, confirmant ainsi, si besoin était, que cet héritage, loin de servir systématiquement les prétentions à l'absolutisme royal, offre aussi un modèle dans la formulation de limites à la souveraineté¹².

L'inclination « constitutionnaliste » de la pensée de Papon apparaît tant à propos des « rescrits généraux », – des lois –, que des rescrits particuliers. La puissance législative, certes conçue d'une manière étendue comme un pouvoir de déroger à l'ensemble du droit humain, doit cependant être bridée par le Parlement. Critiquant l'exercice par le souverain de son autorité absolue, le juriste forézien fait du consentement des magistrats,

¹⁰ C'est ce que souligne très justement S. RIALS, Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588), cette *Revue*, 1989, n° 8, p. 207-208. L. GALET avait déjà relevé dans la pensée de Seyssel un « flottement entre le fondement absolutiste de la monarchie » et « les pressants conseils de prudence » (La monarchie française d'après Claude de Seyssel, *RHD*, 1944, p. 18).

¹¹ Par exemple par H. A. LLOYD qui définit le « constitutionnalisme » comme la « défense d'un système de contrepois à l'exercice du pouvoir politique » (Le constitutionnalisme, *Histoire de la pensée politique médiévale*, sous la dir. de J. H. Burns, Paris, PUF, 1993, p. 230 et s.). Parmi les auteurs, souvent anglo-saxons, qui ont mis en évidence cette tendance, voir notamment J. H. FRANKLIN (*op. cit.*, p. 5-39) qui considère la valeur accordée au consentement aux commandements royaux comme l'indice essentiel du constitutionnalisme. Voir aussi Q. SKINNER, *op. cit.*, p. 517 et s., p. 718 et s. ; W.-F. CHURCH, *op. cit.* Le constitutionnalisme trouve ses racines dans la pensée juridique médiévale : K. PENNINGTON, *The Prince and the law, 1200-1600*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Oxford, 1993, spéc. p. 78-81 et p. 106. Pour une approche critique du « constitutionnalisme médiéval », voir O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, spéc. p. 30. Du même auteur, V^e Constitution et constitutionnalisme, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 119.

¹² Dans ce sens, H. MOREL, L'absolutisme français procède-t-il du droit romain ?, *Mélanges offerts à Henri Morel*, Aix-en-Provence, 1989, p. 543 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « *Et a le roi plus d'autorité en son royaume que l'empereur en son empire...* ». Droit romain et naissance de l'Etat moderne selon la doctrine et la pratique du palais, *Droit romain, jus civile et droit français, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, dir. J. Krynen, n° 3, 1999, p. 186 ; K. PENNINGTON, *The Prince and the law, op. cit.*, p. 79. Sur le débat relatif à la place du droit romain dans l'absolutisme français, voir la mise au point de J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, n° 106, p. 184-185.

assimilés aux sénateurs romains, une condition pour faire une « vraie » loi (I). Le pouvoir d'édicter des rescrits particuliers est encore davantage limité par les exigences de civilité et de vérité que garantissent l'entérinement et l'impignation des lettres royaux (II).

I.- Un pouvoir législatif étendu mais partagé

L'examen des conditions dans lesquelles le prince peut déroger par ses lois au droit – « quand et comment peut le prince déroger au droit » – amène Papon à reconnaître au pouvoir législatif du roi un champ d'intervention particulièrement étendu. Comme nombre de ses prédécesseurs et de ses contemporains, il tient la puissance de légiférer pour supérieure au « droit des hommes » (A). Bien sûr, il précise que les lois du roi ne peuvent déroger aux lois fondamentales du royaume, à la loi salique et à la règle d'inaliénabilité du domaine¹³ ; et, s'en tenant à la tradition, il rappelle également que les actes du souverain doivent être conformes à la raison et ne peuvent contrevenir « aux droits de Dieu et de Nature »¹⁴. C'est précisément à propos de ces limites que sa conception se singularise puisqu'il en tire argument pour défendre le droit du Parlement de consentir aux édits et ordonnances du roi (B).

¹³ Cf. *Secrets du troisième notaire*, *op. cit.*, p. 320 et 625 et s. où Papon se fonde sur la métaphore du mariage du roi et de la République.

¹⁴ S'agissant de la conformité des actes royaux à la raison, Papon précise par exemple que lorsque le souverain veut « corriger et amender une coutume, un édit ou loi auparavant observés », une « cause raisonnable et apparente » est nécessaire (*ibid.*, p. 343). Voir aussi p. 338. Ailleurs, il indique que « le plaisir du Prince est tenu pour loy (...) pourveu aussi qu'il n'y ayt rien qui déroge ès droits de Dieu et de Nature ». Le prince y est « obligé et tenu comme le moindre de ses sujets » (*ibid.*, p. 337) Voir également dans le *Prologue*, non paginé : la « loy de Dieu, de laquelle il ne peut soy dire exempt, ainsi y est soumis, tout ainsi que le moindre de ses subjects ». La bibliographie sur ces thèmes classiques est inépuisable. Sur la raison, voir par exemple E. H. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi*, Paris, Gallimard, 1989, trad. J.-P. et N. Genet, *op. cit.*, p. 91-94 avec les notes 54-55, p. 409-410. E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milan, Giuffrè, 1964, t.1^{er}, p. 286-296, et p. 297-301. Sur le respect du droit divin et naturel, G. GORLA, « *Iure naturalia sunt immutabilia* ». Il limiti al potere del « Principe » nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, *Diritto e potere nella storia Europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Florence, 1982, t. 2, p. 629 et s., spéc. p. 637 et s. B. PARADISI, Il pensiero politico dei giuristi medievali, *Studi sul medioevo giuridico*, Rome, 1987, p. 368 et s., ainsi que l'utile synthèse de K. PENNINGTON et J. CANNING, La loi, *Histoire de la pensée politique médiévale*, sous la dir. de J. H. Burns, Paris, PUF, 1993, p. 400 et s., spéc. p. 428-430. Sur la tradition française, voir F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du roi*, Les cours de droit, 1945-1946, p. 176 et s. Sur la doctrine française du XVI^e siècle qui nous intéresse ici, voir W.-F. CHURCH, *op. cit.*, p. 78 et s.

A/ Une puissance de légiférer supérieure au « droit des hommes »

La puissance d'édicter des rescrits « qui en général touchent tous subjects », autrement dit des lois, est conçue par Papon comme une véritable maîtrise du « droit des hommes ».

Bien que ses propos rappellent l'adage *princeps legibus solutus*, l'auteur des *Secrets du troisième notaire* ne fonde jamais expressément le pouvoir de déroger aux lois sur le fragment d'Ulpien, se réservant d'en faire par ailleurs la critique historique. Il invoque en revanche un autre lieu commun de la pensée juridique et politique, hérité des monarchies hellénistiques, repris par Justinien et largement développé par la doctrine médiévale : le prince est la « loi vive ». *Lex animata*, le souverain n'est tenu ni par ses lois ni par celles de ses prédécesseurs et peut donc y déroger, les abroger ou les modifier en édictant une nouvelle législation : il est « maître et seigneur de la loy »¹⁵. Fondement de la puissance législative, l'identification du prince à la loi vive fonde également la finalité de cette puissance et donc l'une des conditions de son exercice : la poursuite du bien commun. Dès le prologue, Papon indique que l'expression « loy vive » représente « ce qu'il [le Prince] doit être », à savoir l'instrument de droiture « dont l'usage et l'emploi n'a autre fin que la conservation et repos de ses sujets ». En tant qu'incarnation de la loi, le prince ne doit pas l'utiliser à son profit mais dans l'intérêt de tous¹⁶.

L'auteur des *Secrets du troisième notaire* qualifie également le prince de « droit parlant ». Il importe peu ici de savoir si le juriste commet soit une erreur de traduction du « *dikaion empsukon* » aristotélicien qu'il cite, soit une confusion avec la « *lex loquens* » cicéronienne. L'essentiel est que la

¹⁵ Cf. *Secrets du troisième notaire*, *op. cit.*, p. 338 où il se réfère à Balde. Dans le prologue, l'identification du prince à la loi vive est omniprésente et détermine la puissance de déroger aux lois : « Sont graves et sérieux les termes, dont par les anciens a esté le Prince souverain atitrlé et honoré (...) loy vive. (...) Les princes sont solus de leurs loix » car ils sont « eux-mêmes la loy vive » (Prologue, non paginé). Par des ordonnances ou édits le prince peut « corriger et amender un édit ou loy (...) auparavant observés » (*ibid.*, p. 343). Dans l'importante bibliographie sur le concept de *lex animata* et son histoire, on peut retenir E.-H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, notamment p. 104 et s. et note 131, p. 422 (avec citation des sources et renvois bibliographiques) ; L. MAYALI, *Lex animata*. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XII^e-XIV^e siècles), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, sous la dir. de A. Gouron et A. Rigaudière, Montpellier, 1988, p. 155 et s. Voir aussi la synthèse de K. PENNINGTON et J. CANNING, La loi, *Histoire de la pensée politique médiévale*, *op. cit.*, notamment p. 409 et 457.

¹⁶ Cf. *Secrets du troisième notaire*, Prologue, non paginé. Il écrit notamment que « luy mesme est la loy vive, et ne peut aucune chose servir à soy ». La bibliographie relative à la finalité du bien commun est trop abondante pour pouvoir être citée de manière exhaustive. Nous renvoyons à la synthèse de K. PENNINGTON et J. CANNING, art. cité, p. 400 et s. et à K. PENNINGTON, *The prince and the law*, *op. cit.*, notamment p. 87-89 (à propos de l'apport des canonistes), p. 92 (à propos de la doctrine de Beaumanoir).

représentation du prince comme « droit parlant » justifie l'extension de son pouvoir de dérogation aux autres sources que sont le droit écrit et le droit coutumier.

Ainsi, « si le prince a fait ordonnance contraire au droit commun », que Papon identifie à « la loi des romains », il « faudra l'observer et délaisser ledit droit commun », et ce sans que l'ordonnance ait à contenir une clause dérogatoire expresse. Car, selon le juriste forézien qui reprend ici encore une idée traditionnelle de la doctrine savante, le prince n'est jamais « présumé ignorant » du droit commun puisqu'il détient en sa poitrine tout le droit¹⁷. Le juriste illustre son propos en citant l'édit de mai de 1567 dit « des mères » qui, restreignant la vocation successorale des mères, était contraire au droit écrit du Midi¹⁸. S'agissant des coutumes, le raisonnement de Papon, expressément emprunté au droit et à la doctrine canoniques, paraît, à première vue, plus mesuré. Partant du principe que les coutumes sont « de fait » et non de droit, il précise que le prince est présumé les ignorer et qu'il ne peut en principe y déroger. Cette présomption d'ignorance peut néanmoins être renversée par l'insertion d'une clause dérogatoire expresse¹⁹. Mais Papon ajoute que la clause de nonobstacle est désormais une clause de style des actes royaux, preuve que cette condition n'est plus de grande importance à son époque²⁰. À l'appui de son propos, il cite des

¹⁷ Cf. *Secrets du troisième notaire*, op. cit., p. 341 : se référant expressément à Boniface VIII, Papon cite un extrait du *Liber sextus* : « iura enim in scrinio pectoris sui censetur habere » (1, 2, 1). Sur la signification de la maxime et sur l'apport du droit et de la doctrine canoniques, voir E. CORTESE, « An papa qui habet totum ius in scrinio pectoris efficiatur doctor in utroque », *Studi in onore di Piero Bellini*, Rubbettino, 1999, p. 277-290 ; E. H. KANTOROWICZ, op. cit., p. 106, p. 120-121, n. 15 p. 378. Plus ancien, F. GILLMANN : « Romanus pontifex iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1912, p. 3-17 et 1926, p. 156-174 ; G. POST, Two notes, *Traditio*, IX, 1953, p. 311.

¹⁸ À ce sujet, J. BART, *Histoire du droit privé*, Domat-Montchrestien, Paris, 1998, p. 365.

¹⁹ Si le prince fait une « constitution ou ordonnance générale (...) contre une coutume spécialement observée en certaine province, telle ordonnance ne déroge pas à ladite coutume, qui nonobstant ce devra demeurer en son état et vertu : car la dérogation n'est entendue de ce dont ledit Prince estoit ignorant » (*Secrets du troisième notaire*, p. 341-342). À l'appui de cette opinion, Papon cite à nouveau l'extrait des décrétales de Boniface VIII figurant au *Liber sextus* : « consuetudines sunt facti et in facto consistunt et ideo potest probabiliter ignorare ». Sur l'ensemble de cette théorie et sur ses origines, D. WYDUCKEL, *Principes legis solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1979, p. 96-97 ; B. PARADISI, op. cit., p. 354-355 ; A. GOURON, Théorie des présomptions et pouvoir législatif chez les glossateurs, *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI-XV siècles)*, sous la dir. de J. Krynen et A. Rigaudière, P.U. Bordeaux, 1992, p. 117 et s. Sur la nature « factuelle » de la coutume, voir par ex. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Rome-Bari, Laterza, 1997, p. 182-190.

²⁰ « Néanmoins en tous tels edicts sont toujours apposées lesdites nonobstacles, par ces mots : car ainsi nous plait il estre fait, nonobstant tous statuts, coutumes, stils et usages à ce contraires : à quoy nous avons dérogeé et dérogeons par ces présentes » (*Secrets du troisième notaire*, p. 342). D'ailleurs, dans un passage ultérieur toujours relatif à la dérogation aux coutumes (*ibid.*, p. 343), Papon ne mentionne plus cette condition.

édits des rois de France qui commandent l'insinuation de toutes donations et dérogent notamment aux coutumes du Bourbonnais qu'il connaît bien pour en avoir fait un commentaire. En admettant ainsi la supériorité des lois sur les coutumes, l'auteur des *Secrets du troisième notaire* partage l'opinion d'une partie importante, voire majoritaire de ses contemporains, tels que Pasquier, Bodin ou encore Charondas²¹. Au fond, cette opinion revient à prendre acte de la pratique de la monarchie qui, à travers la rédaction et la réformation des coutumes, étend sa tutelle sur cette importante source du droit²².

Dans l'ensemble, les réflexions de Papon sont très classiques et partagées par de nombreux juristes de son époque. Concevoir le pouvoir législatif comme un pouvoir de déroger aux lois, au droit écrit et aux coutumes, c'est en fait admettre que le roi peut légiférer dans toutes les matières, y compris celles qui relèvent en principe du droit privé. Les exemples cités par Papon – l'édit des « mères » ou les édits relatifs à l'insinuation des donations – témoignent que telle est son opinion. Le souverain législateur apparaît donc comme le « maître » du « droit des hommes », pourvu qu'il respecte les lois fondamentales, les droits de Dieu et de nature et la raison. Or, le respect de ces limites, notamment la conformité des actes royaux à la raison, « ne peut qu'advenir par une mûre délibération »²³, par le « conseil de doctes et sages personnes » que Papon n'hésite pas à transformer en un droit des magistrats d'approuver les lois du roi.

B/ L'approbation des édits par le Parlement, une condition pour faire « vraie loi »

La portée que Papon confère à l'esprit de conseil, principe traditionnel du gouvernement monarchique, constitue en réalité une critique des pratiques et de la doctrine de l'absolutisme législatif. Cette critique s'ex-

²¹ Cf. E. PASQUIER, *L'interprétation des institutes de Justinien*, Paris, 1847, p. 34 ; J. BODIN, *Les six livres de la République*, Livre 1^{er}, chap. 10, §. *Première marque de souveraineté*, (édition de Paris, 1593) Librairie Générale Française, 1993, p. 161. CHARONDAS, *Pandectes ou digestes du droict françois*, Lyon, 1602, Livre 1^{er}, chap. XXV, p. 395. À l'inverse, Chasseneuz considère que les coutumes, surtout celles confirmées par le prince, « ne peuvent être suspendues ou souffrir aucune dérogation par le moyen d'une clause *non obstante* » : *Consuetudines Ducatus Burgundiae* (1517), Genève, 1615, col. 1534. À propos des controverses doctrinales du XVI^e siècle, voir W.-F. CHURCH, *op. cit.*, p. 102-120.

²² À propos de cette convergence entre doctrine et pratique, W.-F. CHURCH, *ibid.*, p. 108-111. J. MOREAU-DAVID, La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière, cette *Revue*, 1997, n° 18, spéc. p. 131 et s. Plus ancien mais toujours fondamental, R. FILHOL, *Le Premier Président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Sirey, Paris, 1937.

²³ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 340.

prime notamment par le fait que le juriste forézien approuve expressément ce que « dit doctement » François Hotman, monarchomaque huguenot, à savoir que les Etats généraux auraient participé, depuis leurs origines franques jusqu'au milieu du XV^e siècle, à l'élaboration des lois²⁴. Papon qui a été lui-même député du tiers-état aux Etats d'Orléans en 1560, regrette que cette « forme » de faire la loi ne soit plus aussi rigoureusement pratiquée²⁵. Pourtant, il ne considère pas l'interprétation de l'histoire des institutions françaises comme un argument efficace permettant de justifier la participation actuelle des Etats généraux à la puissance législative : « le roi s'aide de la loy nommée par Ulpien *Regia* » et il n'y a dès lors « plus moyen de faire doute » qu'il peut « faire loix sans les Estats de son Royaume »²⁶.

C'est alors au Parlement, « ancre et véritable contrecarre de justice » dont il loue ailleurs la « grandeur » que Papon attribue un statut et un rôle politiques majeurs²⁷. Se fondant sur les propos de l'historien Paul Emile il estime, comme d'autres juristes du XVI^e siècle, que les officiers ont toujours été, sauf le cas de forfaiture, irrévocables, et vide ainsi de sa substance la clause « tant qu'il nous plaira » qui figure dans les provisions d'office et par laquelle le roi se réserve en principe le pouvoir de les destituer²⁸. Surtout,

²⁴ *Ibid.*, p. 335. En revanche, Papon critique la théorie de l'élection royale défendue par Hotman et rappelle les règles coutumières de la succession à la Couronne en se référant à la loi salique (*ibid.*, p. 320). Sur les multiples variations autour de cette relecture de l'histoire de France et sur l'antiquomanie en général, voir D. R. KELLEY, *Foundations of modern historical scholarship : language, law and history in the French Renaissance*, New-York et Londres, 1970, chap. VIII-X. S. RIALS, art. cité, p. 258-261.

²⁵ Louant Charles IX et son chancelier Michel de L'Hospital d'avoir convoqué les Etats généraux à Moulins et d'avoir pris en considération leurs doléances, Papon constate avec regret que « depuis à peu d'occasion » cette forme n'est plus suivie (*Secrets du troisième notaire*, p. 335). Voir aussi p. 318 où il indique que « depuis quelques temps » l'on « a faict perdre l'usage d'assembler et ouïr lesdits Estats ». Sur sa participation aux Etats d'Orléans, voir C. LONGEON, *op. cit.*, p. 310.

²⁶ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 335. Comme de nombreux théoriciens, Papon interprète la *lex regia* comme un transfert définitif et irrévocable de la souveraineté du peuple au prince (*ibid.*, p. 316, 334 et 349). Dans l'abondante bibliographie sur la *lex regia* et son interprétation par la doctrine médiévale et moderne, voir notamment H. MOREL, La place de la *lex regia* dans l'histoire des idées politiques, *Mélanges offerts à H. Morel*, Aix-en-Provence, 1989, p. 379 et s.

²⁷ Qualifier le Parlement de « contrecarre de justice » (*Secrets du troisième notaire*, *op. cit.*, p. 336), c'est probablement dire qu'il en est le garant. Au sujet de l'attachement de Papon à la « grandeur du Parlement », voir son *Recueil d'arrestz notables...*, *op. cit.*, prologue, p. 4 (sur les singularités du parlement de Paris), ou encore p. 629. A ce propos, E. BERRIOT-SALVADORE, art. cité, p. 204-205.

²⁸ Cf. *Secrets du troisième notaire...*, p. 338 où Papon écrit que les officiers doivent « estre entretenus et délaissés en l'exercice et libre possession de leurs estats (...) ce pour toutes leurs vies ». Voir aussi son *Recueil d'arrests notables...*, p. 142-143. Le principe d'irrévocabilité des officiers royaux sauf forfaiture est notamment défendu par C. de SEYSEL (*La monarchie de France*, 1519, Livre I, chap. 10, éd. J. Poujol, Paris, 1961, p. 118) ou encore par C. de GRASSAILLE, *Regalium Franciae libri duo, jura omnia et dignitates...*, Paris, 1545, p. 124. À

Papon dénature le devoir de conseil dont les magistrats s'acquittent lors de l'enregistrement des édits, en le transformant en un véritable droit de consentir à ces actes : leur compétence législative équivaut alors à un partage de la puissance avec le roi. Pour être efficace, son plaidoyer devait être fondé sur des arguments tirés du droit romain dans la mesure où il avait personnellement admis que ce même droit romain permettait au roi d'exclure les Etats généraux du pouvoir législatif. Aussi développe-t-il à sa manière une thèse particulièrement répandue qui repose sur l'un des principaux socles de la doctrine constitutionnaliste, l'assimilation du Parlement au Sénat romain²⁹. « L'autorité des Parlements, et mesmes de celui de Paris, semble par destination avoir esté conduite et estre venue selon le temps et la forme dudit Sénat Romain »³⁰. Certes, l'équiparation des deux institutions représente un lieu commun acquis depuis la fin du moyen âge et qui persistera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime³¹. Pour autant, à l'inverse de

propos de cet auteur, G. LEYTE, Charles de Grassaille et la monarchie française, *Pensée politique et droit*, P.U. Aix-Marseille, 1998, notamment p. 323-325. Au sujet de la clause « tant qu'il nous plaira », P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Paris, PUF, 1989, t. 1, p. 275.

²⁹ Dans ce sens, J. H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 337.

³¹ Il apparaît bien sûr dans la rhétorique judiciaire, par exemple dans le discours prononcé le 7 janvier 1412 par le premier président du Parlement de Paris, Henri de Marle (cf. F. AUBERT, *Le Parlement de Paris de Philippe le Bel à Charles VII (1334-1442)*, Paris, Sicard, 1887, t. 1, p. 189) ou encore dans les propos tenus en 1489 par l'avocat général Jean Le Maître, lors de l'enregistrement d'une ordonnance : le Parlement de Paris « est vray Sénat du royaume » (cité par E. MAUGIS, *Histoire du Parlement de Paris de l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV*, Paris, 1914, t. 2, p. 537). L'équiparation entre le Sénat et la *curia in parlamento* semble apparaître dans la littérature savante dès le début du XIV^e siècle, précisément dans l'œuvre de Jean Faure, et sera ensuite souvent reprise par d'autres auteurs. Parmi ceux qui au XVI^e siècle l'évoquent ou l'analysent, on peut mentionner C. de SEYSSSEL, *Problème en la translation de l'histoire d'Appien* (1510), J. Poujol éd., Paris, 1961, p. 81, Guillaume BUDÉ dans ses *Annotationes in Pandectorum* (Paris, 1533, p. 127 et s) et dans *l'Institution au Prince* (cf. C. BONTEMS, *Le Prince en France selon Guillaume Budé, Le prince dans la France des XVI^e et XVII^e siècles*, Paris, PUF, 1965, p. 67, n. 1), Charles de GRASSAILLE (*op. cit.*, p. 116-117), Jean DURET, ami de Papon (*Harmonie et conférence des magistrats romains avec les officiers français*, Lyon, 1574, f^o 130-136), ou encore CHARONDAS (*Pandectes...*, *op. cit.*, Livre 1^{er}, chap. XIX, p. 225 : « ... l'auctorité du Parlement de Paris, vray Senat de la France », chap. XXIII, p. 334 ; et *Responses du droit français...*, *op. cit.*, Livre V, n^o XIII, p. 330). Au XVII^e siècle, elle occupe une place importante dans l'œuvre de B. DE LA ROCHE FLAVIN (*Treize livres des Parlements*, Bordeaux, 1617, chap. 17, n^{os} 2 et 3) ou encore dans les discours et portraits de Guillaume de Lamignon : à ce propos, L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Représenter une conscience : le portrait de Guillaume de Lamignon par Robert Nanteuil, La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride, Paris, PUF, 1999, p. 213-220. Sur l'ensemble de la question, voir surtout J. KRYNEN, Une assimilation fondamentale. Le Parlement « Sénat de France », *Mélanges Ennio Cortese*, Roma, Il cigno edizioni, 2001, t. 2, p. 208 et s. ; J.-P. JURMAND, L'évolution du terme de Sénat au XVI^e siècle, *La monarchie absolutiste et l'histoire en France*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1986, p. 55 et s. S'agissant plus précisément de la doctrine parlementaire au XVI^e siècle, voir entre autres S. DAUBRESSE, Un discours de Christophe de Thou, premier président du Parlement de Paris (11 mai 1565), *La justice royale et le Parlement de Paris*, Études réunies par Y.-M. Bercé et

Bodin qui considère l'assimilation du Parlement à l'institution sénatoriale comme purement honorifique³², Papon entend, comme d'autres, en tirer les conséquences juridiques et politiques.

Ainsi, afin de définir avec soin les prérogatives du Sénat qu'il prétend appliquer aux Cours souveraines, Papon, dans une veine humaniste empruntée à Budé, retrace brièvement l'évolution de l'institution antique. Il apparaît ainsi que le Sénat dont le Parlement est l'héritier n'est pas celui de la dictature de César et de l'empire d'Auguste, car ces derniers, agissant en tyrans, l'ont privé de son autorité. En revanche, le Parlement est l'ancêtre du Sénat de l'époque républicaine durant laquelle, « tenant lieu de prince », il jouissait d'une « suprême majesté » et d'une *auctoritas* en matière législative que certains empereurs ont maintenue et respectée³³. Loin d'être un simple ornement d'érudition, ces précisions déterminent le statut et la fonction que Papon reconnaît aux Cours souveraines : « *pars corporis principis* », elles sont étroitement associées à l'élaboration des édits royaux.

Partant de cette identification, il déduit la compétence législative des magistrats en se fondant sur plusieurs textes de droit romain dont certains ont déjà été amplement exploités avant lui. C'est le cas d'un fragment de Pomponius (*D. I, 2, 9*) selon lequel le Sénat doit être consulté lorsque le peuple ne peut être rassemblé : transposant le principe sans citer expressément le texte, Papon affirme, comme Rebuffe et Pasquier, que le roi doit légiférer « avec l'avis et conseil » du Parlement car celui-ci, Sénat de France, représente le peuple lorsqu'il n'est pas réuni sous la forme des Etats géné-

A. Soman, *BEC*, t. 153, 1995, p. 125. S'agissant de la doctrine, W.-F. CHURCH, *op. cit.*, p. 70 ; D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milan, Giuffrè, 1956, spéc. p. 119-120 ; J. H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 15-19. Plus ancien mais évoquant d'autres assimilations de ce type, G. DUPONT-FERRIER, Les institutions françaises du Moyen Age vues à travers les institutions de l'antiquité, *Revue Historique*, 1933, t. 171, p. 281-298, spéc. p. 287 (sur le Parlement de Paris).

³² Cf. *Les six livres...*, *op. cit.*, p. 128, et toujours dans le même livre, chap. 10, p. 158-159. Ou encore au Livre 2, chap. 1^{er}, §. *L'état de la France est simple et pure Monarchie*, p. 189 et s. où Bodin conteste expressément le rôle attribué par certains auteurs au Parlement de Paris. À ce sujet, J. H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 109.

³³ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 336. Voir aussi p. 341 : « et peut le prince en toute sûreté dire, Car ainsi nous plaît il estre faict, comme anciennement l'on avoit accoutumé de mettre es ordonnances du Sénat, lorsqu'il tenoit le lieu du Prince, commandoit, ordonnoit et délibéroit sur les affaires de la République, selon ce que Cicéron écrit en sa Philippique 5. *De exercitu* (...) et encore en la 3. Philippique » (*ibid.*, p. 341). Voir aussi *Recueil d'arrests notables...*, prologue p. 2. Cette argumentation historique est peut-être empruntée à Guillaume Budé (*Annotationes in Pandectorum*, *op. cit.*, p. 127 et s.).

raux³⁴. « L'avis et conseil » des sénateurs et donc des magistrats des Cours souveraines sont également requis en vertu de la célèbre constitution *humanum esse* des empereurs Théodose et Valentinien (C. I, 14, 8) dans laquelle Papon voit la « vraye et seule forme solide pour faire loix et édicts »³⁵. Cela étant, la participation du Parlement à l'exercice de la puissance législative ne doit pas se limiter à la « libre délibération » des édits que justifient ces textes. À l'instar du Sénat romain que plusieurs empereurs ont laissé corriger, limiter, interpréter, augmenter et déclarer leurs constitutions, le Parlement ne peut être empêché de déclarer, limiter, interpréter et autrement « dilayer » les édits « lorsque le Roy en son conseil n'a pas advisé ce qu'il a fallu »³⁶. Et le juriste forézien va jusqu'à attribuer aux magistrats le droit d'approuver les ordonnances royales, approbation sans laquelle elles ne seraient pas de « vraie[s] loi[s] ». Bien qu'il ne soit pas le premier à défendre cette idée, son raisonnement, proche de celui de Budé, revêt une certaine originalité. En effet, afin d'associer le Parlement aussi étroitement au pouvoir législatif, Papon interprète le texte par lequel le roi exclut les Etats généraux de ce même pouvoir : le fragment d'Ulprien relatif à la *lex regia*. Tout en admettant le transfert définitif et irrévocable de la puissance souveraine du peuple au prince, Papon souligne que les conditions d'exercice de cette puissance sont et doivent rester les mêmes : le prince a le pouvoir de légiférer et d'ordonner selon « pareille (...) solennité et même forme » que celles suivies par le peuple. Or, le peuple n'ordonnait rien « sans le communiquer et rapporter au Sénat, prendre son avis, délibérer avec lui et faire autoriser le tout ». Par conséquent, le plaisir du prince sera « vraye loy » qui devra être observée, seulement s'il est accompagné de « toutes ces circons-

³⁴ L'argumentation de Papon (*Secrets du troisième notaire*, p. 318 et 335) est plus elliptique que celle développée par P. REBUFFE, *Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias* (1549), Lyon, 1554, t. 2, p. 455 ou E. PASQUIER, *Les recherches de la France* (1560), Paris, 1621, Livre 2, chap. 4, p. 60 B.

³⁵ « Le roi peut faire loix (...) cela se doit faire avec l'avis et conseil des Parlements (...) selon la vraye et sainte forme prescrite par les Empereurs Theodos. et Valent. en la loy, *humanum de legib.* où est déclaré que le Prince pour dresser ses edicts ne doit se contenter du conseil qu'il a près de luy, mais doit avoir l'avis du Sénat, et selon ce, qu'il plaira audit Sénat, ordonner et décerner ; procédant autrement et sans cela, ne sont ses ordonnances fermes et dignes de loy » (*Secrets du troisième notaire*, p. 335. C'est nous qui soulignons). Plus loin, Papon précise que pour déroger au droit existant et faire une loi nouvelle, il convient d'« ouïr les Cours souveraines et le conseil assistant le Prince », car « autrement fait » la loi nouvelle « n'est à observer selon ladite constitution (...) ce sont les termes et saints propos que les Empereurs Theodos. et Valenti. écrivent au Senat de Rome, et par lesquels est prescrite la vraye et seule forme solide pour faire loix et edicts, ou bien pour déroger à iceux, et dont le terme de *Placitum* est declairé estre propre au Senat par les paroles desdits Empe-reurs adressees au Sénat susdit, *si vobis placuerit* » (*ibid.*, p. 344-345. C'est nous qui soulignons). Voir aussi p. 341.

tances », et donc s'il est « autorisé » par le Sénat. Pour Papon, ce raisonnement vaut « aujourd'hui » pour le royaume de France. Le Parlement étant l'équivalent du Sénat, le roi « ne veut ni entend » que la loi « soit entretenue, ni publiée, sans premier estre rapportée aux parlements » et surtout « vérifiée et *approuvée* ». Parce qu'un ordre royal ne serait pas une « vraie loi », et n'aurait pas la « force de ferme loi » sans le consentement des magistrats qui sont chargés de l'exécuter, ce consentement est compris comme une condition essentielle du processus législatif et de la validité des commandements royaux³⁷.

Délibérer librement, modifier, approuver les « volontés générales » du roi : telles sont donc les fonctions que Papon attribue au Parlement et par lesquelles il fait en quelque sorte de ce Sénat de France le « compagnon » du prince en sa puissance de faire la loi. Pareille conception constitue bien évidemment une critique du pouvoir royal que le juriste forézien n'hésite pas à formuler expressément. Il dénonce notamment l'attitude du chancelier Duprat qui :

« commença soudain que le Roy François premier fut revenu de sa prison, et continua jusques à sa mort d'égratigner, et après d'écorcher et dépouiller ledit Parlement de ses premières prééminences et suprêmes autorités »³⁸.

Surtout, l'association aussi étroite du Parlement au pouvoir législatif représente une critique des enregistrements d'autorité des édits, tels que les lettres de jussion et les lits de justice. Peut-être adressée aux auteurs qui, comme Bodin dans les *Six livres de la République*, rejettent le droit de remontrances prolongées des cours³⁹, cette critique est plus sûrement dirigée contre le pouvoir royal lui-même qui tente de limiter la pratique et la portée des remontrances à l'époque de la rédaction des *Secrets du troisième notaire*, comme en témoignent les deux premiers articles de l'ordonnance

³⁶ *Ibid.*, p. 336.

³⁷ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 335-336. S'inspirant de propos de Dion, Papon affirme dans le prologue que seul « le conseil des sages et doctes personnes » permet de conférer aux actes du prince « force de ferme loi » et de « vérifier la reigle (sic) *quod principi placuit legis habet vigorem* » (*ibid.*, prologue non paginé). Guillaume Budé indiquait déjà que l'approbation des actes du souverain par le Sénat romain avait été maintenue, malgré la *lex regia* et le changement de régime politique (*Annotationes in Pandectas, op. cit.*, p. 128).

³⁸ Cf. *Secrets du troisième notaire, op. cit.*, p. 337. Sur les conflits entre Duprat et le Parlement de Paris, voir E. MAUGIS, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 566 et s.

³⁹ Cf. *Les six livres...*, III, 4, p. 280 et s. À ce sujet, S. GOYARD-FABRE, art. cité, p. 135. J. H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 108 et s.

de Moulins de février 1566⁴⁰. Si Papon, comme Pasquier, se garde bien de nier « l'autorité absolue » du prince, il présente en revanche son exercice par le biais de « deux ou trois lettres de jussions » comme une *contravention* à « l'usage ancien du peuple romain », aux serments des magistrats ou encore aux « opinions de grand poids et conséquence » figurant dans les registres des parlements⁴¹. Jusqu'au XVIII^e siècle, certains de ces arguments continueront d'être invoqués tant par une partie de la doctrine que par les magistrats eux-mêmes.

Rarement d'une grande nouveauté, les idées et arguments retenus et développés par Papon n'en témoignent pas moins de sa position dans les débats qui ont cours en cette seconde moitié du XVI^e siècle. Érigeant littéralement le Parlement en contrepoids institutionnel au pouvoir législatif du roi, ses réflexions font écho aux revendications des magistrats que d'autres auteurs comme Pasquier et Du Harlay ont également soutenues peu d'années auparavant⁴². Son plaidoyer en faveur d'un pouvoir normatif limité se manifeste aussi et davantage encore lorsqu'il traite du pouvoir d'édicter des rescripts particuliers.

⁴⁰ L'article 1^{er} dispose que « les ordonnances (...) seront gardées et observées en nos Parlements (...) nonobstant les remontrances faites ou réservées à faire sur aucuns articles d'icelles, nonobstant aussi que nos Edits et Ordonnances n'ayent esté publiées en aucunes desdites Cours ». L'article 2 précise qu'après les premières remontrances, « leur aurons fait entendre notre volonté, voulons et ordonnons être passé outre à la publication, sans aucune remise à autres secondes » (P. NÉRON et E. GIRARD, *Recueil d'Edits et Ordonnances des rois...*, Paris, 1685, p. 59). Sur les diverses étapes qui ont mené à ces dispositions, S. DAUBRESSE, Charles IX et le Parlement de Paris : à propos de cinq discours du pouvoir, *Revue Historique*, 1997, n° 602, p. 435 et s. Sur l'évolution des règles de l'enregistrement, OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 250 et s. P. SUEUR, *op. cit.*, t. 2, p. 87 et s.

⁴¹ Papon prétend que les Parlements « doient estre délaissés » en la « liberté », « autorité et droit de fonder et d'examiner » les édits. Et d'ajouter : « ce qu'ils ne sont pas, mais le plus souvent sont contraints par jussions réitérées de passer outre » (*Secrets du troisième notaire*, p. 336). Sans remettre en cause la puissance absolue, Pasquier regrette et critique les enregistrements d'autorité, « fléau » que Jean sans Peur, duc de Bourgogne, aurait été le premier à introduire (*Les recherches de la France*, Livre 2, chap. 4, p. 61 Å).

⁴² Parmi les multiples témoignages du discours des magistrats, on peut citer les propos de Jean Le Maistre qui en 1499, affirmait que c'est au Parlement que « les édits et ordonnances prennent leur dernière forme et autorité, quand elles sont publiées et enregistrées » (cité par E. MAUGIS, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 537. C'est nous qui soulignons). E. PASQUIER, *Les recherches de la France*, *op. cit.*, Livre 2, chap. 4, p. 60 B : « fut trouvé bon que les volonteés générales de nos Roys n'obtinssent point lieu d'Edicts sinon qu'elles eussent esté vérifiées et emologuées » par le Parlement. Selon DU HARLAY, « l'une des plus saintes » lois que « vos prédécesseurs ont le plus religieusement gardée » est « de ne publier loy ny ordonnance qui ne fut délibérée et consultée en ceste compagnie [Parlement de Paris] » (cf. *Discours lors du lit de justice du 16 juin 1586*, dans A. Radouant, *Actions et traités oratoires*, p. 216-217). Plus modéré, CHARONDAS, *Pandectes...*, Livre 1^{er}, chap. XIX, p. 224. Sur l'ensemble de cette doctrine, J. H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 18-19 et p. 30-34 ; Q. SKINNER, *op. cit.*, p. 725 et s. ; W.-F. CHURCH, *op. cit.*, p. 143 et s.

II-. Un pouvoir d'édicter des rescrits sensiblement limité

En effet, reprenant une distinction déjà posée par la doctrine médiévale, Papon considère que la puissance de « rescire », à l'inverse de la puissance législative, doit être soumise à l'autorité du droit et de la loi⁴³ (A). Mais, comme pour la puissance législative, le respect des limites qu'implique cette soumission repose également sur le principe de conseil compris largement et prenant la forme des procédures d'entérinement et d'impugnatio des rescrits royaux. Le juriste forézien émet là aussi certaines réserves à l'encontre de l'exercice de l'autorité absolue (B).

A/ Une puissance de rescire soumise à l'autorité du droit et de la loi

Il est manifeste que pour Papon les rescrits des rois de France, qu'il désigne par les expressions « provisions particulières » ou « édits à personnes privées », ne doivent, voire ne peuvent déroger ni au droit divin et naturel et à la raison, ni même au droit positif humain⁴⁴. Bien qu'elle concerne les rescrits et non les lois, l'argumentation du juriste s'inscrit davantage dans la lignée du constitutionnalisme que dans le courant absolutiste dans la mesure où elle consiste à faire prévaloir la célèbre constitution *digna vox* de Théodose et Valentinien (C. 1, 14, 4) sur l'adage *princeps legibus solutus*, mais aussi à la transposer dans le droit public de la monarchie⁴⁵.

Certes, dans le prologue des *Secrets du troisième notaire*, Papon se contente de résoudre l'antinomie des deux textes romains en suivant fidèlement la doctrine antérieure : si le prince *peut* légitimement se dispenser du respect de sa loi, sa *volonté* présumée est de « vivre droit et selon la

⁴³ La doctrine savante considérait déjà que le prince était affranchi de ses lois dans son activité législative, mais qu'il y était soumis dans son activité *de facto* ou lorsqu'il délivrait des commandements particuliers. À propos des origines médiévales de cette distinction, voir par exemple U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milan, 1952, p. 120 et 134.

⁴⁴ En dépit de quelques propos prêtant à confusion, par exemple lorsqu'il écrit que le roi est « solu et de luy dispensé du droit des hommes » (*Secrets du troisième notaire*, p. 337).

⁴⁵ K. PENNINGTON, par exemple, note que la primauté accordée à la constitution impériale témoigne d'une tendance constitutionnaliste (*The Prince and the law*, p. 78), encore persistante au XVI^e siècle : dans ce sens, voir le premier chapitre de l'ouvrage de J. H. FRANKLIN (*op. cit.*, p. 5 et s.) et les développements de Q. SKINNER (*op. cit.*, notamment p. 530 et s.). La prééminence de la *digna vox* est également défendue par d'autres juristes du XVI^e siècle tels que Connan, Duaren ou encore Cujas. Après Papon, elle le sera encore par Charondas, par exemple. Sur l'ensemble de la question, voir notamment A. LECA, *La place de la « lex digna » dans l'histoire des institutions et des idées politiques, L'influence de l'antiquité sur la pensée politique européenne (XVI-XIX siècles)*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 147-148 ; H. MOREL, *L'absolutisme français...*, art. cité, p. 539.

prudence » et de se soumettre à l'autorité du droit et de la loi⁴⁶. Cependant, dans le corps même de l'ouvrage, Papon adopte une opinion nettement plus tranchée. Il se fonde expressément sur les « graves propos » des empereurs Théodose et Valentinien pour affirmer « qu'il n'y a rien de plus digne de la majesté d'un prince que de se montrer sujet à la loi, ni de plus indigne que de s'en dispenser ». Si les princes viennent à corrompre la loi « par leur vie ou *rescrits*, n'y a rien de plus difforme, ny plus contraire à leur estat »⁴⁷. Dans ce sens, Papon insiste longuement sur le caractère exemplaire de la sujétion du prince aux lois en invoquant l'autorité d'auteurs tels qu'Aristote, Cicéron, Plutarque ou encore Claudien⁴⁸, et en évoquant des « anecdotes » tirées de l'histoire romaine⁴⁹. Aussi le devoir de soumettre la puissance d'édicter des *rescrits* au droit et à la loi, devoir auquel le prince est présumé s'être volontairement engagé, implique-t-il l'absence de dérogation aux lois, aux coutumes ou aux règles de droit écrit⁵⁰. Toutefois, dans les *Secrets du troisième notaire*, ce devoir confine parfois à l'impuissance de déroger par *rescrit* aux règles générales⁵¹. Peut-être involontaires, ces glissements sémantiques traduisent en fait la primauté que Papon accorde à la constitution des empereurs Valentinien et Théodose sur l'adage *princeps*

⁴⁶ Cf. *Secrets du troisième notaire*, Prologue, non paginé. Sur les solutions médiévales, U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 127 s. ; E. H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, spéc. p. 109 et s. ; K. PENNINGTON et J. CANNING, art. cité, spéc. p. 402 et 429 ; K. PENNINGTON, *The Prince and the law*, p. 82 et s. ; A. LECA, art. cité, spéc. p. 143-144.

⁴⁷ Cf. *Secrets du troisième notaire*, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁸ Voir notamment p. 339-340. Claudien est également cité à ce sujet dans le *Recueil d'arrestes notables...*, Lyon, 1568, p. 125.

⁴⁹ Il évoque notamment un épisode relatif à Julia, fille « mal nommée et lubrique » d'Auguste qui, s'étant prostituée, avait commis un adultère et avait été chassée de Rome. Son père ayant rencontré l'un des amants « de colère le print au poil, et lui donna quelques coups de poing ». Or ce faisant, il avait contrevenu à une loi qu'il avait lui-même dressée et « par laquelle n'estoit permis, fust père, mari ou autre prochain, de soy venger de sa main d'un adultère, mais remettre le tout aux juges criminels ». Et Papon de conclure que le prince ne doit pas ouvrir « le chemin de mépriser et rompre la loi (...) qu'il devoit premier pratiquer d'autant qu'à sa suite tout le peuple y eust pu donner de même » (*Secrets du troisième notaire*, *op. cit.*, p. 339). Cet épisode de l'histoire romaine relaté par Pindare (*Apophth. Rom.* Auguste, XX) avait aussi été évoqué par Guillaume Budé dans l'*Institution du Prince*, f° 64 r°, *op. cit.*, p. 68 et 112.

⁵⁰ Papon écrit par exemple que les *rescrits* du prince ne doivent pas aller « contre sa loi, ses édits et constitutions » (*Secrets du troisième notaire*, *op. cit.*, p. 338), qu'ils « doyvent estre conformes au droit, et à la loi soit par luy faicte ou autre » (*ibid.*, p. 340). De même, il lui paraît acquis que le souverain « n'a entendu ny voulu déroger en faveur d'un particulier » par *rescrit* « à l'observance de la coutume » (*ibid.*, p. 341).

⁵¹ Par exemple, Papon déduit de l'interprétation de la constitution *digna vox* que « le prince ne peut ny ne doit par ses *rescrits* (...) contrevenir à la loi et à la disposition de droit commun » (*ibid.* C'est nous qui soulignons). Plus loin, Papon écrit aussi que les *rescrits* qui « tendent à la corruption dudit droit commun ne sont ainsi d'eux-mêmes favorables, mais odieux, et par tout interdits » (*ibid.*, p. 356-357. C'est nous qui soulignons).

legibus solutus. En effet, toujours en vue de conforter l'autorité du droit et de la loi sur la puissance d'édicter des rescrits, il soumet le fragment d'Ulpien à une critique historique, caractéristique de l'humanisme. Les célèbres propos du jurisconsulte ne s'appliqueraient qu'aux « Empereurs, Rois et Princes *de son temps* » qui « regnoient selon leurs plaisirs et vouloyent vivre en Dieux, ores qu'ils deussent mourir en hommes ». L'adage *princeps legibus solutus* ne rendrait compte que d'une époque précise de l'histoire romaine durant laquelle les souverains auraient abandonné « l'ancienne civilité » en matière de rescrits. Mais, au lieu de soumettre également la constitution *digna vox* à un examen historique, l'auteur des *Secrets du troisième notaire* vante simplement « ce qui tant *sainctement* a été dit par lesdits Empereurs Theodose et Valentinien », opposant en quelque sorte la sainteté intemporelle du principe impérial à l'historicité des propos d'Ulpien⁵².

Papon ne se contente pas de prendre ainsi position dans une controverse doctrinale pluriséculaire. Il cherche en réalité à montrer que le principe posé par les empereurs mais également d'autres règles romaines qui s'y rattachent sont encore observés dans le droit public de la monarchie. Pour ce faire, il procède à une « conférence » méthodique des constitutions impériales, des ordonnances des rois de France et de la jurisprudence des Cours souveraines⁵³. Ainsi, citant dans un même mouvement l'empereur romain et le roi de France, Papon ne manque-t-il pas de souligner que le second, à l'exemple du premier, a clairement manifesté sa volonté de soumettre ses rescrits au droit et à la loi : en usant de la clause « car ainsi nous plaist », le prince n'a pas « voulu » et n'avait pas l'« intention (...) de rescrire chose injuste, *contre raison et sa loi* comme formellement le proteste l'Empereur Constantin (...) et *plus clairement le Roy Philippe le Bel* » dans ses premières ordonnances⁵⁴. La prégnance du modèle romain est également illustrée à travers les conditions de recevabilité des lettres royaux par lesquelles se réalise en quelque sorte leur soumission au droit. Rapprochant les édits des rois de France des sources romaines dont ils s'inspirent, Papon rappelle que la validité des rescrits dépend d'une exigence de vérité : ils seront déclarés obreptices si une dissimulation de faits a motivé leur obten-

⁵² *Ibid.*, p. 339. Papon constate que l'adage d'Ulpien selon lequel « le Prince n'est aucunement tenu à l'observance de la loi et s'en peut dispenser à plaisir (...) est fort cru » (*ibid.*).

⁵³ Au sujet de ce procédé, J.-L. THIREAU, *Alliance des lois romaines avec le droit français, Droit romain, jus civile et droit français, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 3, 1999, p. 347.

⁵⁴ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 338.

tion, et subreptices si un mensonge a été commis par le requérant⁵⁵. De même, après avoir évoqué plusieurs ordonnances enjoignant aux magistrats de vérifier si les lettres royales ne sont pas « inciviles et déraisonnables », il ajoute immédiatement qu'« autant en est déclaré par la constitution de l'Empereur Justinien *de mand. princip. §. si quis autem* »⁵⁶. L'exigence de civilité que Papon, contrairement à Pasquier et plus tard La Roche Flavin, n'étend pas aux « volontez générales »⁵⁷, signifie que les lettres délivrées à des particuliers doivent être conformes à l'« équité soit écrite ou non écrite », au droit commun, aux coutumes et aux ordonnances⁵⁸. Ce principe général connaît deux exceptions fondées sur une interprétation de la constitution *rescripta contra ius* de Théodose et Valentinien (C. 1, 19, 7). D'une part, le grief d'incivilité tombe si la cause dérogoire du rescrit est prévue par les dispositions du droit commun⁵⁹. D'autre part, Papon précise qu'un rescrit du prince, pourtant dérogoire à une loi, ne sera pas incivil s'il ne cause pas de tort à autrui⁶⁰. L'incivilité est donc constituée dans le cas où

⁵⁵ *Ibid.*, p. 331-332.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 329-330. Sont notamment citées à cette occasion des lettres de Philippe le Bel, l'article 66 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454 et une ordonnance de François I^{er}. Toujours dans le même esprit, Papon ajoute plus loin que le « commandement » que les magistrats « ont en général de n'obéir à telles lettres déraisonnables, ains [=mais] de suivre ce qu'ils doyyent faire nonobstant icelles, est de grande efficace et fondé par toutes les constitutions impériales et édicts » (*ibid.*, p. 332).

⁵⁷ Cf. E. PASQUIER, *Les recherches de la France, op. cit.*, Livre 2, chap. 4, p. 62 A ; B. DE LA ROCHE FLAVIN, *op. cit.*, Chap. 17, n° 1. Au sujet de cet auteur, J. KRYNEN, Une assimilation fondamentale..., art. cité, p. 220.

⁵⁸ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 331. La civilité n'est pas toujours définie de manière précise par les auteurs qui l'invoquent. Lorsqu'elle l'est, les règles ou principes qui en sont constitutifs sont variables. À propos de ces nuances, W.-F. CHURCH, *op. cit.*, p. 141-142. Sur la définition de la civilité, voir aussi les observations de M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, op. cit.*, spéc. p. 187-188.

⁵⁹ Dans ce cas-là, le rescrit est « déclaratif dudit droit commun et non dérogoire (*sic*) » et aucune clause de nonobstance n'est nécessaire (*Secrets du troisième notaire*, p. 341). Voir aussi p. 356. Cette exception était déjà signalée par la doctrine médiévale qui évoquait les dérogoires prévues au « corps du droit », celui-ci désignant le *Corpus*. À ce propos, E. CORTESE, *op. cit.*, t. 2, p. 47 n. 19 ; A. GOURON, La notion de privilège dans la doctrine médiévale du XII^e siècle, *Ius commune*, 1999, spéc. p. 7-9 ; H. DONDORP, *Rescripta contra ius* : Die mittelalterliche Interpretation von C. 1, 19, 7, *Z.S.S., K.A.*, 1997, p. 290-292.

⁶⁰ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 343 : il « n'y a raison, quelle qu'elle soit, qui puisse faire trouver civil ce qui aura été ordonné par le Prince contre le droit d'autrui ». Et d'ajouter : « ne sera toutefois le rescrit empêché, ny trouvé incivil celui qui est contre la loy et les édits, s'il n'est préjudiciable » (*ibid.*, p. 344. C'est nous qui soulignons). Voir aussi p. 338 ou encore p. 332-333 où Papon, après avoir cité plusieurs exemples « qui sont contenus en nostre droit » conclut d'une façon générale que le Prince « n'a voulu quelque chose qui soit contenu aux lettres, faire perdre le droit acquis à autrui (...) et aussi contrevenir directement à ses édits et ordonnances publiées et observées en ce Royaume » (c'est nous qui soulignons). La constitution de Théodose et Valentinien citée par Papon précise que les rescrits sont nuls à moins que « *non laedat alium et prosit petenti* ». Sur l'interprétation médiévale de cette partie du texte, H. DONDORP, art. cité, p. 286-289 ; U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 156-158.

l'acte royal est dérogoire à une *norme générale* – telle qu'une coutume, une disposition de droit commun ou une loi –, et simultanément préjudiciable à un *droit particulier* acquis et garanti par cette norme⁶¹. On sait que le respect du droit d'autrui, conçu comme une limite à la puissance d'édicter des rescrits, est un principe prescrit par les rois eux-mêmes, inscrit dans leurs lettres patentes sous la forme d'une clause de style et généralement admis par la doctrine médiévale et moderne⁶². Cela étant, l'intérêt des *Secrets du troisième notaire* tient au fait que Papon, fort de sa connaissance de la jurisprudence des arrêts, illustre la pénétration des règles romaines par divers exemples tirés de la pratique judiciaire française. L'exemple le plus significatif concerne ce paysan qui n'avait pas fait insinuer un testament dans le délai prescrit par les ordonnances royales⁶³. Les lettres qu'il obtint pour être relevé de ce défaut d'insinuation et bénéficier de l'héritage furent déclarées inciviles d'une part parce que la « rusticité » de ce paysan n'était

⁶¹ À ce sujet, certains ont parlé d'une confusion entre droit subjectif et objectif. Dans ce sens U. NICOLINI, *ibid.*, p. 160-161 et p. 168 ; G. GORLA, art. cité, p. 645. Mais, d'un point de vue terminologique, il paraît plus convenable de distinguer particulier et général, comme le fait M.-F. Renoux-Zagamé. Dans la pratique judiciaire, comme l'a relevé cet auteur à partir d'une étude détaillée de la Collection Le Nain, « les plaidoiries glissent de la démonstration des préjudices subis au rappel que de ce fait, la mesure est contraire au droit, ce qu'elles expriment en affirmant que les lettres sont inciviles » (« *Et a le roi...* », art. cité, p. 183-184).

⁶² La grande ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1303 (n. st.) dispose que les procureurs devront conserver et servir « notre droit (...) sans porter préjudice au droit d'autrui ». S'agissant de la clause réservative du droit d'autrui contenue dans les lettres, G. TESSIER, *Diplomatique royale française*, Paris, 1962, p. 255. F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du roi*, op. cit., spéc. p. 272, 282-283 et 288. Ph. SUEUR, op. cit., t. 2, p. 122-123. D'un point de vue doctrinal, le principe est affirmé par les romanistes médiévaux (cf. U. NICOLINI, op. cit., spéc. p. 158 et s.), mentionné par Ph. de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, 1900, éd. Salmon, t. 2, p. 63, chap. 35, n° 1104, toujours affirmé au XVI^e siècle, notamment par DUMOULIN, *Commentarii in consuetudines parisienses*, dans *Opera...*, op. cit., t. 1, col. 996, art. 43, gl. 1, n° 50, et col. 1169, art. 51, gl. 2, n° 97. À ce propos, J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, 1980, p. 269, par BODIN (op. cit., Livre 1, chap. 8, p. 128 et s.) et par de nombreux autres juristes : CHARONDAS, *Pandectes...*, op. cit., Livre 1^{er}, chap. XIX, p. 228 et 231 ; L. BOUCHEL, *La Bibliothèque ou Trésor du droict françois*, Paris, 1629, t. 3, p. 442, V^o Sauf nostre droict et l'autrui ; B. AUTOMNE, *La conférence du droict françois avec le droict romain*, Paris, 1628, t. 2, p. 38 ; E. de Laurière dans la préface de P. NÉRON et E. GIRARD, *Recueil d'Edits et Ordonnances des rois...*, Paris, 1720, t. 1. Sur l'ensemble de la question, voir surtout G. GORLA, art. cité, p. 629 et s.

⁶³ « Si c'est donation, soit entre vifs ou à cause mort, substitution testamentaire ou contractuelle, faudra qu'elles soient insinuées dans le temps expressément donné par l'ordonnance dont la clef et ce qui est aujourd'hui le plus subject d'estre observé est prins de ladite ordonnance de Moulins, articles 57 et 58 qui est de six mois pour les substitutions, et des quatre mois pour les donations » (J. PAPON, *Trias judiciaire du second notaire*, op. cit., p. 644). Voir aussi *Recueil d'arrests notables...*, p. 125. L'insinuation des donations est aussi prescrite par l'article 132 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 (cf. *Isambert*, t. 12, p. 627). À ce sujet, J. BART, op. cit., p. 269 et 389.

pas une cause dérogoire contenue dans le droit commun et ne pouvait donc l'exempter du respect des prescriptions légales ; et d'autre part parce qu'« était acquis par l'édit aux héritiers légitimes le *droit de succéder* privativement du substitué », autrement dit parce que le rescrit portait simultanément atteinte à une loi du roi et au droit particulier des héritiers⁶⁴.

Civilité des rescrits et vérité des motifs ayant déterminé leur octroi constituent donc deux limites essentielles au pouvoir de délivrer des lettres particulières dont Papon s'applique à montrer qu'elles trouvent leur origine en droit romain et qu'elles sont fondées en France sur la volonté même des rois. La soumission de la puissance de « rescire » à ces limites doit être garantie par l'entérinement et l'impugnacion des rescrits.

B/ Une soumission garantie par l'entérinement et l'impugnacion des rescrits

L'entérinement des rescrits par les magistrats offre à nouveau à Papon l'occasion de contester l'un des aspects de l'absolutisme législatif : l'usage de la clause *ex proprio motu*. Plus fidèle à la pratique monarchique, son exposé relatif à l'impugnacion des rescrits met néanmoins en évidence la part que prennent les sujets au devoir de conseil.

Critique à l'égard des enregistrements d'autorité des édits, Papon l'est aussi à l'égard de la clause *de nostre propre mouvement* figurant dans les rescrits particuliers. Conformément à plusieurs ordonnances, les lettres royaux doivent être adressées aux Cours qui, avant de les entériner, en vérifient la civilité⁶⁵. Les magistrats sont aussi chargés de contrôler la vérité des motifs allégués par les requérants et peuvent déclarer les rescrits irrecevables, ainsi qu'on l'a rappelé, soit pour obreption si des faits ont été dissi-

⁶⁴ Cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 342 (c'est nous qui soulignons). Hormis la juridiction dont émane l'arrêt – le Parlement de Paris (*ibid.*, p. 325) – Papon ne fournit pas d'autres indications. Il pourrait s'agir d'un arrêt du 10 avril 1554 qu'il ne fait que mentionner dans son *Recueil d'arrests notables...*, *op. cit.*, p. 378. Pour d'autres exemples, voir encore les *Secrets du troisième notaire*, p. 332-333 et p. 344.

⁶⁵ Et si les lettres « sont inciviles, doyyent lesdits juges rejeter de leur office (...) comme étant contre le droit et l'équité » et doivent en débouter l'impétrant (*ibid.*, p. 332). Dans une affaire déjà citée, la clause de « propre motif » n'avait pas empêché les magistrats de juger incivile la lettre obtenue par le paysan pour être relevé d'un défaut d'insinuation du testament, et d'en débouter son bénéficiaire (*ibid.*, p. 342).

mulés, soit pour subreption si la requête comporte un mensonge⁶⁶. Mais, lorsque la lettre comporte une clause *ex proprio motu*, il « n'escherra cognoissance de cause » : il est alors interdit aux magistrats d'examiner les motifs. Au regard de l'exigence et du contrôle de la vérité des faits, les lettres sur requête et les lettres de propre mouvement du souverain sont donc soumises à un régime différent que Papon évoque, certes, mais qu'il conteste⁶⁷.

Prenant à nouveau le parti des magistrats, il plaide pour une vérification des motifs étendue à tous les rescrits au mépris de la clause *ex proprio motu* qui exprime pourtant la pleine puissance du prince. C'est qu'en pratique une lettre, bien que revêtue de cette clause, peut avoir été délivrée à la requête d'un particulier : la vérité des faits ayant justifié le rescrit mérite alors d'être contrôlée par les cours. Cette raison sur laquelle repose probablement l'opinion de Papon est expressément formulée par Bodin qui voit dans la clause du propre mouvement du roi un moyen, souvent obtenu à renfort d'insistance et d'importunité par les particuliers, pour « frauder les lois et abuser de la religion du Prince et des magistrats »⁶⁸. Ainsi les deux juristes sont-ils d'avis que, dans l'hypothèse où un rescrit procédant du propre mouvement du prince contient une « commission d'exécuter son commandement », le magistrat devra tout de même connaître de sa teneur

⁶⁶ Papon considère que les « rescrits ne doivent être sans la clause ordinaire SI PRECES VERITATE NITANTUR » (*ibid.*, p. 364) par laquelle le Prince « remettant aux juges » la connaissance des rescrits, « entend que ce soit pour de toutes parts examiner le fait et fonder que c'est, pour après suyvre ce qui est mandé, ou bien en débouter l'impétrant » (*ibid.*, p. 368). Les magistrats devront « cognoitre si elles ont esté obtenues sous faux donné à entendre, et si elles sont obreptices ou subreptices, ou bien *vraye* en leur récit et parainsi civiles et recevables » (*ibid.*, p. 329). Sur la clause et les controverses auxquelles elle a donné lieu parmi les civilistes médiévaux, E. CORTESE, *op. cit.*, t. 2, p. 63 et s.

⁶⁷ Pour la distinction du régime, *Secrets du troisième notaire*, p. 329. Sur la clause du propre mouvement, voir par exemple G. PRAT, *Etude sur le motu proprio des origines au début du XVI^e siècle*, Melun, Librairie d'Argences, 1945, p. 13 et s.

⁶⁸ Cf. J. BODIN, *Les six livres...*, Livre 3, chap. 4, p. 287. Et d'ajouter : « car il n'y a Empereur ny Roy, lorsqu'il est question de rompre une loy ou casser un édict, et faire place aux dispenses et privilèges qui n'adjouste ces mots, *De nostre propre mouvement* : ores que les princes ayent esté importunez et quasi forcez d'otroyer ce qu'on leur a demandé (...) la clause DE MOTU PROPRIO qui excuse tous impétrans de lettres, ores qu'elles fussent très iniques, et en vertu de ceste clause, la cognoissance des subreptions et obreptions cesse ». Présentant cette clause comme « pernicieuse », les propos de Bodin prennent place parmi d'autres affirmations qui infléchissent « l'interprétation simplificatrice et tendancieuse » parfois proposée de sa doctrine. Dans ce sens, S. GOYARD-FABRE, Le magistrat de la république, *Jean Bodin. Nature, histoire, droit et politique*, sous la dir. de Y.-C. Zarka, Paris, PUF, 1996, p. 140-141 ; F. SAINT BONNET, Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ?, *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2000, n° 32, notamment p. 12. Signalons que les rois eux-mêmes prescrivaient aux magistrats de ne pas entériner les lettres patentes obtenues « par importunité de requérans » (Ordonnance de Montils-lès-Tours, article 66, *Isambert*, t. 9, p. 202 et s.).

et en examiner la vérité : si le magistrat juge les motifs inexacts, il pourra surseoir à l'exécution du rescrit, saisir le prince et lui remonter la vérité des faits, accomplissant ainsi son office de conseil⁶⁹. En revanche, une divergence particulièrement significative apparaît entre Bodin et Papon à propos de l'hypothèse, différente de la précédente, 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 éclairée⁷⁰. Dans ce cas, l'auteur des *Six livres de la République* estime « qu'il n'appartient pas au magistrat de passer par-dessus les défenses du prince »⁷¹. Et, à ses yeux, ce serait « rendre illusoire (...) la majesté du prince » et mettre en danger « l'estat » que de soutenir le contraire⁷². 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 prince⁷³. Et renversant d'une certaine manière les arguments de Bodin, il

⁶⁹ À l'appui de cette opinion, tous deux invoquent une constitution de Constantin. Papon écrit que « l'Empereur Constantin en la loy et si non *cognitio si contra ius etc*, ordonne que nonobstant ce, que la cognoissance ne soit commise mais la simple exécution, si c'est un juge et magistrat, il ne doit laisser de s'enquérir de la vérité du fait et d'en connaître tout ainsi que s'il luy estoit mandé ». Il « pourra l'ouïr et prendre cognoissance de tout cela, sans en rien décider, mais sans procéder plus avant à l'exécution, renvoyer le tout ainsi par luy cognu et apprins au Prince et son conseil » (*Secrets du troisième notaire*, p. 366). Le même « remède » est proposé par Bodin qui soutient qu'« à fin que les Magistrats n'en prétendissent cause d'ignorance, l'Empereur Constantin en fit un édict expres (...) s'il est porté qu'on procède à l'exécution estant le prince bien informé de la vérité du fait, néanmoins, le magistrat doit cognoistre de la vérité nonobstant la *clause que j'ay dit [de motu proprio]* qui ne doit empescher la cognoissance, ni faire aucun préjudice à un tiers et beaucoup moins au public, encores moins à la vérité » (*Les six livres...*, p. 287).

⁷⁰ Sur la conception des romanistes médiévaux au sujet de la *certa scientia* du prince en matière de rescrits, voir surtout E. CORTESE, *op. cit.*, t. 2, p. 56-63 et G. GORLA, art. cité, p. 648-650. Voir aussi J. KRYNEN, « De nostre certaine science... ». Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française, *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, sous la dir. de A. Gouron et A. Rigaudière, Montpellier, 1988, p. 131 et s.

⁷¹ Bodin précise qu'« il y a différence quand le prince déclare qu'il cognoist la vérité et quand il défend de s'en enquérir (...) quand le prince défend au magistrat de prendre cognoissance du fait on doit présumer qu'il a bien entendu ce qu'il faisoit et qu'il n'a pas voulu que le magistrat en prist cognoissance » (*Les six livres...*, p. 288).

⁷² Parmi les partisans de cette opinion qu'il juge « très pernicieuse et dangereuse à un estat », Bodin cite Felinus et Panormitain (*ibid.*). Papon connaissait la doctrine de Panormitain qu'il cite à propos des motifs d'irrecevabilité des lettres (cf. *Secrets du troisième notaire*, p. 331) et c'est peut-être de cette doctrine qu'il s'inspire.

⁷³ Papon écrit par exemple que « toutes provisions, soyent de grâce, ou de justice sont ordinairement adressées à certains magistrats, à qui faut les présenter pour estre par eux vérifiées et intérinées » (*ibid.*, p. 329. C'est nous qui soulignons). Voir aussi p. 366 : « A esté commencé cy dessus de parler de la *cognoissance qui doit être prise de tous rescrits* » (C'est nous qui soulignons). Ailleurs, il constate l'existence de rescrits contenant une interdiction de connaître : « si par le prince sont octroyées lettres de propre motif par lesquelles soit permis à aucun soy saisir et mettre en possession de quelque immeuble de son autorité, sans estre tenu de s'adresser, ny d'attendre décret et permission du juge ou magistrat et qu'à tous soit

estime que la connaissance de cause étendue à tous les rescrits est conforme à la souveraineté des rois de France et à la *respublica*. Invoquant à nouveau la constitution *digna vox*, le juriste forézien rappelle que les monarques français « ont toujours déclaré vouloir (...) par leurs édits conformément à la *majesté* dont ils tiennent » que « rien ne soit permis ny laissé sans estre fondé en vérité et justice ». Et il soutient que cette solution satisfait l'intérêt « de la république » ou « à tout le moins de la police universelle et *justice exemplaire* que le roi doit à ses sujets »⁷⁴. La conception développée dans les *Secrets du troisième notaire* repose donc sur l'idée que la science du prince est limitée au droit et que les motifs d'un rescrit, seraient-ils propres au prince ou présentés comme tels, relèvent toujours des faits que les magistrats ont compétence de connaître et de vérifier. Bien qu'elle porte sur un point très précis, la comparaison entre l'opinion de Bodin et celle de Papon permet d'illustrer l'une des divergences entre une tendance doctrinale qui préfère voir les magistrats « ployer sous la majesté souveraine en toute obéissance » – pour reprendre les termes de Bodin –, et un autre courant de pensée auquel appartient Papon, favorable à un contrôle actif et étendu des magistrats⁷⁵.

L'entérinement des rescrits doit d'autant moins être entravé qu'il est souvent l'occasion pour les particuliers de les impugner⁷⁶.

Qualifiée aussi d'appel, d'appellation et plus souvent d'opposition, l'impugnacion désigne une procédure par laquelle les gens du roi, notamment le procureur général, mais aussi les tiers auxquels Papon consacre

interdit d'en prendre cognoissance (...) pareilles lettres ont esté veues closes et patentes qui ont fait passer plusieurs personnes sous la révérence du sceau et des jussions de majesté ». Mais Papon ajoute que le Prince ne les aurait pas accordées « si la vérité luy eust esté dite » (*ibid.*, p. 349. C'est nous qui soulignons).

⁷⁴ Reprenant expressément les termes de la constitution *digna vox*, Papon écrit que « ce sont termes dignes de majesté et de haute et grave justice. Par iceux toutes querelles, ordonnances, mandemens du prince sont réduits et remis en cognoissance de cause » (*ibid.*, p. 367). De plus, l'interdiction de connaître rendrait inutile la commission conférée par le roi aux baillifs et sénéchaux, laquelle comprend précisément la connaissance de cause (*ibid.*, p. 366).

⁷⁵ Dont fait partie par exemple Etienne Pasquier qui écrit à ce sujet : « et posé le cas que parfois elles [lettres patentes du roi] soient de leur mouvement, toutefois fort aisément passent-elles en force de chose arrestée, ains se sont toujours réservées les Cours, la liberté d'user de remonstrance au roy, pour luy faire entendre que ses mouvements doivent s'accorder à raison » (*Pour parler du Prince*, dans *Les recherches de la France*, op. cit., p. 1000 D).

⁷⁶ « Ce n'est pas tout que de cognoistre de la vérité du contenu au rescrit et de ce qui est exposé par iceluy pour obtenir l'entérinement, mais est requis que tous soyent appellés qui y peuvent prétendre interest » (*Secrets du troisième notaire*, p. 368). Papon souligne qu'en l'absence d'une connaissance de cause « seroyent frustratoirement introduites et permises les exceptions d'obreption, subreption et autres plusieurs » (*ibid.*, p. 364).

exclusivement ses développements, peuvent contester en justice une lettre patente du roi⁷⁷. Plus descriptif mais toujours dominé par le principe de conseil, l'exposé que consacre le juriste forézien à cette procédure présente un triple intérêt.

Alors que dans la pratique, l'opposition est parfois dirigée contre des lettres de portée générale, Papon en restreint l'application aux rescrits particuliers, restriction déjà apparue dans la pratique judiciaire au XV^e siècle, systématisée par la doctrine au XVI^e siècle et qui sera consacrée par une déclaration royale de 1673⁷⁸. Cette limitation n'empêche pourtant pas de se demander dans quelle mesure la contestation par des particuliers d'actes émanant du roi ne remet pas en cause son autorité souveraine. Le deuxième intérêt des *Secrets du troisième notaire* consiste précisément à répondre à cette question.

Afin de démontrer que l'impugnation des rescrits est une procédure respectueuse de la majesté royale, l'auteur des *Secrets du troisième notaire* propose deux arguments. Le premier qu'il puise dans le droit romain, chez les juristes médiévaux et qui est commun à la doctrine moderne consiste à distinguer l'octroi du rescrit de son exécution. Reconnaître aux sujets la faculté de protester contre l'octroi des lettres royales serait « contraire au terme de Majesté » car cela reviendrait à « soumettre un Prince et ce qui procède de lui à la correction et amendement de ceux qui le reconnaissent pour Prince et qui a droit de leur commander et défendre ». Impugner la délivrance même des rescrits constituerait un « crime de lèse-majesté » comme certains avocats l'avaient relevé dès le XIV^e siècle lors de diverses procédures d'opposition devant la Cour de Parlement, et comme le répète

⁷⁷ Sur les origines de l'opposition du procureur du roi, G. LEYTE, Les origines médiévales du ministère public, *Histoire du parquet*, sous la dir. de J.-M. Carbasse, Paris, PUF, 2000, spéc. p. 48-51. Pour des exemples d'opposition, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « *Et a le roi...* », art. cité, p. 182 et s. Pour des exemples au XVII^e siècle, M. DILLAY, Conclusions du procureur général au Parlement de Paris relatives à la vérification et à l'enregistrement des lettres patentes (Quelques exemples du commencement du règne de Louis XIII), *RHD*, 1955, spéc. p. 257, 259, 265.

⁷⁸ Papon précise que l'impétrant « est subject à estre débouté » (*Secrets du troisième notaire...*, p. 364-365), sous-entendant ainsi que seules les lettres obtenues sur requête d'un particulier peuvent faire l'objet d'une opposition. En 1498, la distinction de régime entre les rescrits particuliers et les lettres générales avait été évoquée par l'avocat général Le Maistre en 1498 : cf. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « *Et a le roi...* », art. cité, p. 178. S'agissant de la systématisation doctrinale, voir par exemple, J. BODIN, *Les six livres...*, Livre 3, chap. 4, p. 280-292, spéc. p. 281. Pour la déclaration du 24 février 1673, *Isambert*, t. XIX, p. 70-75.

Papon⁷⁹. Pourtant, faire de la civilité et du respect du droit d'autrui une réserve au pouvoir d'édicter des rescrits n'a de sens et d'intérêt qu'à la condition que les tiers puissent effectivement défendre leurs droits et s'opposer à d'éventuelles atteintes. L'impugnatio d'un rescrit est alors légitime si elle a pour objet l'exécution de la lettre royale et non son octroi⁸⁰. Distinguer les deux permet d'une part de préserver la souveraineté royale de toute contestation et, d'autre part, de concilier la puissance d'édicter des rescrits avec la procédure de sauvegarde des droits d'autrui.

Toujours dans ce sens, le second argument de Papon consiste à présenter la procédure d'impugnatio comme un complément nécessaire au principe du conseil. Si le prince a le *pouvoir* d'édicter toutes formes de rescrits, il *ne veut pas*, comme en témoignent les ordonnances royales et les clauses des lettres elles-mêmes, que ses rescrits portent préjudice au droit d'autrui. Pour éviter cela, Papon, à l'exemple d'illustres prédécesseurs, insiste sur l'audition nécessaire et préalable à l'octroi des lettres des sujets susceptibles d'avoir un « intérêt »⁸¹. Cependant, il est clair que pareille audition en conseil n'est pas toujours possible en pratique. Il arrive donc que le prince soit insuffisamment informé et, partant, que soit contredite l'intention qu'il a manifestée dans ses ordonnances de ne pas porter préjudice aux tiers. En offrant à ces derniers la possibilité de faire valoir leurs droits, la procédure d'impugnatio a donc aussi pour but d'éclairer *a posteriori* la volonté du prince. C'est ce qu'expose Papon lorsqu'il adresse des conseils aux particuliers et à leurs avocats afin qu'ils forment leur opposition avec

⁷⁹ Il parle précisément d'une « espèce de crime de Majesté » (*Secrets du troisième notaire...*, p. 349). Devant la Cour, certains avocats prétendaient que l'impugnatio blessait la « *potestas regia* ». À ce sujet, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « *Et a le roi...* », art. cité, p. 175-176. D'un point de vue doctrinal, G. GORLA (art. cité, p. 652-653) souligne que le principe *sacrilegium est de potestate Principis disputare* est fondé de manière artificielle sur deux textes romains.

⁸⁰ Le principe est affirmé à plusieurs reprises par Papon, par exemple p. 349 où il en rappelle les sources : « Notamment est dit d'appeler de l'exécution des lettres du Prince car de l'ottroy d'icelles ne peut ny doit estre appellé comme dit Accurse en sa glose sur la loy seconde de *appellat. C.* et expressément l'Emper. Constant. en la loy *ne causas. 15.* audit titre » (*Secrets du troisième notaire...*, p. 349. Voir aussi p. 329, 348 et 351). Parmi les juristes français du XVI^e siècle qui posent ce principe, voir par exemple C. DUMOULIN, *Commentarii in consuetudines parisienses*, dans *Opera...*, *op. cit.*, t. 1, col. 1368, art. 74, gl. 1, n° 90 : « (...) *appelavit, non a litteris seu commissione, quod impossibile esset, cum appelletur a Rege nec ab eius Cancellaria sed ab executione dictarum literarum regiarum* (...) ».

⁸¹ Dans le paragraphe intitulé : « de quelle délibération sont rescrits ottroyés » (*Secrets du troisième notaire...*, p. 321-322), il rappelle qu'Accurse et Balde étaient d'avis « que l'ottroy des provisions du prince se doit faire par délibération du conseil, qui est près de luy ou en la Chancellerie, sembleroit que ceux contre qui elles sont requises et qui y ont intérêt, deussent estre appellés et ouïs ». Plus loin, il souligne qu'avant l'octroi de rescrits particuliers, « il faudroit ouïr (...) ceux qui y ont intérêt et du droit desquels est question » (*ibid.*, p. 343).

« la révérence due au nom du Prince ». L'avocat « dira (...) contre lettres inciviles que le Prince n'a voulu faire tort à sa partie et non qu'il n'a pu »⁸². À défaut d'avoir pu éclairer la *volonté* royale au moment de la délivrance du rescrit, les tiers sont en mesure de le faire grâce à la procédure d'opposition.

Enfin, l'exposé de Papon présente l'intérêt de mettre en évidence la nature judiciaire de l'impugnation des rescrits. Le juriste la qualifie expressément de « trias judiciaire ». Il entend ainsi souligner qu'à l'instar de toute procédure, l'impugnation fait intervenir un demandeur qui est le requérant agissant en vue de l'entérinement de son rescrit, un défendeur, à savoir le tiers qui, dès lors qu'il a un intérêt à agir, peut introduire ce que Papon appelle des « exceptions » d'incivilité, d'obreption et de subreption en vue de défendre ses droits et, enfin, un juge chargé de statuer⁸³.

Le tiers qui souhaite contester l'exécution du rescrit doit saisir la juridiction compétente qui varie selon l'institution qui a délivré les lettres⁸⁴. Surtout, la recevabilité de son impugnation repose sur une condition essentielle de la procédure judiciaire : l'existence d'un intérêt qui, comme l'écrit Papon dans son *Trias judiciaire*, « est la source de toutes actions et de toutes poursuites », « le principal subject de toutes actions et demandes »⁸⁵. Ainsi, l'impugnation, conçue comme un moyen d'instruire *a posteriori* le prince, ne peut-elle procéder que d'un particulier qui soit en mesure de le faire et qui ait par conséquent un intérêt à contester le rescrit. Désignant d'une manière générale le fait « d'avoir perdu et souffert diminution du sien »⁸⁶, l'intérêt d'un tiers peut notamment consister en une atteinte portée à son droit, intérêt que peut naturellement réfuter le bénéficiaire des lettres

⁸² Cf. *ibid.*, p. 333. « L'avocat de partie doit adviser en les [rescrits] impugnant de ne toucher à la puissance dudit Prince, en disant, qu'il n'a pu ottroyer telles lettres, mais seulement qu'il n'a onques entendu ny voulu l'ottroyer ainsi », faute de quoi, il « sera réputé insolent » (*ibid.*, p. 332).

⁸³ Rappelons que le *Trias judiciaire du second notaire* est l'intitulé du deuxième volume de sa trilogie, consacré à la procédure qui comporte « action, exception, sentence : c'est-à-dire un demandeur, un défendeur, un juge » (*Trias judiciaire...*, p. 1). Sur la qualification de « trias judiciaire » appliquée à l'impugnation, voir *Secrets du troisième notaire...*, p. 368, où Papon écrit : « L'impétrant seul ne peut remplir le trias judiciaire, ne peut représenter ny faire office, que d'un demandeur, qui doit avoir un adversaire et défendeur, contre qui il puisse conclure ». Au sujet de la qualification d'exception appliquée aux motifs d'irrecevabilité des rescrits, *ibid.*, p. 364.

⁸⁴ S'il s'agit de lettres du grand sceau émanant de la Chancellerie ou du Roi en son conseil, le défendeur devra « déclarer son appellation ès mains du sergent exécuteur de l'adjournement ou bien par devant le juge qui sera délégué, soit civil ou criminel » (*ibid.*, p. 348). S'il s'agit de lettres délivrées par les petites chancelleries, elles doivent être impugnées devant la juridiction du ressort dans lequel elles sont exécutoires (*ibid.*, p. 351).

⁸⁵ Cf. *Trias judiciaire...*, p. 741.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 741-742.

royaux. De nature dilatoire, l'exception d'incivilité, d'obreption ou de subreption a pour effet de suspendre l'exécution du rescrit : ceux qui procéderaient à son exécution, le requérant ou le juge par exemple, engageraient leur responsabilité et seraient passibles de sanctions pénales⁸⁷. Le juge saisi a l'obligation d'examiner les exceptions introduites par le défendeur⁸⁸. L'examen d'une exception d'incivilité consistera donc à vérifier la contravention du rescrit au droit du défendeur. Lorsqu'il s'agit d'exception d'obreption ou de subreption, le magistrat devra vérifier si la preuve est apportée de faits contraires « à ceux qui sont narrés par le rescrit ». Cela étant, l'omission de faits et le mensonge du requérant n'entraînent pas systématiquement l'irrecevabilité du rescrit. Ils font l'objet d'une appréciation du juge dont Papon détaille et illustre amplement le critère : le caractère déterminant ou non des faits oubliés ou dissimulés volontairement par le requérant. Si l'oubli ou le mensonge concerne des faits n'ayant pas motivé l'octroi du rescrit, ils ne sont pas constitutifs d'obreption ou de subreption. En revanche, dans le cas contraire, l'impétrant est « sujet à estre débouté » par le juge⁸⁹.

Ainsi, par le jugement qu'ils sont amenés à porter sur les rescrits, comme sur les lois, les magistrats apparaissent, à travers les *Secrets du troisième notaire*, comme le rouage essentiel modérant et bridant la puissance normative du roi. Leur assimilation aux sénateurs et les prérogatives qui leur sont attribuées à ce titre, la désapprobation des enregistrements d'autorité, la valeur accordée à la constitution *digna vox* ou encore la critique de la clause *ex proprio motu* sont autant d'indices qui témoignent de l'attachement de Papon à une monarchie tempérée et qui confèrent à sa conception une évidente inflexion constitutionnaliste. Probablement déçu par l'expérience qu'il a eue des Etats généraux, le juriste forézien reporte sur le Parlement l'espoir de voir régner l'esprit de conseil, seul « remède » susceptible à ses yeux de mettre un terme à la crise civile et religieuse qui frappe le royaume de France.

Laurent PFISTER,
Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin

⁸⁷ Cf. *Secrets du troisième notaire...*, p. 348-349. Le caractère dilatoire signifie que l'exception a pour but de « remettre à autre temps l'effet » du rescrit jusqu'au jugement de l'appel. Sur ce caractère, *Trias judiciaire...*, p. 608.

⁸⁸ Cf. *Secrets du troisième notaire...*, p. 332 et 366.

⁸⁹ Sur les critères d'appréciation du juge et les nombreux exemples fournis par Papon, *ibid.* p. 364-365.