

CENTRE TOULOUSAIN D'HISTOIRE DU DROIT  
ET DES IDÉES POLITIQUES

ÉTUDES D'HISTOIRE  
DU DROIT ET DES IDÉES  
POLITIQUES

N° 10/2006

**HISTOIRE  
DE L'HISTOIRE DU DROIT**

*Actes des Journées internationales  
de la Société d'Histoire du Droit  
Toulouse, 1-4 juin 2005*

*Textes réunis par Jacques Poumarède*

*Préface de Anne Lefebvre-Teillard*

HISTOIRE DE L'HISTOIRE DU DROIT

*Presses Université Sciences Sociales Toulouse 1*

***Ont collaboré à cet ouvrage :***

Fernando DE ARVIZU, *professeur à l'Université de León.*

Frédéric AUDREN, *chargé de recherches au CNRS.*

Jean-Marie AUGUSTIN, *professeur à l'Université de Poitiers.*

Mircea Dan BOCSAN, *docteur en droit, lecteur à la Faculté de droit de l'Université « Babés-Bolyai », Cluj-Napoca.*

Pierre BODINEAU, *professeur à l'Université de Bourgogne.*

Marie Bernadette BRUGUIERE, *professeur émérite de l'Université des sciences sociales Toulouse I.*

Christophe CAMBY, *doctorant en histoire du droit au Centre d'Histoire du droit de l'Université Rennes I.*

Jean-Marie CAUCHIES, *professeur aux Facultés Saint-Louis de Bruxelles et à l'Université catholique de Louvain.*

Christian CHENE, *professeur à l'Université René Descartes Paris V.*

Marie-Yvonne CREPIN, *professeur à l'Université Rennes I.*

Jacqueline DAVID-MOREAU, *professeur à l'Université René Descartes Paris V.*

Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE, *professeur à l'Université R. Descartes Paris V.*

Yann-Arzel DURELLE-MARC, *maître de conférences à l'Université de Franche-Comté.*

Robert FEENSTRA, *professeur émérite de l'Université de Leyde.*

Rui DE FIGUEREIDO MARCOS, *professeur à l'Université de Coimbra.*

Françoise FORTUNET, *professeur à l'Université de Bourgogne.*

Henri GILLES, *professeur émérite de l'Université des sciences sociales Toulouse I.*

Xavier GODIN, *maître de conférences à l'Université de Nantes.*

Gérard GUYON, *professeur à l'UniversitéMontesquieu Bordeaux IV.*

Nader HAKIM, *maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.*

## HISTOIRE DE L'HISTOIRE DU DROIT

Jean-Louis HALPERIN, *professeur à l'Ecole Normale Supérieure (Ulm).*

Jean HILAIRE, *professeur émérite de l'Université Paris II.*

Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *président de la Société d'histoire du droit, professeur à l'Université Paris II,*

Hervé LE ROY, *maître de conférences à l'Université des sciences sociales Toulouse I.*

Marc MALHERBE, *maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.*

Philippe NELIDOFF, *professeur à l'Université des sciences sociales Toulouse I.*

Norbert OLSZAK, *professeur à l'Université Robert Schuman-Strasbourg I.*

Gian Savino PENE VIDARI, *professeur à l'Université de Turin.*

Jacques POUMARÈDE, *professeur à l'Université des sciences sociales Toulouse I.*

Maria Gigliola DI RENZO VILLATA, *professeur à l'Université de Milan.*

Rosalía RODRIGUEZ LOPEZ, *professeur à l'Université de Almeria.*

Germain SICARD, *professeur émérite de l'Université des Sciences sociales Toulouse I.*

Maria Rosa DI SIMONE, *professeur à l'Université de Teramo.*

Sylvain SOLEIL, *professeur à l'Université Rennes I.*

Fred STEVENS, *professeur à la Katholieke Universiteit Leuven.*

Jean-Louis THIREAU, *professeur à l'Université de Paris I (Centre d'Histoire des droits communs).*

Olivier THOLOZAN, *maître de conférence à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III.*

Raoul C. VAN CAENEGEM, *professeur émérite de l'Université de Gand.*

Olivier VERNIER, *professeur à l'Université de Nice.*



## PRÉFACE

Que dire en préface aux Actes de ces « Journées » que Jacques Poumarède qui en fut la cheville ouvrière n'ait pas dit dans leur « présentation » ? Le thème lui tenait depuis longtemps à cœur... Dois-je avouer que je fus, en tant que président, quelque peu réticent au départ ? Deux raisons à cela : la crainte que cette historiographie de notre discipline ne se prête trop facilement au règlement de comptes scientifique et/ou politique n'intéressant que quelques initiés; la crainte que l'ampleur du sujet ne conduise à une dispersion néfaste à la cohérence de l'ensemble. Il ne fallait pas perdre de vue que la Société d'Histoire du Droit compte près de sept cents membres appartenant à une trentaine de pays... La réflexion que nous avons menée de conserve au cours de la préparation de ces « Journées » a su dissiper l'une et l'autre et je ne puis que me réjouir du résultat. Ces Actes seront une véritable « mine » pour tous ceux qui, de plus en plus nombreux, s'intéressent à l'historiographie de l'histoire du droit, cette discipline qui demande à ceux qui la servent d'être à la fois juriste et historien. Juriste et historien ou historien et juriste ? Empruntant à l'une et à l'autre de ces deux sciences leurs méthodes et leurs savoirs, l'historien du droit a parfois du mal à maintenir l'équilibre nécessaire à ce qui fait précisément toute la richesse de sa discipline. Historien il ne doit pas oublier qu'il est aussi un juriste appelé avant tout à former des juristes. Juriste il doit savoir emprunter à l'histoire, et plus largement à l'ensemble des sciences humaines tout ce qui est nécessaire à la compréhension « *de la genèse, de la détermination et de la vie des règles et des institutions* ». Gabriel Le Bras auquel j'emprunte ces derniers mots et qui fut l'un des grands artisans de l'ouverture de notre discipline aux autres sciences humaines, nous mettait en garde contre l'oubli de ce qui fait notre spécificité. Celui qui avait donné pour tâche à ses collaborateurs de « *saisir dans sa totalité la vie institutionnelle et juridique de l'Eglise sans parti pris au sujet des nombreux facteurs qui y ont contribué* » et ce aux fins de retracer l' « Histoire du droit et des institutions de l'Eglise d'Occident », leur recommandait également de conserver à l'analyse juridique sa primauté : « *Ce qui spécifie une histoire du droit et des institutions, c'est le mécanisme des règles et leur agencement, ce sont les principes et les procédures. Un juriste qui abaisserait toutes ces exigences aurait perdu son titre* ». Deux directives qui n'ont rien perdu de leur actualité et que je livre à la méditation de ceux qui auront le temps de lire cette préface...

Puis-je aussi, à titre subsidiaire, livrer quelques réflexions personnelles non point sur l'histoire de l'histoire du droit ni même sur l'histoire du droit, mais sur celui qui l'écrit : l'historien du droit. Elles partiront d'une anecdote qui m'a d'abord fait rire puis beaucoup réfléchir. C'était en 1984, nous étions Jean Gaudemet et moi-même à Cambridge, venus participer au congrès de droit canonique médiéval, un congrès qui

## HISTOIRE DE L'HISTOIRE DU DROIT

a lieu tous les quatre ans, et nous écoutions, je crois, la communication de Brian Tierney. A la fin de cette communication, nous levons la main pour poser quelques questions à l'orateur. « Honneur aux dames » : je pose ma première question gardant la seconde pour « les discussions de couloir ». Jean Gaudemet se penche vers moi et me dit : « j'allais la poser », puis il pose la sienne : c'était ma deuxième... Anecdote révélatrice. L'historien du droit est d'abord, comme le disent si joliment nos collègues italiens, le fils ou la fille académique de celui qui a guidé vos premières recherches, qui, même sans que vous en ayez pleinement conscience, vous a transmis sa manière de chercher, de s'interroger, bref tous ses réflexes scientifiques qui peu à peu sont devenus les vôtres. Ils sont infiniment plus importants que les idées ; plus durables aussi, car même le « fils rebelle » bien souvent les conserve.

Mais l'historien du droit est aussi fils de son temps, sensible à un environnement voire à des modes qui le conduisent à se poser des questions que ses prédécesseurs ne s'étaient pas posées ou s'étaient posées différemment. Aurais-je prêté la même attention au nom s'il n'y avait pas eu les revendications des féministes ? Aurais-je fait dans mon livre à la sociologie et à la science politique la place que je leur ai donnée sans Jean Gaudemet et Jean Carbonnier ? Même lorsque poussés par l'« environnement » nous explorons des champs nouveaux ou des sources nouvelles, c'est souvent néanmoins grâce aux travaux de nos prédécesseurs que nous y sommes conduits. Aussi les reproches qu'on leur adresse parfois de ne pas les avoir traitées me paraissent-ils la plupart du temps infondés. Autant la critique de telle ou telle interprétation ou de telle ou telle hypothèse, me paraît admissible, voire nécessaire pour une vision plus exacte des choses, autant le reproche du « silence » me semble le plus souvent injuste. Puis-je prendre là encore l'exemple de Gabriel Le Bras ? Avec Paul Fournier, son maître, il a profondément renouvelé l'histoire des collections canoniques ; nul pourtant n'avait plus que lui conscience d'être tributaire de cette chaîne du savoir érudit qu'il faisait volontiers remonter jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle.

Il n'en reste pas moins que Gabriel Le Bras est Gabriel Le Bras, car l'historien du droit est unique. Unique dans sa réceptivité, unique dans sa perception, unique dans sa réflexion. Lui dans son œuvre. Fort heureusement .

C'est aussi ce qu'illustre l'histoire de l'histoire du droit.

ANNE LEFBEVRE-TEILLARD  
*Président de la Société d'Histoire du droit*  
*Professeur à l'Université Paris II*

## INTRODUCTION

JACQUES POUMAREDE

Les commémorations et les célébrations en tous genres sont – dit-on – un exercice auquel les Français s'adonnent volontiers, et les universitaires plus que les autres. L'année encore proche du bicentenaire du Code civil en fournit un exemple. Ce sont là des occasions de célébrer les valeurs et les principes fondateurs, d'honorer les ancêtres et de resserrer les liens du groupe, c'est-à-dire, se conforter dans la bonne opinion que l'on a de soi-même. Mais cela peut-être aussi l'occasion de faire un bilan, de poser un regard neuf sur des pratiques ou des méthodes, de réévaluer une production matérielle ou intellectuelle.

Un tel exercice de réflexivité, les historiens des facultés des Lettres le pratiquent depuis longtemps et au moins depuis trente ans. Des travaux pionniers ont ainsi marqué l'essor de l'historiographie française, comme *Faire de l'histoire*, un ouvrage collectif dirigé par Jacques Le Goff et Pierre Nora (1974)<sup>1</sup>, *l'Écriture de l'Histoire* (1975) de Michel de Certeau<sup>2</sup> ainsi que quelques autres, dont la thèse de Charles-Olivier Carbonnell<sup>3</sup>.

Au milieu des années 1970, l'occasion avait été fournie par le centenaire de la *Revue Historique* fondée par Gabriel Monod sous l'influence et en réaction contre la science historique allemande; puis quelques années plus tard ce fut le cinquantenaire des *Annales* qui a permis de réévaluer la « petite révolution intellectuelle » opérée par l'introduction de l'histoire dans le champ des sciences sociales sous l'égide de ces deux icônes que sont devenues les fondateurs Marc Bloch et Lucien Febvre. Ensuite, toutes les strates de la « nouvelle histoire » ont donné lieu à de multiples débats dont certains durent encore : la domination de l'économique et du quantitativisme avec Braudel et Labrousse, les influences des vulgates du matérialisme historique et du structuralisme, l'irruption de l'ethno-histoire et le passage par l'histoire des mentalités, le retour du politique et l'invention de « l'histoire immédiate », ainsi que toutes les entreprises d'instrumentalisation depuis le culte du « patrimoine » jusqu'au « devoir de mémoire »<sup>4</sup>.

---

Professeur à l'Université de Toulouse I.

<sup>1</sup> J. LE GOFF et P. NORA (dir.), *Faire de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1974.

<sup>2</sup> M. DE CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1975.

<sup>3</sup> Ch.-O. CARBONNELL, *Histoire et historiens, la mutation idéologique des historiens français*, Toulouse, Privat, 1976; du même : *L'historiographie*, Paris, Puf-Que sais-je ?, 2003, 8<sup>e</sup> éd..

<sup>4</sup> Pour un exposé d'ensemble, voir : Ch. DELACROIX, F. DOSSE, P. GARCIA, *Les courants historiques en France 19<sup>e</sup>-20<sup>e</sup> siècle*, Paris, A. Colin, 2002.

Faire l'histoire de l'histoire a élargi le territoire des historiens et les a entraînés vers de nouvelles problématiques comme, par exemple, sous l'influence de Pierre Bourdieu<sup>5</sup> l'étude sociologique des institutions académiques et des réseaux universitaires ainsi que des individus qui les ont composés<sup>6</sup>. L'historiographie est devenue elle-même une discipline à part entière dans les programmes pédagogiques et scientifiques des départements d'histoire.

Sans doute, dans ce mouvement il y a bien eu quelques fausses querelles, quelques inflations dues à des stratégies académiques ou éditoriales, mais faire passer Clio de l'autre côté du miroir pour voir comment se fabrique l'histoire, *par qui et pour quoi*, c'est globalement une démarche qui répond à une exigence épistémologique essentielle pour la bonne santé d'une discipline.

On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles les historiens du droit sont restés longtemps en dehors de ce mouvement sans chercher à se poser ces questions. Il y a vingt-cinq ans nous avons fait ce constat à l'occasion d'un anniversaire oublié: celui de la création officielle du cours d'histoire générale du droit français en 1880<sup>7</sup>. Les propos tenus peuvent paraître aujourd'hui un peu véhéments et marqués par une phraséologie datée: une analyse sans doute rapide qu'il faut mettre au compte d'une *celeritas* juvénile, mais qui exprimait néanmoins les interrogations partagées par bon nombre de collègues et d'amis de notre génération.

Au tournant des années 1970 et 1980, les historiens du droit entretenaient, au moins en France, une sorte de complexe obsidional. Leurs réunions professionnelles étaient souvent marquées par l'inquiétude sur le sort de leur discipline. Ils se sentaient assiégés, menacés par une succession de réformes des études juridiques et incertains sur leurs objectifs pédagogiques et scientifiques.

Nous pensons que l'ouverture d'un chantier historiographique sur les origines de notre discipline, une enquête sur les conditions dans lesquelles elle avait acquis et tenu sa place dans le concert des études juridiques et historiques pouvait nous aider à la conforter dans son identité. Un de ceux avec qui nous avons le plus souvent évoqué cette nécessité est le regretté Jacques Lafon dont nous tenons ici à saluer la mémoire<sup>8</sup>.

Pour quelles raisons les recherches que nous appelons de nos vœux n'ont-elles pas été engagées à l'époque? De futurs historiographes le diront sans doute. Ce que nous appelons « la section » n'était pas encore prête aux réévaluations inévitables. Aussi, comme cela arrive dans pareille situation, c'est à ses confins que des recherches furent engagées. Les travaux d'Olivier Motte (1983-1989) sur le cercle

---

<sup>5</sup> P. BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris, Ed. de Minuit, 1984.

<sup>6</sup> Voir les travaux de l'historien Ch. CHARLE et notamment : *La faculté des lettres de Paris, 1809-1908*, Paris, INRP-CNRS, 1985; *La République des universitaires 1870-1940*, Paris, Ed. du Seuil, 1994; « La toge ou la robe? Les professeurs de la faculté de droit de Paris à la Belle époque », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n°7.

<sup>7</sup> « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », *Procès*, 1980, n°6, p. 91-102.

<sup>8</sup> Jacques Lafon (1941-1999), professeur d'histoire du droit (agrégation 1970) à l'université de Dijon puis de Paris I et diplomate; voir la liste de ses travaux dans J. LAFON, *Itinéraires de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Paris Publications de la Sorbonne, 2001; on lira ses positions dans : « Droit et histoire », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la science juridique*, 2000, n° 21.

des admirateurs français de Savigny et de l'Ecole historique<sup>9</sup> ont attiré l'attention sur quelques figures du XIX<sup>e</sup> siècle qui ont joué des rôles fondateurs comme Lerminier, Lefèrrière, Laboulaye ou Klimrath, bien que ce dernier ait été déjà remis en lumière par les études de Jean Yver<sup>10</sup>. Edités en Suisse ou en Allemagne, les travaux d'Olivier Motte n'ont sans doute pas trouvé rapidement en France l'écho qu'ils méritaient, ils ont tout de même inspiré quelques recherches<sup>11</sup>. Vers la même époque, est paru aussi l'ouvrage sur ces mêmes questions de l'historien américain D. R. Kelley<sup>12</sup>.

En fait, l'entreprise historiographique n'a été véritablement lancée que vers la fin des années 1990 et l'inévitable effet commémoratif n'y est probablement pas pour rien. Les interrogations récurrentes des juristes sur leurs rapports avec les sciences sociales ont remis à jour des débats et des rivalités qui ont opposé, un siècle plus tôt, au tournant de la Belle Epoque, les tenants d'une nouvelle science juridique enfin dégagée de l'Exégèse et les observateurs en tout genre du «fait social», sociologues durkheimiens en tête. Dans ce concert, il était important de faire entendre la voix des historiens du droit. Et c'est Jean-Louis Halpérin qui s'est chargé de tenir le pupitre avec brio. Après un article remarqué sur Adhémar Esmein (1997)<sup>13</sup>, il a fait paraître dans la *Revue d'Histoire des sciences sociales* (2001) une contribution très documentée sur la constitution de l'histoire du droit en discipline autonome, non seulement en France mais dans les pays voisins<sup>14</sup>, puis un premier essai de synthèse dans une perspective élargie pour le *Dictionnaire de la culture juridique* (2003)<sup>15</sup>. Sous sa direction des travaux ont été lancés et certains déjà achevés<sup>16</sup>.

Après bien des atermoiements, on peut considérer que le mouvement historiographique a enfin atteint les rives de l'histoire du droit et qu'il ne demande qu'à se nourrir de matériaux nouveaux, d'hypothèses et d'analyses faisant débat<sup>17</sup>. On

<sup>9</sup> O. MOTTE, *Savigny et la France*, Perne, Lang, 1983 ; *Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit*, Berne, Lang, 1986 ; *Lettres inédites de juristes français du XIX<sup>e</sup> siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Bouvier-Roerscheudt, 1989-1990, 2 t..

<sup>10</sup> J. YVER, *Egalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés, Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966, p. .

<sup>11</sup> J. POUmarede, «Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse », Cl. JOURNES (dir.), *La coutume et la loi étude d'un conflit*, Lyon, PUL, 1986, p. 94-112 ; L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutume savante et droit rustique. Sur la légalité paysanne », *Etudes rurales*, 1986, 103-104, p. 105-137.

<sup>12</sup> D. R. KELLEY, *Historians and the law in Postrevolutionary France*, Princeton, Univ. Press, 1984.

<sup>13</sup> J.-L. HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *R. H. D.*, 1997, 75-3, p. 415-433.

<sup>14</sup> J.-L. HALPERIN, «L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, 4, p. 9-32. Dans ce même numéro voir les contributions de G. NAVET sur Lerminier et de F. AUDREN sur Paul Huvelin.

<sup>15</sup> D. ALLAND et St. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, v<sup>o</sup> Histoire du droit (J.-L. Halpérin).

<sup>16</sup> F. AUDREN, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, thèse droit, Univ. Bourgogne, 2005, 670 p. dact., voir notamment l' introduction, p. 27-84, « L'élaboration de la matrice contemporaine : repli identitaire et guerre des facultés ».

<sup>17</sup> Dans une perspective historiographique, J. Bouineau, « Charles Giraud (1802-1881) », *Rev. hist. fac. Droit*, 1999, n<sup>o</sup> 20, p.

notera aussi que ce champ de recherche commence à intéresser des spécialistes d'autres disciplines : une sociologue, Francine Soubiran-Paillet a publié dans la revue *Genèses* (1997) une étude sur la fausse rencontre entre la sociologie et l'histoire du droit à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>18</sup>, tandis que Robert Descimon s'est interrogé plus récemment sur « les rendez-vous manqués entre l'histoire et l'histoire du droit », à propos d'une polémique qui a opposé à la veille de la Grande Guerre, Joseph Declareuil et Henri Hauser<sup>19</sup>.

Une telle situation n'est pas une particularité française; il semble que la réflexion historiographique n'ait été guère plus précoce chez nos voisins. Les premiers bilans sont apparus dans le courant des années 1990 en Allemagne<sup>20</sup>, comme en Italie<sup>21</sup>. En Espagne, si Mariano et Jose Luis Peset ont pu faire figure de pionniers dès 1974<sup>22</sup>, des inhibitions du même ordre qu'en France ont freiné la recherche jusqu'à une époque récente; mais aujourd'hui les chroniques historiographiques sont régulières dans l'*Anuario de Historia del derecho español* et n'hésitent pas à sortir du cadre national<sup>23</sup>.

La *gravitas* qui est un des rares privilèges de l'âge nous a appris que tout arrive en son temps. Le moment est aujourd'hui propice au développement de recherches historiographiques sur l'histoire du droit, menées de façon coordonnée et dans un cadre spatial aussi large que possible de façon à mieux saisir les influences réciproques qui ont traversé les frontières des traditions nationales. Pour promouvoir une telle entreprise quelle meilleure instance pouvait-on souhaiter que celle de la vénérable Société d'histoire du droit ? Avec le soutien de son président, le professeur Anne Lefebvre-Teillard, nous avons proposé au comité de direction d'octobre 2003 de mettre ce thème à l'ordre du jour des travaux de prochaines Journées internationales, et cela sans attendre la commémoration du centenaire de la Société en 2013. Nous avons eu la satisfaction de voir nos souhaits exaucés et la candidature de Toulouse retenue pour organiser ces Journées internationales en 2005.

L'équipe du Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques, dirigé par le professeur Jacques Krynen, s'est donc mobilisée pour accueillir dans les meilleures conditions les membres de la S. H. D. Elle a bénéficié du soutien de la faculté de droit, de la présidence et du conseil scientifique de l'Université des

<sup>18</sup> F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, 29, 1997, p. 141-163

<sup>19</sup> Robert DESCIMON, « Declareuil (1913) contre Hauser (1912) - Les rendez-vous manqués de l'histoire et de l'histoire du droit », *Annales ESC*, 2002, n° 57-6, p.

<sup>20</sup> R. OGOREK, « Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990) », D. SIMON (dir.), *Rechtswissenschaft in der Bundesrepublik*, Francfort, 1994, p. 12-99.

<sup>21</sup> M. G. LOSANO (dir.), *Storia contamporeana del diritto e sociologica giuridica*, Milan, 1997.

<sup>22</sup> M. PESET et J. L. PESET, *La universidad española, siglos XVIII-XIX, Despotismo ilustrado y revolucion liberal*, Madrid, Taurus, 1974 ; ces deux frères, professeurs à l'Université de Valence spécialistes de l'histoire des universités et des mouvements intellectuels ont été les premiers à rappeler la grande ouverture d'esprit des pères fondateurs de l'histoire du droit en Espagne (R. de Urena, C. Sanchez-Albornoz, J. Vicens Vives...), avant la glaciation imposée par la guerre civile et le Franquisme.

<sup>23</sup> Voir la perspicace enquête publiée dans l' *AHDE*, 1996, p. 1015-1075 : M. TURULL RUBINAT, « La historia del derecho en Francia, Planes de estudio en las Facultades de derecho (1880-1995) y manualistica historico-juridica (1954-1994) ».

sciences sociales et de son service de la recherche ainsi que d'une subvention de la direction de la recherche du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

Les Journées ont eu lieu du 1<sup>er</sup> au 4 juin 2005; elles ont réuni plus de 120 congressistes de 10 nationalités différentes et il n'a échappé à personne qu'elles se sont tenues – commémoration oblige – exactement cent cinquante ans après la parution de la première livraison de la *Revue d'histoire du droit* fondée en 1855 par Edouard Laboulaye, Rodolphe Dareste, Eugène de Rozières, bientôt rejoints par le toulousain Charles Ginoulhiac...

\* \*  
\*

Les trente-cinq contributions rassemblées dans le présent ouvrage forment la majeure part de la moisson scientifique de ces Journées. Que leurs trente-sept auteurs soient ici remerciés de la diligence avec laquelle ils ont mis en forme écrite leurs communications orales respectives, ce qui a permis une publication dans un délai raisonnable par les soins des Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, placées sous la direction de notre collègue André Cabanis, auquel nous exprimons notre gratitude.

Il n'est pas question de déflorer ici le contenu de ces travaux. Laissons au lecteur le plaisir de découvrir la richesse des informations recueillies et la finesse des analyses et des commentaires. Tout juste faut-il donner quelques explications sur l'ordonnement général qui n'a pas été difficile à trouver tant les problématiques s'accordent entre elles. La part d'arbitraire que comporte toute entreprise éditoriale a été limitée à quelques mises en correspondance susceptibles d'apporter un supplément de sens sur certains points.

L'ouvrage comporte donc cinq parties.

1 – La première est consacrée aux *Précurseurs*, car un ensemble de six contributions permet de resituer dans la longue durée les origines d'un fructueux compagnonnage entre Thémis et Clio.

En remontant à l'époque des *doctores tholosanum* – à tous seigneurs, tout honneur –, puis en suivant le fil des siècles, jusqu'à l'âge d'or de l'humanisme juridique, on s'aperçoit déjà que l'histoire a souvent été présente dans l'argumentation des juristes<sup>24</sup>. Puis au XVII<sup>e</sup> siècle, ce sont les méthodes érudites des historiens mauristes qui ont «inventé» les bases d'une histoire du droit moderne, en mettant à la disposition des savants un vaste corpus de sources juridiques<sup>25</sup>. Parmi les précurseurs français, une attention particulière a été portée à deux auteurs de l'époque de Louis XIV : Eusèbe de Laurière et l'abbé Fleury, l'un et l'autre partisans du droit français, mais le premier thuriféraire du volontarisme monarchique<sup>26</sup>, tandis que le second paraît plus attaché aux racines romaines et coutumières du droit national<sup>27</sup>.

La «passion» pour l'histoire et le goût pour une recherche érudite du *ius proprium* n'a pas été moins forte dans l'Italie du XVIII<sup>e</sup> siècle, comme le montre

<sup>24</sup> H. GILLES, La place de l'histoire du droit dans l'œuvre des juristes toulousains du XIII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècles, p. 23-31.

<sup>25</sup> G. GUYON, L'invention érudite bénédictine (mauriste) de l'histoire du droit, p.33-46.

<sup>26</sup> J. L. THIREAU, Un historien du droit au grand siècle: Eusèbe-Jacob de Laurière, p. 47-60.

<sup>27</sup> X. GODIN, *L'Histoire du Droit français* de de l'abbé Claude Fleury (1674), p. 61-76.

aussi une étude sur le jurisconsulte lombard, Gabriel Verri<sup>28</sup>. Enfin, l'histoire est présente même dans les préoccupations de ceux qui passent d'ordinaire pour des praticiens peu préoccupés de spéculations théoriques. Tel est le cas, par exemple, des Ferrière, père et fils; une dernière contribution réhabilite de ce point de vue au moins Claude-Joseph de Ferrière, auteur comme son père de nombreux ouvrages de pratique, mais qui fut aussi professeur de droit civil et qui a composé pour ses étudiants une *Histoire du droit romain*, écrite en français : une véritable audace pour l'époque<sup>29</sup>.

2 – Si les précurseurs n'ont pas manqué, il n'en est pas moins vrai que c'est le XIX<sup>e</sup> siècle, « le siècle de l'histoire », qui a vu la *Fondation d'une discipline*. Huit contributions apportent ici des éclairages divers sur le processus assez complexe qui a fait d'un genre littéraire une matière enseignée dans des cursus universitaires et lui a octroyé une reconnaissance académique par la création de chaires.

Le nom d'Henri Klimrath ne pouvait apparaître qu'en première ligne de cette deuxième partie, tant la figure romantique du jeune juriste strasbourgeois reste attachée au combat mené contre l'Exégèse, au nom de l'historicisme. L'étude qui lui est consacrée montre que son œuvre, pourtant inachevée, est plus riche que les quelques idées dans lesquelles on l'enferme souvent et qu'elle ne se résume pas, sur le plan de la méthode, à la seule géographie coutumière<sup>30</sup>.

Charles Guillaume Hello, l'érudit magistrat qui fait l'objet de la deuxième contribution est, sans doute, moins connu mais sa manière de participer à l'édification de l'histoire du droit méritait d'être révélée pour son originalité : inculquer le respect du droit par la rédaction d'une biographie édifiante des grands jurisconsultes, voilà bien l'idée d'un notable libéral de la monarchie de Juillet !<sup>31</sup>

Les trois contributions qui suivent présentent les circonstances dans lesquelles ont été créés les premiers cours d'histoire du droit et les professeurs qui en ont été chargés, dans plusieurs facultés de province : respectivement Toulouse, Bordeaux et Rennes<sup>32</sup>. Mises en regard, ces études très documentées montrent que la tâche ne fut pas facile et que si les premiers titulaires ont réussi à installer solidement leur enseignement, ce fut certainement en raison du respect qu'ils ont inspiré par leur œuvre scientifique : Charles Ginoulhiac à Toulouse, Paul-Émile Vigneux à Bordeaux et, à Rennes, Marcel Planiol et Edmond Durtelle de Saint-Sauveur.

Cette deuxième partie convie enfin le lecteur à un tour d'Europe et cette fois encore d'intéressantes convergences apparaissent à partir des trois études proposées. La plus évidente est la fonction assignée à l'histoire du droit dans la révélation d'une identité juridique nationale. Cela est certain en Belgique, où l'enseignement fut

---

<sup>28</sup> M.G. DI RENZO VILLATA, Gabriel Verri et la 'passion' pour l'histoire du droit en Lombardie, p. 77-95.

<sup>29</sup> J. DAVID-MOREAU, Claude-Joseph de Ferrière, un précurseur ?, p. 97-109.

<sup>30</sup> F. AUDREN, Écrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837), p. 113-134.

<sup>31</sup> Ch. CHENE, L'histoire du droit par la biographie selon Charles Guillaume Hello et sa *Philosophie de l'histoire de France*, p. 135-145.

<sup>32</sup> Ph. NÉLIFOFF, Les premiers historiens du droit toulousains (1850-1904), p. 147-162; M. MALHERBE, L'histoire du droit à la faculté de Bordeaux au XIX<sup>e</sup> siècle, p. 165-195 ; M.-Y. CRÉPIN, Deux historiens des institutions et du droit de la Bretagne : Marcel Planiol et Edmond Durtelle de Saint-Sauveur, p. 195-204.

introduit par la loi aussitôt après la révolution de 1830 pour consolider le jeune nationalisme belge<sup>33</sup>, mais ce fut aussi le cas en Autriche, où la promulgation de l'ABGB en 1812 avait provoqué un phénomène assez comparable à l'Exégèse en France<sup>34</sup>, et même en Roumanie où l'importation de la codification française a rendu nécessaire un processus d'assimilation par la médiation historique<sup>35</sup>.

**3** – Dans la troisième partie, *Figures et controverses*, le parti a été pris d'entremêler, tout en respectant les perspectives chronologiques, des tableaux d'ensemble, des portraits de groupe et des monographies sur quelques personnalités marquantes, afin de faire apparaître des convergences ainsi que des oppositions, voire des confrontations, c'est-à-dire tout ce qui fait le mouvement des idées.

La première contribution brosse une vaste fresque sur un siècle de production historique sur le droit privé français (1850-1950), en réalité sur l'ensemble de la discipline car ce domaine en fut longtemps le cœur, et l'auteur rappelle très opportunément les circonstances dans lesquelles fut fondée, à la veille de la Grande guerre, la Société d'histoire du droit<sup>36</sup>. On est frappé, en tout cas, par certaines similitudes avec ce que décrit un peu plus loin l'étude sur l'évolution de l'histoire du droit en Espagne<sup>37</sup> : une même origine dans l'orbite de l'école historique allemande et une attention portée d'abord à l'héritage germanique, puis une revalorisation progressive de la romanité et un intérêt de plus en plus marqué pour les particularismes juridiques provinciaux, ici pour les pays de droit écrit, là pour le foralisme catalan ou basque, avec aussi la même hésitation à s'engager sur des périodes trop contemporaines. On y trouve aussi le débat récurrent entre les tenants d'une spécificité de phénomènes juridiques et ceux qui pensent que le droit est nécessairement immergé dans la vie sociale. C'est le même débat qui traverse la communication sur le riche bilan des travaux consacrés depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à l'histoire agraire romaine<sup>38</sup>.

On ne soulignera jamais assez l'intérêt de la méthode prosopographique pour la réflexion qui nous intéresse ici. Un portrait de groupe tracé à partir de dossiers administratifs donne des premières générations d'agrégés d'histoire du droit (1896-1922) l'image d'un corps relativement homogène dans ses origines sociales comme dans ses comportements universitaires, mais idéologiquement plus divers qu'on ne pouvait le penser<sup>39</sup>. Le moule de l'agrégation spécialisée n'a pas immédiatement joué ses effets en établissant les cloisonnements que l'on pourra observer plus tard. Les premiers historiens du droit des facultés françaises sont restés assez proches du droit positif et ouverts aux évolutions qui s'opéraient à l'époque dans le champ des nouvelles sciences sociales. C'est ce que montre l'étude consacrée à Jean-Baptiste

<sup>33</sup> F. STEVENS, Histoire du droit et nationalisme en Belgique au 19<sup>ème</sup> siècle, p. 205-217.

<sup>34</sup> M. R. DI SIMONE, Les débuts et le développement de l'histoire du droit en Autriche, p. 219-230.

<sup>35</sup> M. D. BOCSAN, Démètre Alexandresco, historien du droit et fondateur de la doctrine civiliste roumaine moderne, p. 231-236.

<sup>36</sup> J. HILAIRE, Les orientations de l'historiographie de droit privé entre 1850 et 1950, 239-257.

<sup>37</sup> F. DE ARVIZU, Histoire et droit : Considérations rétrospectives sur une polémique espagnol, p. 351-359.

<sup>38</sup> R. RODRIGUEZ LOPEZ, Des historiens pour l'histoire agraire romaine, p 361-372.

<sup>39</sup> J.-L. HALPERIN, La première génération d'agrégés d'histoire du droit, p. 259-265.

Brissaud<sup>40</sup>. Ce professeur toulousain, auteur de manuels estimés, a étayé ses constructions historiques par un sociologisme inspiré de Comte et de Tarde et même par des considérations d'ordre anthropologiques. Au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles ces conceptions étaient dans l'air du temps mais elles ont pu produire sur certains esprits des dérives funestes : une contribution sur Georges Vacher de Lapouge, docteur en droit, magistrat manqué, mais surtout théoricien de la raciologie le rappelle opportunément<sup>41</sup>.

Du côté des tenants du droit positif, l'intérêt pour l'histoire n'était pas moins vif à cette époque, et la discipline a des dettes à l'égard de maints d'entre eux. C'est le cas de Julien Bonnecase, un civiliste bordelais qui fut le maître de thèse du futur doyen Carbonnier, et qui a consacré à l'histoire de la pensée juridique du XIX<sup>e</sup> siècle des études bien connues. Cependant, en les revisitant aujourd'hui, un regard critique démontre toute la part d'« invention » que recèlent les analyses de Bonnecase, notamment sur le concept d'« école de l'exégèse » et en révèle les enjeux<sup>42</sup>. La réflexivité historiographique n'est réellement scientifique qu'au prix d'un doute méthodique.

Dans le même temps, elle a besoin de matériaux, de sources et de témoignages et dans ce but la monographie est un genre à encourager. Les études qui sont consacrées, dans ce volume, à deux savants à peu près contemporains, en fournissent d'excellents exemples. Le professeur toulousain, Jean Dauvillier, spécialiste des droits du Proche-Orient antique et l'Aixoise, Roger Aubenas, historien du droit provençal sont présentés ici par des disciples<sup>43</sup>, mais l'évidente empathie des auteurs pour leurs maîtres respectifs n'exclut en aucune façon la distance nécessaire et le sérieux de la réflexion; elle présente aussi l'incalculable avantage de livrer des témoignages, des informations et même des archives ordinairement inaccessibles. Si un programme d'enquête historiographique voyait le jour, ce type de monographie devrait être systématiquement encouragé et même enrichi par le recours aux méthodes de l'histoire orale<sup>44</sup>.

Enfin, l'histoire d'une discipline ne peut se passer de connaître la manière dont le savoir a été transmis et reçu. Or les témoignages authentiques d'étudiants sont bien rares. On peut tenter d'évaluer la culture assimilée si l'on a une source suffisamment explicite à exploiter. C'est certainement avec bonheur que le lecteur trouvera dans cette partie déjà si riche une étude sur les traces d'une culture historique et juridique conservées dans un fonds exceptionnel : l'œuvre de Marcel Proust<sup>45</sup>. Quel professeur ne rêverait pas d'avoir eu pour étudiant l'auteur de la *Recherche du temps perdu* ?

<sup>40</sup> H. LE ROY, Jean-Baptiste Brissaud, un juriste positiviste entre sociologie et anthropologie, p. 267-282.

<sup>41</sup> J.-M. AUGUSTIN, Georges Vacher de Lapouge : de l'histoire du droit à l'anthroposociologie, p. 283-291.

<sup>42</sup> N. HAKIM, Julien Bonnecase : historien de la science juridique, p. 293-304.

<sup>43</sup> M.-B. BRUGUIERE, Jean Dauvillier, historien du droit, p. 321-332; O. VERNIER, Aubenas, un méridional au service de l'histoire du droit, p. 339-350.

<sup>44</sup> La « journée » consacrée à Gabriel Le Bras et qui s'est tenue le 6 avril 2006 à la Fondation Del Duca, à Paris, sur l'invitation de Pierre Messmer et de Jean Foyer, membres de l'Institut, a fourni un bon exemple de ce type de recherche, en faisant appel à des proches et à des disciples du célèbre canoniste et sociologue des religions.

<sup>45</sup> L. DEPAMBOUR-TARRIDE, Marcel Proust, le droit, l'histoire du droit, p. 305-320.

4 – Dans le processus de fondation d'une discipline scientifique, la création d'une revue est un acte essentiel. Il va sans dire que pour nourrir la quatrième partie du programme : *Revue, société savantes et chantiers de recherches*, il était attendu une abondante moisson de contributions. Il faut regretter que, pour la France, la *Revue historique du droit français et étranger*, créée en 1855, n'ait pas inspiré un auteur<sup>46</sup>. Une telle longévité susciterait-elle quelques craintes révérencielles ? Cette lacune a laissé le champ libre à des études sur deux expériences provinciales : l'une précoce mais éphémère, la *Revue bretonne de droit et de Jurisprudence*, créée par Firmin Laferrière (1840-1844)<sup>47</sup>, l'autre plus récente mais toujours en place, les *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit des anciens pays bourguignons*.<sup>48</sup> Ces deux études montrent en tout cas que la centralisation culturelle n'a pas été toujours l'avatar bien français que l'on a l'habitude de déplorer. Des entreprises culturelles ont pu naître et prospérer loin de Paris et sans forcément s'enfermer dans le localisme. Des recherches seraient certainement bienvenues pour étudier la constitution et évaluer les travaux d'organisations telles que la « Société d'histoire du droit des pays flamands, picards et wallons » fondée en 1928, la « Société d'histoire du droit et des institutions de pays de l'ouest » et les « Semaines de droit normand », ou la « Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit » constituée en 1947.

Si la *R.H.D.* est absente, sa cousine néerlandaise, la *Revue d'histoire du droit - Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* a bénéficié du témoignage de son principal animateur avec des détails très vivants sur les réussites et les satisfactions intellectuelles mais aussi sur les servitudes imposées par le plurilinguisme et les ambitions internationales de la revue<sup>49</sup>. De même, les lecteurs apprécieront certainement le tableau très fouillé des revues italiennes d'histoire du droit : la diversité du paysage ainsi présenté sera certainement une découverte pour beaucoup d'entre eux<sup>50</sup>.

De même on constatera que l'histoire du droit fut présente dans des revues qui ne lui étaient pas spécialement dédiées. Vers 1900, dans la *Revue d'économie politique*, l'histoire est convoquée pour nourrir des débats sur la nature du droit du travail et la légitimité du réformisme social<sup>51</sup>; au début des années 1950, dans la *Revue progressiste de droit français*, fondée par Gérard Lyon-Caen, on trouve un plaidoyer en faveur de l'histoire pour fonder une critique du droit d'inspiration marxiste<sup>52</sup>. Seuls s'en étonneront ceux qui ne veulent pas voir la dimension idéologique que

<sup>46</sup> Un rappel de ses origines a été fait par F. FORTUNET et Ph. PETITJEAN dans « Les revues françaises d'histoire du droit », A.-J. ARNAUD (dir.), *La culture des revues juridiques françaises*, coll. Per la storia del pensiero giuridico moderno, n°29, Milan, Giuffrè ed., 1988.

<sup>47</sup> Y.-A. DURELLE-MARC, *La Revue bretonne de Droit et de Jurisprudence* de F. Laferrière (Rennes, 1840-1842) et l'École historique française du droit, p. 375-390.

<sup>48</sup> P. BODINEAU et F. FORTUNET, *Les Mémoires de la Société pour l'histoire du droit des anciens pays bourguignons*, p. 391-402.

<sup>49</sup> R. FEENSTRA, L'histoire d'une revue d'histoire du droit, p. 403-409.

<sup>50</sup> G. S. PENE VIDARI, Les revues italiennes d'histoire du droit médiéval et moderne, p. 411-421.

<sup>51</sup> O. THOLOZAN, La problématique de l'histoire du droit du travail dans la *Revue d'Economie politique* à la Belle Epoque, p. 423-432.

<sup>52</sup> N. OLSZAK, L'histoire du droit dans la *Revue progressiste de droit français* de Gérard Lyon-Caen (1952-1956), p. 433-439.

comporte toute démarche historique.

Enfin, au titre des recherches collectives, les deux expériences présentées dans ce volume correspondent à des pratiques assez différentes. La première qui consiste à rechercher et à publier des collections de sources, en l'espèce des chartes de franchises, est traditionnelle dans la discipline depuis le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>53</sup> ; la seconde est apparue plus récemment et a pour objectif de produire des études sur un thème préalablement défini et sur la base d'un programme coordonné, telles les enquêtes lancées dans les années 1970 par l'« Association pour la recherche historique collective », créée autour de Jean Maillet<sup>54</sup>. Mais les opinions des deux auteurs, orfèvres dans les domaines concernés et qui furent acteurs de ces expériences convergent parfaitement, lorsqu'ils soulignent toute l'importance d'une bonne définition de la problématique initiale, le rôle primordial d'un responsable ou d'une équipe dirigeante et aussi la difficulté d'inscrire dans la durée de pareilles entreprises. Ces intéressants témoignages pourraient inspirer l'étude d'autres expériences. En un siècle et demi, des opérations de plus ou moins grande ampleur n'ont pas manqué en histoire du droit et s'il fallait n'en désigner qu'une, on pense à la « Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions » dont le projet fut conçu en mai 1934 aux journées d'histoire du droit de Louvain par J. Pirenne, F.-L. Ganshof, F. Olivier-Martin et A. Eck. Un beau chantier historiographique en perspective.

**5 – Réflexions et prospective.** Pour conclure les actes des Journées internationales de Toulouse nous avons retenu trois études qui, chacune à sa manière, ouvrent des pistes pour un renouvellement de l'écriture de l'histoire du droit.

À partir d'exemples précis et d'une démonstration rigoureuse, les auteurs de la première<sup>55</sup> soulèvent une difficulté méthodologique que les historiens partagent avec les anthropologues mais à laquelle ils ne pensent pas suffisamment : comment transposer dans un vocabulaire moderne des réalités sociales et culturelles radicalement différentes ? La piste proposée est le recours aux leçons de la linguistique et de la philosophie du langage, mais aussi, et d'abord, une meilleure attention portée, dans les sources exploitées, « aux mots pour le dire ».

La deuxième communication<sup>56</sup> plaide sur un ton très personnel, tout en se référant à d'éminentes autorités, pour un recentrage sur la spécificité de l'objet scientifique de la discipline : le droit, peut-être un peu trop perdu par l'historiographie récente. Une position qui ne manquera pas de relancer un débat ancien mais sans cesse renouvelé.

Enfin, la troisième et dernière étude du volume porte sur l'actuel processus de construction du droit européen, aussi bien dans le domaine du droit privé, que dans celui du droit constitutionnel<sup>57</sup>. Grâce au regard éclairé de l'historien, on perçoit

<sup>53</sup> J.-M. CAUCHIES, Répertoire et éditer des chartes de franchises : réflexions historiographiques, p. 441-449.

<sup>54</sup> G. SICARD, Jean Maillet et la recherche collective en histoire du droit, p. 445-457.

<sup>55</sup> S. SOLEIL et Ch. CAMBY, Histoire du droit et linguistique. Réflexions autour des mots *wergeld* et *monarchie administrative*, p. 461-473.

<sup>56</sup> R. DE FIGUEREIDO MARCOS, Réflexions sur la compréhension actuelle de l'histoire du droit, p. 475-587.

<sup>57</sup> R. VAN CAENEGEM, Considérations historiques sur l'unification du droit européen, p. 489-502.

mieux le sens des évolutions actuellement en œuvre : moins une sourde compétition entre *Common law* et « Droit civil », comme on le dit souvent, qu'une progressive et réciproque adaptation entre les deux grands systèmes juridiques européens. En ces temps d'incertitude sur l'avenir politique de l'Europe, n'est-ce pas un bel objectif à assigner aux historiens du droit du XXI<sup>e</sup> siècle que d'œuvrer par leur savoir et leurs recherches à l'émergence d'un nouveau *ius commune* ?<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> La couverture de l'ouvrage est illustrée par le portrait de Charles Ginoulhiac qui fut le premier titulaire de la chaire d'histoire du droit créée à la faculté de Toulouse en 1855, comme le rappelle ici même Philippe Nélidoff. Ce portrait se trouve dans le patrimoine de l'Université de Toulouse I (*Toiles, gravures, fusain et sanguine... Une galerie de portraits à l'Université*, Toulouse, Presses de l'USS, 2006, p. 36), et nous remercions notre collègue, le professeur Ph. Delvit de nous avoir fourni le cliché. On ne verra dans ce choix aucun chauvinisme qui serait en contradiction avec l'esprit des Journées de Toulouse; il nous a semblé plutôt que l'impression de satisfaction et de certitude qui se dégage du portrait de ce professeur honorable et décoré correspond assez bien aux promesses qui ont entouré l'histoire du droit à ses débuts. Aux historiographes de dire si elles ont été tenues.



I  
PRÉCURSEURS



LA PLACE DE L'HISTOIRE DU DROIT DANS L'ŒUVRE  
DES JURISTES TOULOUSAINS DU XIII<sup>e</sup> AU XVI<sup>e</sup> SIÈCLE.

HENRI GILLES

Du XIII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle, le rapport des juristes toulousains à l'histoire en général et à l'histoire du droit en particulier a considérablement évolué.

Dans les dernières années du XIII<sup>e</sup> siècle (aucune de leurs œuvres conservées n'est antérieure aux années 1280), le recours à l'histoire n'est certainement pas le premier de leurs soucis. Ils appliquent les textes du *Corpus juris civilis* aux institutions ou aux situations juridiques de leur temps sans éprouver aucunement le besoin d'entrer dans quelque explication sur les différences qui pouvaient exister entre l'institution romaine visée et l'actuelle. Ainsi, Guillaume de Ferrières, commentant l'interdiction par Valentinien et Valens de toute autorisation de port d'armes sans leur accord exprès, affirme au passage : *Comes et praeses aequiparantur* », ce qui lui permet d'assimiler les comtes aux gouverneurs de province<sup>1</sup>. Le même Guillaume de Ferrières note, à plusieurs reprises, que les consuls des cités de son temps ont pris la place des décurions romains<sup>2</sup>. Et s'il tente d'expliquer que les décurions sont ainsi appelés parce que, lors de la fondation d'un bourg, la dixième partie de ceux qui voulaient y habiter étaient choisis comme conseillers, il ne fait que reprendre une explication élaborée par Pomponius au II<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. L'identification des consuls et des décurions est reprise à la même époque par Pierre de Ferrières dans deux consultations, l'une insérée dans le recueil connu sous le nom de *Responsa doctorum Tholosanorum*<sup>4</sup>, l'autre conservée en original aux Archives municipales d'Albi<sup>5</sup>.

On peut cependant trouver dans l'œuvre de Guillaume de Ferrières quelques passages où il fait appel à l'histoire pour montrer les différences entre les institutions romaines et celles de son temps. Ainsi, commentant le titre *de decurionibus* du Code

---

Professeur émérite de l'Université des sciences sociales de Toulouse.

<sup>1</sup> Glose sur C.11, 47(46), un., *nulli* : BNF, lat.4521 A, f.328.

<sup>2</sup> Glose sur C.10, 31,46, *nominatorum* : BNF, lat.4437, f.215 v. : « consules cum sint in loco decurionum ». Glose sur C.10, 32 (31), *de decurionibus* : BNF, lat.4437, f.226 : « Olim decuriones hodie consules appellantur ».

<sup>3</sup> D.50, 16, 239, §5.

<sup>4</sup> E.M. MEIJERS, *Responsa doctorum Tholosanorum*, Haarlem, 1938, XLIV, p. 103 : « Loquitur enim de decurionibus castrorum vel villarum in quorum locum consules hodie subrogantur ».

<sup>5</sup> A.M. Albi, FF 14, publiée par E.M. MEIJERS, *Ibidem*, ap.n°3, p. 225-228. « *Et sic est quasi idem officium et corpus decurionum et consulum licet vocabulum sit diversum* ». Sur la date de cette consultation, cf. H. GILLES, « Les doctores Tholosani et la ville d'Albi », *Mélanges Roger Aubenas*, Montpellier, 1974, p. 314, n.4.

de Justinien<sup>6</sup>, il se pose la question de savoir si les consuls « de notre temps » jouissent des privilèges qu’avaient autrefois les décurions, notamment celui de ne pas être soumis à la question, et il remarque que, autrefois, certaines solennités s’observaient chez les décurions dans une forme qui n’a plus cours aujourd’hui<sup>7</sup>. Parmi les différences existant entre décurions et consuls, il note que les premiers étaient perpétuels alors que les seconds n’exercent leurs fonctions que pendant un an; d’autre part l’État était appelé à recueillir les biens des *curiales* décédés *intestat* sans héritier<sup>8</sup>, disposition qui ne concerne pas les consuls actuels.

Ainsi encore, arrivé au commentaire de la loi *Instar*<sup>9</sup> où il est fait mention de *tabulariis* auxquels la loi interdit d’intervenir dans la reddition des comptes, Guillaume de Ferrières récuse l’opinion de certains auteurs qui légitiment cette intervention en considérant que ces *tabularii* sont des assesseurs. Qualité qu’il refuse à ces personnages dont le rôle est simplement de signaler aux comptables la nature et la quantité des dettes.

Dans son traité des actions<sup>10</sup>, dans son exposé sur la loi *Aquila*, le même auteur constate que le deuxième chef de cette loi est tombé en désuétude, mais que, au contraire, le troisième « et olim et hodie locum habet »<sup>11</sup>. Enfin, dans son traité de la coutume<sup>12</sup>, pour justifier la théorie qui veut que la coutume repose sur le consentement tacite du peuple, Guillaume de Ferrières réfute l’opinion de ceux qui nient que le consentement est un élément nécessaire en arguant du fait que, dans le système mis en place par l’Empire romain, le peuple a perdu le pouvoir législatif qui avait été le sien sous la République; le consentement populaire ne fonde plus la loi et, s’il ne fonde plus la loi, il ne saurait davantage fonder la coutume. Mais Guillaume de Ferrières observe que seul le pouvoir de faire la loi appartenait en propre au peuple romain; celui-ci n’a donc pu remettre à son prince que les pouvoirs dont il avait la libre disposition comme celui d’octroyer des honneurs, de gouverner, d’édicter la loi. Il n’a pas pu abandonner les prérogatives qu’il partageait avec d’autres, au premier chef celle de créer la coutume.

À la même époque, Arnaud Arpadelle, le commentateur de la coutume de Toulouse, fait, encore que bien petite, une plus large place à l’histoire. Commençant son traité<sup>13</sup> par une longue dissertation sur le terme de consul, il énumère les principaux privilèges des consuls romains : le consul fils de famille est exonéré de la puissance paternelle et peut donc faire seul un testament ou ester en justice sans l’assistance de son père; le consul, même sorti de charge, ne peut être soumis à la torture. De même, Arpadelle rapporte que d’après certaines chroniques, « consules in civitate Romana

<sup>6</sup> C.10, 32(31), BNF, lat.4437, f.226.

<sup>7</sup> Il vise essentiellement les dispositions prévues au Digeste sur la hiérarchie établie entre les décurions (D.50, 3,1 et 2).

<sup>8</sup> Disposition prévue par une constitution de Théodose et Valentinien reproduite C.6, 62,4.

<sup>9</sup> C.10,1,2; BNF, lat.4437, f.215 v.

<sup>10</sup> Connue sous le nom de *Summa conceptionis libellorum*, cité ici d’après le manuscrit BNF, lat.4604, f.150-159.

<sup>11</sup> *Ibidem*, f.155.

<sup>12</sup> Conservé à la Bibliothèque Vaticane, manuscrit Vat.lat.2642, f.159-163; il a été analysé par H. GILLES, « Le Traité de la coutume de Guillaume de Ferrières », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1975, p. 587-599.

<sup>13</sup> BNF, lat.9187. Publié par H. GILLES, *Les coutumes de Toulouse(1286) et leur premier commentaire (1296)*, Toulouse, 1969.

vel Constantinopolitana tenebant equum »<sup>14</sup> et, voulant expliquer le mot *capitol*, il note que dans l'antiquité il y avait trois Capitoles, à Rome, Constantinople et Toulouse<sup>15</sup>. Mais il ne se borne pas à des allusions aux institutions romaines et prend soin de se référer à l'histoire locale en donnant, par exemple une liste des comtes et des évêques de Toulouse ou en racontant les circonstances qui ont été à l'origine de la rédaction des coutumes de la ville : un notaire, Guillaume de Narayna, qui possédait un recueil privé des coutumes, falsifia son texte pour obtenir gain de cause dans un procès où il jouait le rôle de conseiller juridique. Un bourgeois de Toulouse, non payé de son loyer, voulait saisir la laine que sa locataire avait déposée dans l'immeuble loué; Guillaume, « qui portait toujours les coutumes dans son sein » exhiba son exemplaire sur lequel il avait ajouté à l'article qui prévoit le droit de rétention du bailleur d'immeubles sur les objets garnissant le local loué les mots : *excepta lana filata*. De même encore, sous la rubrique *de foro competenti*, Arpadelle note un changement important dans la jurisprudence du tribunal consulaire : autrefois les consuls prétendaient avoir compétence pour juger des contrats ou des délits des habitants du comté de Toulouse même si ces contrats ou délits étaient passés ou commis hors de la ville, au prétexte que Toulouse était « capud et domina et magistra tocius comitatus »; mais, ajoute-t-il, « hodie vero servatur contrarium », parce que les consuls acceptent dans ce cas les déclinatoires de compétence des hommes du comte.

Les auteurs toulousains de la première moitié du XIV<sup>e</sup> siècle adoptent vis-à-vis de l'histoire une attitude aussi réservée que celle de leurs prédécesseurs.

Dans son traité des appels composé vers 1318<sup>16</sup> Hugues de Cairols a consacré un très court paragraphe à l'origine historique de l'appel. Il rapporte que l'appel était inconnu à Rome au temps de la royauté et qu'il est apparu avec la constitution républicaine pour tempérer le pouvoir des consuls. Mais il faut remarquer que lui aussi puise ses renseignements historiques dans le fragment de Pomponius inséré au Digeste au titre de l'origine du droit et des magistrats<sup>17</sup>. Vers la même époque, Guillaume de Cunh, dans sa lecture sur le Code de Justinien, ignore l'histoire. Pour définir les notions d'alleu et de fief, il utilise les *Libri feudorum* mais il ne se livre à aucune enquête historique sur l'origine des fiefs et des alleux<sup>18</sup>. Et quand il se pose la question de savoir si les consuls sont tenus de payer les impôts, il applique à leur cas les textes sur les décurions sans se préoccuper de savoir s'il y a des différences entre ces personnages de l'antiquité et les consuls de son temps<sup>19</sup>.

Avec le XV<sup>e</sup> siècle la situation commence à changer. L'histoire commence à fonder le raisonnement juridique. Ainsi, dans la première moitié du siècle, Bernard

<sup>14</sup> On ignore de quelles chroniques l'auteur du commentaire a tiré ce renseignement sur le cheval des consuls. Il s'est vraisemblablement inspiré de la glose sur D.50, 4,14, v<sup>o</sup> *cum sumptu* qui affirme, sans référence précise, que les *consules justitiae* sont tenus d'avoir un cheval mais que les autres juges n'y sont pas obligés.

<sup>15</sup> Arnaud Arpadelle a été le premier à signaler l'emplacement exact de ce Capitole « où fut jugé le premier évêque de Toulouse saint Saturnin ». Des fouilles récentes ont confirmé l'exactitude des indications données à ce sujet par Arpadelle.

<sup>16</sup> Publié : H. GILLES, « Le traité des appels d'Hugues de Cairols », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 367-392.

<sup>17</sup> D.1, 2, 2.

<sup>18</sup> Sur C.3, 36,14 .

<sup>19</sup> Sur C.1, 2,11.

de Rosier<sup>20</sup>, titulaire pendant vingt ans d'une chaire à la faculté de droit qu'il cumule avec une maîtrise en théologie et qui exerce de multiples fonctions ecclésiastiques (chancelier de l'église de Toulouse, prévôt de la cathédrale, référendaire en cour de Rome, pour finir archevêque de Toulouse), recourt à maintes reprises à des arguments historiques, théologiques voire littéraires. C'est alors qu'il était référendaire que Bernard de Rosier est appelé à intervenir dans les questions posées par le remariage du dauphin de France, le futur Louis XI, avec la sœur de Marguerite d'Écosse, son épouse décédée à Châlons le 16 août 1445. Ce remariage était évidemment souhaité par le roi de France, car, à l'époque, la guerre de Cent ans n'était pas encore terminée et le roi de France avait un intérêt primordial à maintenir l'alliance écossaise puisque cela lui permettait de prendre à revers l'ennemi commun, à savoir le roi d'Angleterre.

Dans deux consultations destinées à prouver qu'il était loisible au pape d'octroyer dispense en vue de ce remariage, Bernard de Rosier entend écarter l'interdiction que le droit canonique avait établie au concile d'Elvire, prohibition qui était passée dans la législation des empereurs chrétiens et avait été maintes fois réitérée par les Conciles. Mais le texte de base de cette interdiction était le Lévitique, XVIII, 18 : « Sororem uxoris tuae in pellicatum illius non accipies nec revelabis turpitudinem ejus adhuc illa vivente ».

Pour écarter l'objection tirée de ce texte, Bernard de Rosier faisait remarquer, à la suite de Nicolas de Lyre, que la prohibition d'un tel remariage remontait au temps où la polygamie était pratiquée par le peuple juif et que le Lévitique se bornait à interdire d'épouser la sœur du vivant de la première épouse. Et il va brosser un très large tableau de l'évolution historique des empêchements à mariage ; d'Adam à Moïse, une seule interdiction fut observée: les enfants ne pouvaient épouser leurs parents. Après Moïse, certaines prohibitions furent édictées au Lévitique XVIII. Les variations qu'ont connues ces dispositions au cours de l'Ancien Testament prouvent jusqu'à l'évidence que la loi mosaïque a toujours été susceptible de modification quand l'intérêt du peuple hébreu l'exigeait. Dans la suite, aucun précepte évangélique ou apostolique n'interdit les *conjunctiones consanguineorum*. Aussi bien saint Jean-Baptiste que saint Marc, condamnant les débordements d'Hérode, ont correctement interprété le Lévitique XVIII et ont seulement reproché à ce monarque d'avoir épousé sa belle-sœur du vivant de son frère. Et Bernard de Rosier poursuit son historique des empêchements à mariage reposant sur la consanguinité et l'affinité en citant les dispositions des papes Innocent III et Honorius III qui s'interdisaient théoriquement de donner dispense aux degrés interdits par la loi divine, mais qui avaient, à plusieurs reprises, rendu des décisions contraires à cette affirmation<sup>21</sup>.

Dans une autre de ses consultations datant de 1432, Bernard de Rosier compare le chancelier au *questor candidatus principis* chargé d'aller lire au Sénat les projets

<sup>20</sup> Sur Bernard de Rosier, voir en dernier lieu P. ARABEYRE, « Un prélat languedocien au milieu du XV<sup>e</sup> siècle : Bernard de Rosier, archevêque de Toulouse », *Journal des savants*, 1990, p. 291-326.

<sup>21</sup> Sur cette consultation de Bernard de Rosier, voir H. GILLES, « Mariages de princes et dispenses pontificales », *Mélanges offerts au Professeur Louis Falletti*, Lyon, 1971, p. 295-308.

de loi édictés par l'empereur<sup>22</sup>.

Si nous passons maintenant à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, nous trouvons Guillaume Benoît<sup>23</sup> et son célèbre commentaire de la décrétale *Raynutius de testamentis*<sup>24</sup>. Dans cet ouvrage, il a un des premiers reconnu que l'histoire pouvait fonder le raisonnement juridique : histoire antique, histoire du royaume, événements quasi contemporains lui permettent de vérifier et d'alléguer son enseignement : « Je n'omettrai pas les « exemples » anciens des Romains et des autres peuples, surtout les « exemples » du royaume de France<sup>25</sup> », déclare-t-il dans la préface de la *Repetitio*. Et ces exemples, il ira les chercher chez les historiens latins qu'il cite à profusion : César, Tite-Live (*lacteus eloquentiae rivus*), Suétone, Quinte-Curce, Florus, Eutrope et bien d'autres. Mais aussi chez les philosophes comme Sénèque, les poètes (Ovide, Virgile, Lucain). Il ne néglige pas les auteurs grecs : Hérodote, Diodore de Sicile, Strabon<sup>26</sup>.

Pour le Moyen Âge, Benoît s'appuie sur un certain nombre de chroniqueurs : Pierre le Mangeur, Hélinand de Froimont, Vincent de Beauvais et sur des auteurs plus récents tels Antonin de Florence ou le *Fasciculus temporum* de Werner Rolevinck qui lui a donné des indications sur l'origine des Francs, Clovis, Clotilde, Pépin et Charlemagne<sup>27</sup>. Mieux encore, Guillaume Benoît est un véritable érudit et n'a garde d'ignorer les documents conservés dans les bibliothèques et les dépôts d'archives. À Blois, en 1507, il a fréquenté la bibliothèque du roi et y a consulté le manuscrit du procès de la réhabilitation de Jeanne d'Arc<sup>28</sup>. Naturellement, après sa nomination au Parlement de Toulouse, il prend des notes sur les arrêts et sur les recueils d'ordonnances royales; il fait mention des archives des Etats de Languedoc et de la ville de Toulouse au Capitole; le fonds de l'archevêché de Toulouse lui a été ouvert. Il a, peut-être même, au cours d'un séjour à Paris, eu accès au Trésor des Chartes.

C'est au cours de ce voyage à Paris, vers 1490, qu'il avait pu consulter le *Compendium de origine et gestis Francorum*, encore manuscrit, de Robert Gaguin auquel il fait de multiples emprunts<sup>29</sup>. Cela lui permet de reconstituer l'histoire de France. Il consacre quelques paragraphes aux Gaulois, relate leur itinéraire de Troie en Pannonie, puis en Sicambrie, les fait enfin pénétrer dans l'empire; de même il reconstitue le portrait des rois de France depuis Clovis jusqu'à Charles VIII. Il se fonde encore sur Gaguin pour retracer l'origine et l'histoire du Parlement. Il se lance même à ce propos dans un parallèle sur les origines du Sénat romain d'après Tite-

<sup>22</sup> Bibl. Nat., Turin, G I 25, f.127 v.

<sup>23</sup> Étudiant à Toulouse, professeur à Cahors de 1482 à 1499, conseiller au Parlement de Bordeaux puis à celui de Toulouse, il le demeure jusqu'à sa mort, survenue le 4 septembre 1516.

<sup>24</sup> Qui a fait l'objet de neuf éditions de 1523 à 1582. Sur la vie et l'œuvre de Guillaume Benoît, il convient de se reporter à l'œuvre magistrale de Patrick ARABEYRE, *Les idées politiques à Toulouse à la veille de la Réforme, Recherches autour de l'œuvre de Guillaume Benoît (1455-1516)*, Toulouse, 2003.

<sup>25</sup> « Nec vetera Romanorum exterorumque praesertim regni exempla nec Francorum historiam tacebo ».

<sup>26</sup> Voir la longue liste donnée par P. ARABEYRE, p. 188-189.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>29</sup> Sur les rapports de Guillaume Benoît et de Robert Gaguin voir P. ARABEYRE, p. 201-206.

Live. Et quand il examine les privilèges des parlementaires, il cite César affirmant que les druides déjà étaient exempts de toute taxe, *cum olim in praesenti regno haberent auctoritatem*<sup>30</sup>.

Abordant l'étude du chancelier, Benoît pose d'abord qu'on doit le considérer *loco questoris*. Mais il se demande cependant s'il ne vaudrait pas mieux l'assimiler au préfet du prétoire, encore qu'il remarque qu'il a existé plusieurs préfets du prétoire. Il dresse ensuite une longue liste de personnages qu'il qualifie de chanceliers, depuis la Bible (avec Josaphat, chancelier du roi David) en passant par l'antiquité romaine (Sénèque, chancelier de Néron ; Ulpien, chancelier de Justinien) jusqu'à Pierre de Belleperche, garde des sceaux de Philippe le Bel<sup>31</sup>. S'intéressant aux questions fiscales, il décrit avec précision l'apparition et le développement des finances extraordinaires. Dans d'autres passages, Benoît s'étend sur l'histoire du droit. Il indique à ses étudiants que le droit romain a sans cesse changé, qu'il a connu plusieurs époques. Ainsi, le régime de la succession *ab intestat* a été soumis à la *varietas et intricata legum diversitas*. On peut y distinguer l'empreinte de quatre droits successifs : le *jus antiquissimum* (loi des XII Tables) ; le *jus praetorium* (droit prétorien) ; le droit impérial (*senatus consultus* Tertullien et Orfitien) ; le *jus novissimum* (droit des authentiques dont on use aujourd'hui, à savoir la nouvelle 118). Et Guillaume Benoît reprend ses explications historiques dans la plupart de ses développements sur les diverses parties du droit successoral : codicille, institution d'héritier, exhérédation<sup>32</sup>.

Mais c'est peut-être dans les très longs développements consacrés à l'étude de la succession royale que Guillaume Benoît utilise l'histoire systématiquement. Après avoir produit le texte de la loi Salique, il rappelle les circonstances de son élaboration, œuvre de quatre prudents délégués par le roi Pharamond, entérinée par les Grands du royaume et promulguée la dernière année du règne de ce monarque. À propos de la loi, il compare sa rédaction avec celle de la loi romaine des XII Tables et rappelle, après Tite-Live, que les Romains avaient obtenu des Grecs une loi des « Dix Tables » qu'ils avaient complétées par deux autres Tables. Il signale aussi que l'empereur Charlemagne, qui a reçu le droit romain, a maintenu les dispositions de la loi Salique<sup>33</sup>.

Quelques années après la disparition de Benoît s'ouvre la grande époque de la Faculté de droit de Toulouse. L'étude de l'attitude des professeurs les plus illustres vis-à-vis de l'histoire et plus précisément de l'histoire du droit appellerait de très nombreuses remarques. Les Jean de Boyssoné, les Arnaud du Ferrier et tant d'autres ont tous consacré des développements considérables à cette histoire. Il sera envisagé ici un seul d'entre eux : Jean de Coras<sup>34</sup>, en examinant la part de l'histoire dans ses commentaires sur le Digeste Vieux qui ont fait l'objet de cours prononcés par lui à Toulouse au début des années 1540, à Valence entre 1545 et 1549 et révisés par lui à

<sup>30</sup> La théorie de Benoît sur le Parlement a été longuement analysée par P. ARABEYRE, p. 438-447.

<sup>31</sup> Sur le chancelier, voir *Ibidem*, p. 430-433.

<sup>32</sup> P. ARABEYRE, p. 361.

<sup>33</sup> Sur la loi Salique, voir *Ibidem*, p. 232-240.

<sup>34</sup> Sur Jean de Coras voir en dernier lieu H. GILLES, *Université de Toulouse et enseignement du droit (XIII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles)*, Toulouse, 1992, p. 258-262.

Ferrare en 1550<sup>35</sup>.

Le Digeste Vieux est la partie de la compilation justinienne qui permet le mieux à ses commentateurs des digressions historiques. D'abord, la loi 2 (*necessarium*) du titre 2 (*de origine juris*) est la reproduction d'un long extrait de l'*Enchiridion* de Pomponius dans lequel ce jurisconsulte a fait l'historique des lois qui ont régi au cours des âges le peuple romain ; comme les lois ne peuvent s'appliquer sans l'existence de magistrats, Pomponius donne une chronologie de l'apparition des magistratures de la République et de l'Empire qu'il a complétée par une longue liste de jurisconsultes. Nous avons déjà vu que c'est à ce fragment de Pomponius que se rapporte une bonne part des quelques notions d'histoire du droit que l'on peut trouver chez les *Doctores Tholosani*. D'autre part, tous les titres suivants du Digeste Vieux traitent des différentes magistratures apparues à Rome au cours des siècles et offrent par conséquent aux commentateurs de nombreuses occasions de rappeler l'histoire de ces institutions.

Avant même d'aborder la loi première de ce titre 2, Coras énumère les législateurs qui ont donné leurs lois aux peuples de l'Antiquité. : Zoroastre pour les Perses, Trimégiste pour les Egyptiens, Minos pour les Crétois, Charondas pour les Carthaginois, Lycurgue pour les Lacédémoniens, Draco et Solon pour les Athéniens, Romulus et Numa pour les Romains<sup>36</sup>.

Mais c'est la loi *necessarium* qui donne l'occasion à Coras d'apporter une multitude de précisions sur l'apparition et l'évolution des institutions romaines<sup>37</sup>. Il commence par évoquer la fondation de Rome, décrit les institutions de la Rome royale, raconte par le menu les circonstances dans lesquelles fut rédigée la loi des XII Tables<sup>38</sup>, signale que Cnaeus Flavius, scribe du censeur Appius Claudius, publia les formules des actions de la loi extraites d'un recueil qu'avait composé son maître et fut pour cela nommé tribun de la plèbe en 304 avant Jésus-Christ<sup>39</sup>. Parlant du Sénat, il note sa composition au temps des rois, discute l'origine de son nom, évoque l'âge des sénateurs, mentionne les différentes façons de recueillir les votes, énumère les différents types de *senatusconsultes* et décrit l'habit des sénateurs<sup>40</sup>.

S'intéressant aux consuls, il constate la diminution de leurs pouvoirs au temps de l'Empire et leur multiplication à la même époque puisqu'ils ne siègent plus que durant deux mois, alors que leurs prédécesseurs exerçaient pendant une année entière. Il s'étend sur les insignes du consulat : le consul a droit à un siège d'ivoire, il porte une veste blanche bordée de rouge et se fait précéder de douze licteurs porteurs de verges garnies de haches<sup>41</sup>.

Quand il en vient aux censeurs, il se livre à une évaluation de la population

<sup>35</sup> Ils ont été publiés à Lyon par Antoine Vincent en 1558, sous le titre *Ioannis Corasii Tolosatis iureconsulti clarissimi, Senatorisque regii Tolosae meritissimi, in titulum Pandectarum de iustitia et jure, ac sequentes legum iuris, magistratuumque titulos Commentarii : quibus, omnis publici privatiue iuris potestas ad synceram antiquitatis fidem explicatur*.

<sup>36</sup> La liste figure à la page 34 de l'édition précédemment signalée.

<sup>37</sup> Le commentaire de la loi *necessarium* s'étend sur deux cent six pages *in folio* de l'ouvrage de Coras.

<sup>38</sup> Essentiellement d'après TITE-LIVE (p. 49-56 et p. 125-128).

<sup>39</sup> Il s'appuie sur Cicéron, Tite-Live, Valère-Maxime.

<sup>40</sup> Aux auteurs précédents, on peut ajouter Denis d'Halicarnasse, Suétone, Pline, Aulu-Gelle.

<sup>41</sup> Dans le même ouvrage de Jean de CORAS, édition citée plus haut, p. 88-90.

romaine qu'il fait passer de 84 700 citoyens, lors de l'instauration du premier cens sous Servius Tullius, à 292 334 lors du quatrième cens survenu l'an de Rome 477<sup>42</sup>. Il passe ensuite en revue les diverses magistratures apparues successivement, les républicaines comme les impériales, et compose même un petit traité de géographie historique sur la Gaule romaine qu'il termine par la citation du célèbre poème d'Ausone sur Toulouse<sup>43</sup>. Il y ajoute une histoire de Jules César et des empereurs des deux premiers siècles<sup>44</sup>.

Arrivé à la dernière partie de la loi *necessarium* où Pomponius avait voulu faire l'histoire de la science du droit civil, Coras suit scrupuleusement son modèle en consacrant une notice, parfois fort longue, aux jurisconsultes cités par Pomponius, depuis Coruncanus qui passait pour avoir été le premier des jurisconsultes romains à interpréter publiquement les dispositions du droit<sup>45</sup> jusqu'à Salvius Julien qui a rédigé l'*édit perpétuel* à la demande de l'empereur Hadrien dans le premier tiers du II<sup>e</sup> siècle<sup>46</sup>. Il s'étend une nouvelle fois longuement sur Appius Claudius, dont il a parlé déjà à propos de la loi des XII Tables<sup>47</sup>, rédige une biographie de Cicéron<sup>48</sup> et une biographie encore plus détaillée de Servius Sulpitius<sup>49</sup> ; il s'attarde assez longuement sur Labeo qu'il distingue soigneusement de son père qui portait le même nom<sup>50</sup>.

L'essentiel des notes historiques que Coras a introduites dans son commentaire du Digeste Vieux concerne l'histoire du droit romain. Cependant, de-ci de-là, apparaissent quelques références à celle du droit public français. Ainsi, par deux fois<sup>51</sup>, en des termes à peu près identiques, Coras traite de l'origine des Parlements français. Selon lui, il a existé en France des cours suprêmes appelées Parlements : quoique ces cours se plaisent à s'appeler Sénats, elles n'ont que peu de rapports avec ce qu'était le Sénat romain. C'est le roi Pépin le Bref qui, en 757, créa les Parlements ; mais ceux-ci ne ressemblaient en rien à ce que sont les Parlements actuels. C'étaient des assemblées réunies en un lieu quelconque deux fois par an, convoquées peu de jours avant leur session, un peu comme ce que l'on appelle aujourd'hui les Grands Jours. Les membres du Parlement suivaient d'abord le roi dans ses déplacements. Le roi Louis le Hutin créa deux Parlements : l'un à Paris qu'il installa dans le palais que venait de construire le roi Philippe le Bel, l'autre, établi à Toulouse en 1320 par Philippe le Long pour connaître des affaires intéressant les Toulousains<sup>52</sup>. Les deux

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>43</sup> P. 152.

<sup>44</sup> P. 157. Coras est revenu sur l'histoire de Néron p. 239.

<sup>45</sup> Coras s'efforce de le distinguer de plusieurs homonymes (p. 169).

<sup>46</sup> P. 243.

<sup>47</sup> P. 171-176.

<sup>48</sup> P. 197-199.

<sup>49</sup> P. 203-208.

<sup>50</sup> P. 211 et p. 213-217.

<sup>51</sup> P. 74 et p. 426.

<sup>52</sup> Cette affirmation de Coras est inexacte. Le parlement de Toulouse a été institué par le dauphin Charles, régent du royaume, par lettres patentes données à Carcassonne le 19 mars 1420; supprimé quelques années plus tard, il fut définitivement rétabli, à la prière des Etats de Languedoc, en 1444. Mais il est vrai qu'une tradition toulousaine, rapportée notamment dans la Chronique de Guillaume Bardin, parle de la création d'un parlement à Toulouse par

cours devinrent ainsi pérennes et perpétuelles.

Ainsi, au XVI<sup>e</sup> siècle, les auteurs toulousains s'attachent à élaborer une histoire des institutions romaines, histoire dont ils recherchent les éléments chez les historiens latins, remis en honneur par les érudits de la Renaissance. Ils s'intéressent peu, en revanche, à l'histoire du droit public français et ils ignorent celle du droit privé. Ce sera l'œuvre des siècles suivants d'ériger la véritable discipline de l'Histoire du droit.

---

Philippe le Bel au cours du séjour qu'il fit dans cette ville du 25 décembre 1303 au 25 janvier 1304.



## L'INVENTION ÉRUDITE BÉNÉDICTINE (MAURISTE) DE L'HISTOIRE DU DROIT

GERARD GUYON

L'apport des bénédictins de Saint-Maur à la science historique, philologique, diplomatique, codicologique, héraldique, et plus largement à l'érudition, est très connu<sup>1</sup>. Les travaux des savants moines de la Congrégation constituent même une des entreprises culturelles et éditoriales les plus célèbres jamais tentées en France et de nombreux ouvrages leur ont été consacrés<sup>2</sup>. Ce n'est donc pas dans ce champ déjà

---

*Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.*

\* L'intitulé choisi peut sembler s'écarter des canons traditionnels à l'histoire du droit qui ont fixé historiquement et institutionnellement les débuts et les formes d'une science qui – il faut cependant le reconnaître – n'a pas partout la même autorité, ni les mêmes caractères. Mais cette liberté s'appuie sur les résultats auxquels sont parvenus les historiens du droit espagnols qui se sont lancés, récemment, dans une entreprise identique d'étude des concepts et des méthodes propres à l'histoire du droit, portant sur les 25 dernières années. Leurs travaux, publiés dans la revue *Byblos, Revista de Bibliografía Historico-jurídica (sobre el concepto y metodo de la Historia del Derecho – sobre el metodo específico de la enseñanza de la Historia del Derecho y el papel de la Historia del Derecho en los programas de los estudios de las Universidades – Sobre la Historia de las instituciones politico-administrativas – sobre la Historia jurídica española – 26-1-2005)* ont montré des opinions très contrastées, parfois très personnelles, sur l'historiographie juridique, ainsi que l'éclatement en disciplines particulières qui la caractérise. Il en résulte une impression forte, qui n'est pas tout à fait étrangère au sentiment général contemporain selon lequel ce qui fait l'existence de l'histoire du droit, c'est avant tout qu'elle est enseignée dans les Facultés de droit des Universités. Ce constat ibérique est toutefois complété par l'insistance sur une des exigences majeures de la formation de l'historien du droit : la nécessité d'une réflexion sur sa propre histoire et celle de la naissance de sa discipline.

<sup>1</sup> On isolera surtout Y. CHAUSSY, *Les bénédictins de Saint-Maur*, 2 vol. (collection des Etudes Augustiniennes – série Moyen-Âge et Temps modernes 23, 24), Paris, 1989-1991, M. LAURAIN, « Les travaux d'érudition des Mauristes : origines et évolution », *R.H.E.F.*, t.XLIII, 1957, p. 231-271 et P. GASNAULT, *L'érudition mauriste à Saint-Germain-des-Prés* (collection des Etudes Augustiniennes – série Moyen-Âge et Temps modernes, 34), Paris, 1999; recueil d'articles dans lequel nous avons particulièrement utilisé celui qui a été consacré aux « Motivations, conditions de travail et héritage des bénédictins érudits de la Congrégation de Saint-Maur » (Actes du colloque de Montpellier- juin 1983 – Des bénédictins érudits aux prêtres régionalistes), *R.H.E.F.*, t.LXXI, n°186, janvier-juin 1985, p. 13-23.

<sup>2</sup> Parmi eux, la synthèse de B. BARRET-KRIEGER, *Les historiens et la Monarchie*, t.I, Jean Mabillon, Paris, 1988, rééditée dans *L'Histoire à l'âge classique*, 4 volumes, P.U.F., 1996, procède d'une curieuse méthode, car elle insiste beaucoup trop sur une soi-disant « nature séculière » de l'œuvre mauriste et particulièrement du travail de dom Mabillon. Ce qui n'est pas le cas du livre de M. FUMAROLI, *L'âge de l'éloquence. Rhétorique et « res literaria » de*

bien labouré que se situe cette étude, mais dans le domaine plus spécifique des recherches juridiques auxquelles les Mauristes ont apporté des constituants neufs, au point, semble-il, de justifier cet intitulé qui ferait d'eux des chercheurs et des maîtres *inventeurs* des prémices de l'enseignement de la *matière de l'histoire du droit* dans l'univers monastique bénédictin en tout cas ! Les savants religieux pourraient donc, pour ces raisons, être retenus comme faisant partie de nos plus anciens précurseurs. Ils occuperaient à ce titre – au regard de nos exigences scientifiques en tout cas – une place plus originale et plus importante que celle prise par les anciens maîtres des Universités des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. La plupart d'entre eux ayant d'ailleurs une perception étroitement romanisante du droit et leur attitude étant aussi, en ce qui concerne le champ coutumier, dominée par des signes de crispation sur un hypothétique droit commun, plus imaginé que réel. Quant au domaine de l'enseignement et des études sur le droit royal, il est tout juste embryonnaire<sup>3</sup>. Nous devons assurément aux pères mauristes, une philosophie, des méthodes et surtout une approche historique originale du droit ou plus exactement du fait juridique.

Cette situation nouvelle qu'ils ont créée, a non seulement amplifié l'éloignement naturel des historiens du droit vis-à-vis des romanistes, traditionnellement attachés (l'exception de Cujas n'en est que plus remarquable) à une conception statique d'un *ius romanum* contenu essentiellement dans ses principes, mais elle les a, plus encore, littéralement liés, de manière très symbolique, à une matière historique nouvelle : celle de l'ordre juridique de l'État, celle des règlements, des coutumes, et plus largement de toutes les institutions. Alors même que la place et encore moins l'apport des érudits mauristes à la science juridique restent totalement ignorés. On sait certes que l'érudition juridique existe avant eux. Elle commence au XVI<sup>e</sup> et au début du XVII<sup>e</sup> siècle, avec les Pithou, Bodin, Pasquier, de Thou<sup>4</sup>. Mais il lui manque une véritable matière historique scientifique que Mabillon et ses émules vont lui fournir.

Ces raisons initiales portent en elles-mêmes les éléments de cette réflexion qui entend s'attacher aux apports essentiels que les travaux et les enseignements des bénédictins de la Congrégation ont pu fournir à l'étude du droit envisagé dans son rapport à l'histoire. C'est un angle qui n'est généralement pas retenu, contrairement à celui (très richement doté) de la constitution d'une histoire savante dont on a, il y a quelques années, mis au jour les principales étapes<sup>5</sup>. Pourtant, lorsque l'on étudie le

---

*la Renaissance au seuil de l'époque classique*, Genève, 1980, qui montre bien au contraire la manière et le but religieux de cet humanisme érudit gallican, utilisant l'histoire pour servir la foi par des instruments mieux adaptés à la recherche de Dieu, en dépit de ses détracteurs dont les plus obstinés appartenaient à l'état religieux lui-même comme Rancé.

<sup>3</sup> Ch. CHENE, « L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793) », Genève, Droz, 1982 et en dernier lieu « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien Régime », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION (dir.), Centre d'Histoire Judiciaire, CNRS – Lille II, éditions La mémoire du Droit, Paris, 2005, p. 139-145.

<sup>4</sup> Elle est aussi importante chez les avocats, comme en témoigne l'étude de J.-L. GAZZANIGA, « Avocats canonistes et gallicans (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles) », dans *Hommage à R. Szrankiewicz*, Paris, Litec, 1998, p. 109-133.

<sup>5</sup> Le travail de dom R. LEMOINE, « Le monde des religieux. L'époque moderne, 1563-1789 », dans G. LE BRAS, J. GAUDEMET, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, Paris, Cujas, 1976, p. 24-36 met particulièrement en relief l'histoire des institutions juridiques

point de vue de l'histoire du droit, dans les écrits et les pratiques pédagogiques des moines de Saint-Maur, ils révèlent une méthode et une philosophie sous-jacente – on pourrait même dire une dogmatique – qui n'est pas sans rappeler celle qui a nourri les débats idéologiques propres à la recherche et à l'enseignement du droit au XIX<sup>e</sup> siècle et marqué fortement, on le sait, les publications, au cours des « guerres » qui opposèrent les tenants des écoles historiques du droit, françaises et allemandes.

#### I — LES CONDITIONS INTELLECTUELLES ET METHODOLOGIQUES GÉNÉRALES DE L'ŒUVRE MAURISTE.

La mesure de ces données peut être prise en commençant par rappeler, très sommairement, quelques-unes des conditions générales qui ont présidé au lancement de l'œuvre bénédictine mauriste. Elles permettent de saisir le but premier de l'entreprise. On sait en effet que lorsque les bénédictins prirent la décision de se lancer dans ce long et difficile travail, ils avaient principalement pour objectif de défendre et de mieux illustrer les vérités dogmatiques et historiques d'une foi catholique malmenée par les thèses réformées et surtout par les arguments des philosophes appartenant à l'école du libertinage érudit<sup>6</sup>. Il était alors urgent, dans cette bataille, de mettre au point des arguments fondés sur des documents anciens incontestables et qui serviraient la vérité des faits religieux. Mais il ne faut pas oublier non plus que cette attention scrupuleuse portée aux sources, celles que la philologie historique permettait de mieux comprendre, si elle prenait place dans le champ des controverses religieuses, avait aussi pour objectif de souligner combien la foi englobe la pensée juridique. La question canonique était également centrale puisqu'elle nourrissait d'arguments les prétentions romaines à tirer partie d'une succession apostolique ininterrompue. Elle accompagnait les recherches, plus générales, sur le sens des rapports juridiques de l'homme et de la société<sup>7</sup>. Enfin, il ne faut pas négliger la nécessité d'affermir les connaissances théologiques et de donner un aliment spirituel de meilleure qualité aux religieux, particulièrement les moines lors de leur formation, dans le cadre même de leurs études dans les noviciats.

Les bénédictins étaient bien évidemment les premiers bénéficiaires de ces recherches, puisqu'ils voulaient écrire l'histoire de leur Ordre, mettre en évidence les grands faits saillants qui justifiaient l'autorité monastique bénédictine dans l'Église, contre le clergé séculier, et assurer solidement leurs possessions matérielles. Le tout

---

des congrégations bénédictines en France; celle de Saint-Vanne est souvent oubliée en dépit de son rôle majeur, même dans le domaine intellectuel.

<sup>6</sup> La thèse classique de R. PINTARD, *Le libertinage érudit dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle*, Boivin, 1943, reste toujours importante pour comprendre les caractères et la portée de ce puissant mouvement littéraire qui modèle aussi la pensée juridique, mais il faut y ajouter B. NEVEU, *Erudition et religion aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, Albin Michel, 1994.

<sup>7</sup> Si les questions les plus importantes traitent du temporel et des limites de l'indépendance du pouvoir du Pape, elles sont placées dans un cadre plus général ordonné autour des deux fins essentielles des études monastiques que le recours aux sources permet d'atteindre : « la connaissance de la vérité, la charité ou amour de la justice ». C'est sur cet objectif qu'insiste Jean Mabillon dans l'épître préliminaire de son *Traité sur les études monastiques*, Paris, 1691, et sur lequel il revient à plusieurs reprises, p. 3 et 384.

dans le cadre d'une indépendance gallicane très nettement affirmée<sup>8</sup>. Ces buts ont été très vite dépassés et, phénomène plus important encore, les religieux érudits se sont trouvés engagés dans des recherches qui, aux yeux mêmes de dom Mabillon, se sont ouvertes beaucoup plus largement qu'ils ne le pensaient au départ<sup>9</sup>. Elles contenaient des exigences qu'il fallait impérativement surmonter et qui portaient d'un triple constat. Dans le premier, les moines s'aperçurent que la science historique, qu'ils étaient en train de créer, dominait rapidement le point de vue étroitement hagiographique qu'elle devait servir. Ils furent donc convaincus que l'étude externe et interne des documents était une condition indispensable à l'établissement de la vérité, quel que soit le sujet abordé.

Dans le deuxième constat, un phénomène encore plus important pour notre propos a pris corps. En effet, les bénédictins de Saint-Maur avaient fait porter tous leurs efforts sur les textes juridiques, puisque les arguments qu'ils recherchaient se trouvaient à l'intersection de la vérité théologique dans l'histoire et de l'autorité canonique. Sans en connaître exactement au départ les raisons, mais en étant ensuite très vite conscients de l'intérêt primordial de cette connexion, il leur fallut établir des liens, les plus étroits possibles, entre l'histoire et le droit.

Dans le troisième enfin, les religieux ne découvraient pas, bien sûr, l'incarnation du droit dans l'histoire, mais ils en prenaient conscience d'une manière différente, alors même qu'ils travaillaient, toujours par nécessité croissante, à la mise au point de méthodes qui plaçaient, au centre de leur étude de l'histoire, la prééminence de l'acte juridique. Il devenait pour eux essentiel de montrer comment la législation, les institutions, et plus largement le droit, *sous toutes ses formes et en tous lieux*, s'inscrivaient dans un long processus d'ordre historique – chrétien, bien évidemment –, ce qui dépassait le point de vue des romanistes déjà engagés depuis longtemps dans un travail de même nature, et plus tard les juristes coutumiers ainsi que les arrêtiéristes<sup>10</sup>. Finalement, dans ce travail, le droit ne prenait son sens et n'acquiesçait sa vérité dogmatique et son autorité que par le moyen d'une sorte de reconstitution historique. Ainsi l'histoire du droit était-elle en train de naître et devait-elle travailler à la fabrication de sa propre science, en même temps que sa place devenait de plus en plus importante dans la formation religieuse elle-même. C'est dans cet esprit qu'il faut comprendre le soin apporté aux éditions des règles et coutumes monastiques – documents de nature juridique – et même aux histoires de l'Ordre<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> C'est même le cœur d'une culture nationale chrétienne, une « francité chrétienne » selon l'heureuse formule utilisée par Marc Fumaroli dans la préface qu'il signe du livre de B. NEVEU, *Erudition et religion aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, ouv. cité, p. III.

<sup>9</sup> La base de ces observations est constituée par les « instructions » pour le développement de la connaissance et de l'étude de l'histoire de l'Ordre, spécialement des coutumiers, qui émanent des premiers grands « littérateurs » bénédictins, au premier rang desquels figure dom d'Achéry et ses directives de 1648. Dom P. DENIS, « Documents sur l'organisation des études dans la Congrégation de Saint-Maur », *Revue Mabillon*, tome VI, 1910, p. 133-156.

<sup>10</sup> Voir la récente publication du colloque de Lille sur ce sujet dans S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, ouv. cité.

<sup>11</sup> C'est le cas pour la *Concordia regularum* de saint Benoît d'Aniane, par dom Hugues MENARD, à partir de 1638 et des *Annales ordinis Sancti Benedicti*, par dom MABILLON, dom RUINART, dom MASSENET et dom MARTENE. Ces éditions doivent être aussi, et peut-être

À la réflexion, une telle démarche ne doit pas surprendre. L'*opus* littéraire de Mabillon et de ses émules découle de la foi chrétienne. Il s'enracine dans une exigence monastique proprement bénédictine tirée de la Règle de saint Benoît. Elle guide toute leur entreprise, en même temps qu'elle leur fournit le principal argument de leur méthode. Au cœur du christianisme, le message de la foi est établi sur des témoignages qui n'auront de cesse d'être vérifiés, corroborés et fondés de manière définitive. C'est le socle sur lequel la vérité religieuse prend corps. Mais l'histoire accomplit aussi son œuvre. Elle déroule son temps qui ronge et déforme les faits. Elle dépend des conditions que lui créent les évolutions des langues, des idées. Elle apporte avec elle une mobilité, des changements, que le souci le plus aigu de servir la tradition des sources n'empêche pas. Elle change l'esprit, sinon la lettre. Les moines mauristes ont à l'esprit toutes ces questions. Ils sont aidés dans cette prise de conscience par ce qui constitue le sens même de leur vie monastique, toute emplie de la louange divine et de la lecture des textes sacrés. La *lectio divina*, qu'ils pratiquent quotidiennement, fait d'eux des méditants de la *loi divine*<sup>12</sup>. Elle les place naturellement en face de vérités que leur esprit rapporte à une raison qui voudrait les soumettre à ses critères. L'autorité du droit, des lois, ne peut manquer d'être déterminée par l'histoire, que celle-ci soit jugée providentielle ou plus simplement humaine.

Ces exigences d'ordre spirituel et rationnel ne sont pas les seules à jouer leur rôle. De façon historiquement plus précoce, et davantage même que les autres ordres religieux, les bénédictins ont toujours fait porter leurs efforts sur la constitution et la conservation des actes juridiques. La matière du droit, et particulièrement celle des grandes donations privées et publiques, des chartes de fondations, des états de leurs possessions, est déjà, naturellement et anciennement pour eux, une réalité des plus tangibles et des plus nécessaires. On peut ainsi noter que les Ordres religieux – avant même les Etats et bien sûr les Universités –, paraissent être les plus lointains inventeurs d'une histoire du droit, par leur conscience de l'utilité de ces textes, le soin qu'ils ont toujours pris à les mettre en lieu sûr. Mais plus encore que l'intérêt attaché à leur conservation, c'est aussi leur mode de transmission, par *l'enseignement*, qui revêt une signification interne particulière. Elle est beaucoup plus importante, à leurs yeux, que pour beaucoup d'autres corps et institutions<sup>13</sup>. Ce phénomène – d'ailleurs longtemps général à l'Église –, explique aussi le volume des sources monastiques, la place qui leur est attribuée et la constitution finale d'un immense *corpus* réglementaire dont l'étude occupe une grande place dans la formation cléricale régulière. Cette constatation historique peut encore être faite aujourd'hui, si l'on étudie

---

d'abord, considérées dans le cadre du « document sur l'organisation des études dans la Congrégation de Saint-Maur ».

<sup>12</sup> *Regula benedicti* c.48. Pour une étude très proche de l'esprit du texte, voir Dom P.DELATTE, *Commentaire sur la Règle de Saint Benoît*, Paris, Mame, 1969, p. 348-353.

<sup>13</sup> Reprenant Mabillon et son *Traité des études monastiques*, dom P.Delatte souligne combien l'érudition ne doit pas être la finalité de l'état monastique et les dérives auxquelles les Mauristes se sont laissés aller « rappelons-nous de quelle façon misérable a fini la Congrégation de Saint-Maur », mais il répète aussi la valeur du travail consciencieux et méthodique et dresse, à son tour, en héritier de la tradition bénédictine, une sorte de programme d'études et de lectures, où les sources occupent une place essentielle, et particulièrement les textes des règles anciennes qui sont, à ses yeux, des *instrumenta virtutum*, *Commentaire sur la Règle de Saint-Benoît*, ouv. cité, p. 565.

l'enseignement que reçoivent les « étudiants –postulants » que sont les novices, avant leur entrée définitive dans la vie monastique. Cela dit, il est clair que l'histoire du droit prend un rapide essor. Elle fait l'objet d'une attention beaucoup plus soutenue dans les monastères de la Congrégation de Saint-Maur que dans les autres communautés religieuses : ne serait-ce que dans la manière dont les éléments juridiques sont collectés, classés, conservés et utilisés dans les *scriptoria* mais aussi dans les *studia monastica*, c'est-à-dire en vue des études monastiques, et particulièrement de ceux qui avaient été sélectionnés pour la recherche érudite<sup>14</sup>.

Au-delà de ces remarques générales, il faut noter que les réflexions et projets de dom Mabillon ne se greffent pas sur une *terra incognita*. Il y a une sorte de préexistence historique qui les explique. Les temps médiévaux, et la fin de l'indépendance des religieux, ont eu deux conséquences opposées : la première a dépossédé les bénédictins de leur autonomie, tout en les crispant sur leurs droits<sup>15</sup> ; la seconde a donné à l'État des moyens de plus en plus considérables et parmi ceux-ci la maîtrise croissante du droit public, et même du droit ecclésiastique. Or on sait l'importance de l'histoire du droit dans la pensée du *Mos Gallicus* et dans l'univers gallican religieux. C'est ce qui explique la raison pour laquelle les Mauristes doivent à la puissance publique le soutien et parfois le financement de leurs travaux. Quant au droit privé, s'il reste, pour une très large part, dans la sphère particulière des coutumes et de la pratique, il n'échappe pourtant pas totalement à la récapitulation mauriste, par le biais du *Monasticon* qui entend tout saisir dans cet ordre même. Puisqu'il s'agit d'établir un *corpus* historique exhaustif de l'état des propriétés et des droits de l'ensemble des abbayes soumises à la règle bénédictine.

C'est donc bien dans le courant de leur gigantesque entreprise que prend corps, véritablement, ce souci d'une histoire juridique, ordonnée dans ses méthodes et dont une large partie sert à l'enseignement et à la recherche monastiques. C'est là que naît précisément, nous semble-t-il, l'histoire du droit en tant que science propre, si on la rapporte aux exigences scientifiques modernes et plus spécialement universitaires. Il est peut-être même possible de fixer la date de sa naissance avec le petit opuscule que dom Mabillon rédige en 1691, intitulé : *Traité des études monastiques* et dans quelques autres écrits, où il entend dégager les règles de l'histoire, ainsi que dans la correspondance des grands Mauristes avec d'autres chercheurs.

C'est en tout cas sur ces quelques sources que nous voudrions appuyer notre démonstration, en retenant brièvement deux points essentiels, tels que nous venons

---

<sup>14</sup> Il ne faut pas oublier que près de deux cents abbayes et prieurés bénédictins adhèrent à la Congrégation durant le XVII<sup>e</sup> siècle et avec Saint-Vanne; qu'elles couvrent toute la France et qu'en raison de leur nombre considérable (10 000 moines entre 1617 et 1792), il était aisé d'y trouver une minorité apte à recevoir un enseignement de très haut niveau. P.GASNAULT, « Portrait du mauriste érudit », *Les Mauristes à Saint-Germain-des-Prés*, p. 107-114 montre même qu'un nombre élevé parmi ceux-ci appartenait à des familles de la noblesse de robe. De même, dom G.-M. Oury a bien mis en valeur les points saillants des exigences intellectuelles et religieuses des études poursuivies à Saint-Maur, en étudiant les Conférences ascétiques de dom Claude Martin, entré dans la Congrégation en 1641 et écrites alors qu'il était directeur de la formation des moines, tant en ce qui concerne les études spécialisées que pour l'ensemble de la Congrégation, « Etude et vie spirituelle. La synthèse recherchée par dom Claude Martin », *Les Mauristes à Saint-Germain-des-Prés*, p 99-106.

<sup>15</sup> Dom Robert LEMOINE, *Le monde des religieux. L'époque moderne (1563-1789)*, ouv. cité, p. 20-21.

d'en tracer les conditions externes<sup>16</sup>. Le premier repose sur la place du droit ou la prééminence de l'acte juridique dans l'enseignement et la recherche autour de l'histoire monastique. Ce qui est incontestable et s'explique à la fois par les caractéristiques de l'entreprise menée par les bénédictins et par l'histoire même de leur Ordre. La seconde est la mise au point des études d'histoire du droit public et ecclésiastique et de leur enseignement. Cet aspect particulier relève d'une mission attribuée aux Mauristes par les autorités royales. Mais il doit être aussi inclus dans un champ beaucoup plus vaste, et qui n'a jamais été aujourd'hui étudié, celui de l'enseignement des grandes œuvres juridiques gallicanes dans les *stodia monastica*, au sujet duquel nous nous contenterons de poser quelques questions, alors même que ces traités figurent pourtant comme des repères historiques dans la plupart des manuels d'histoire du droit public écrits de nos jours.

## II — LA PLACE DU DROIT OU LA PREEMINENCE DE L'ACTE JURIDIQUE DANS LES ETUDES MONASTIQUES.

L'accumulation des connaissances, la nécessité de les mettre en ordre et de les classer n'ont pas seulement abouti à consacrer la supériorité de l'écrit et des modèles mathématiques. Elles marquent les débuts scientifiques de l'introduction de l'autorité publique sur l'ordre privé. Elles font apparaître la prééminence des actes publics authentiques sur toute autre forme juridique. Elles expliquent la place éminente occupée par les juristes érudits parmi les antiquaires savants. Cela dit, la Congrégation bénédictine de Saint-Maur n'a pas été simplement la première des grandes institutions consacrées à la recherche historique. Elle a eu aussi un but qui transparaît dans le soutien que lui accorde Richelieu : servir l'ordre de l'État en servant l'ordre de l'Église. Le récolement des actes juridiques sert cette fin première qui conditionne, aux yeux du Ministre-Cardinal, l'autorité de ces deux grandes institutions autour desquelles s'ordonne toute la puissance humaine. Il ne s'agit pas seulement d'une question d'idéologie politique, ni des prémices d'un gouvernement par l'opinion, mais bien plutôt de lier étroitement la maîtrise juridique du passé et l'autorité présente de la loi<sup>17</sup>. Rien ne sert mieux ces objectifs qu'une Église triomphante dans la main d'un État gallican attaché, plus qu'on ne le croit, au renouveau catholique et aux manifestations de son unité tant spirituelle qu'institutionnelle jusque dans une large partie du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>18</sup>.

Cet objectif n'est cependant pas le seul auquel les Mauristes accordent tout leur

<sup>16</sup> Comme l'a déjà souligné P. Gasnault, la très riche correspondance échangée par les moines chercheurs (des dizaines de milliers de lettres dont la plupart n'ont même pas été repérées) permettrait de mieux connaître les points saillants sur lesquels les érudits faisaient porter leurs efforts de recherche et la qualité des correspondants auxquels ils s'adressaient (souvent des laïcs – et parmi ceux-ci des juristes).

<sup>17</sup> F. HILDESHEIMER, « Un instrument politique : les libertés de l'Église gallicane », *L'Etat et les cultes*, Paris, 1996. Du même auteur, *L'Histoire religieuse*, Publisud, 1996, p. 41-42, particulièrement sur les « bella diplomatica » (les guerres diplomatiques) qui opposent désormais les souverains.

<sup>18</sup> On doit toujours se reporter aux travaux de A.-G. MARTIMORT, *Le gallicanisme de Bossuet*, Paris, éd. du Cerf, 1953 et à ceux de S.-H. FRANCESCHI, *Antiromanisme doctrinal, pouvoir pastoral et raison du prince : le prisme français (1606-1611)*, Positions de thèse de l'École des Chartes, 1999, p. 191-204.

soin et leur énergie. Dès 1645, dom Grégoire Tarris, le premier Supérieur général, soumet au Chapitre général de l'Ordre un texte appelé *Constitutions de Saint-Maur*. Il contient les règles organisant le gouvernement de la Congrégation, mais aussi un programme que Mabillon tiendra pour essentiel et qui comprend une complète réorganisation du cycle des études suivies au cours du noviciat. Désormais les études historiques sont obligatoires, ainsi que celles des langues anciennes et, plus généralement, les humanités, la philosophie et la théologie. À cela s'ajoute l'obligation pour les moines de mieux s'enraciner dans leur ordre en faisant un inventaire précis, scientifique, de leur tradition coutumière.

Ce point de départ – qui semble encore éloigné de la question elle-même de l'histoire du droit –, n'était qu'une première étape. Il fut suivi de l'ouverture d'un enseignement de droit canonique aux religieux et de l'institution d'une formation spécifique portant sur huit années au cours desquelles devait être récapitulé tout ce qui avait été appris précédemment, complété par des études de philosophie, de théologie, de droit et d'histoire. Ces premiers programmes d'études « mauristes » sont poursuivis, en 1647, par le même dom Tarris qui écrit une lettre circulaire dans laquelle il développe ses idées et précise son plan pour une étude historique de l'Ordre bénédictin. Il y montre des qualités de juriste (il a été clerc de notaire) ce qui explique aussi la part faite au droit. Son *Mémoire des instructions relatif à l'histoire de l'Ordre* contient un exposé méthodologique détaillé dont Mabillon reprendra une partie dans son *Traité des études monastiques*. Il s'agit de mettre en chantier un *Monasticon gallicanum* complet qui devait faire un état de tout ce qui relevait de l'histoire des abbayes du royaume. C'est une étape importante pour notre sujet. Elle part du principe premier que tout ce qui a trait à leur existence juridique : leur gouvernement, leurs règlements et coutumes, leurs possessions – en un mot toute leur vie juridique – devait être repéré, énuméré, catalogué et décrit selon des critères établissant leur véracité, leur authenticité et leur autorité et que c'était à ce domaine qu'il fallait attacher le plus de prix. Il convenait, en outre de placer ces histoires locales dans celle plus générale de l'Église, dans toutes leurs composantes et sous tous leurs aspects.

En mars 1648, dom Luc d'Achery propose à son tour son programme. Il a pour objectif de mettre en chantier une histoire de l'Ordre bénédictin et de la Congrégation. Cette base beaucoup plus large exigeait de la part des érudits des connaissances très vastes. C'est elle qui provoqua le début des études juridiques. Il fallait que les religieux chargés de cette tâche connussent parfaitement l'Écriture Sainte, la théologie, les langues anciennes, mais aussi l'histoire et le droit. Ces exigences impliquaient la nécessité, pour les moines, de consacrer beaucoup de temps à l'acquisition d'un savoir juridique particulier et partant d'organiser son enseignement. Elles devaient tenir compte des « inclinations » particulières des moines et de la diversité de leur esprit<sup>19</sup>.

Dès 1650, les connaissances et l'organisation des études nécessaires à la poursuite de ces travaux sont récapitulées par dom Mabillon dans son *Traité des études*

---

<sup>19</sup> Déjà, dom Cl. Martin, mort en 1696, écrivait qu'il y avait ceux « qui ont de l'esprit [...] il y en a qui ont de l'esprit pour les affaires et qui n'en ont point pour les sciences [...] il y en a qui en ont pour l'éloquence et qui n'en ont point pour la philosophie, d'autres qui en ont pour la philosophie et qui n'en ont point pour la médecine, d'autres en ont pour la médecine et n'en ont point pour les mathématiques... », dom G.-M. OURY, art. cit., p. 104.

*monastiques, divisé en trois parties ; avec une liste des principales Difficultéz qui se rencontrent en chaque siècle dans la lecture des Originaux, et un catalogue de livres choisis pour composer une Bibliothèque ecclésiastique*<sup>20</sup>. Ce petit opuscule est d'une grande importance pour la thèse exploitée ici. Mabillon y reprend d'abord des éléments figurant déjà dans les programmes antérieurs, mais la nouveauté provient surtout du fait que l'étude de l'histoire du droit y fait sa véritable apparition. Tout d'abord, l'intérêt porté au droit ne prend plus seulement la forme de l'organisation d'un dépôt des œuvres des jurisconsultes dans les bibliothèques monastiques. Celles-ci, bien sûr, doivent être très richement pourvues en textes de toute sorte : hébraïques, grecs et latins (y compris ceux des grammairiens, des philosophes, des poètes et des orateurs), en traités de théologie, en histoire sacrée et profane et en droit. Mais pour la première fois le droit y apparaît sous des formes nouvelles et les textes des jurisconsultes romains n'y occupent plus la seule place et sont utilisés dans une fonction autre que conservatoire. On sait, en effet, que les abbayes ont beaucoup servi de lieu de conservation et de transmission des textes et que l'utilité du droit se limitait souvent à défendre des intérêts menacés ou à étayer des prétentions.

Dans cette quête au rassemblement des sources originales (parmi lesquelles les coutumes anciennes) qui devait servir l'établissement d'un socle juridique incontestable, pour l'histoire de leur Ordre, en premier lieu, et son enseignement, les Mauristes ont procédé de manière très rationnelle. Ils adressaient des questionnaires aux principales autorités capables de leur apporter une aide : curés, greffiers des diverses juridictions, pour obtenir des copies des actes ou plus simplement des renseignements administratifs. Les questionnaires pouvaient être très détaillés, tel celui, certes plus tardif, de dom Lenoir, rédigé en 1756, qui comprenait 300 questions portant sur la géographie, la toponymie, la démographie, l'histoire administrative, l'histoire politique, religieuse, intellectuelle, économique, archéologique, les coutumes, les statuts particuliers, les rites et fêtes religieuses, mais aussi profanes. Dans ce catalogue, il est clair que la part des règles juridiques, sous toutes leurs formes, est importante<sup>21</sup>. La diplomatique est devenue une science qui permet une nouvelle définition de l'autorité, dans l'histoire générale des textes. Elle agit plus particulièrement dans le domaine du droit où les sources juridiques gagnent fortement en crédibilité.

La nouveauté incluse dans la deuxième partie du *Traité des études* consiste aussi en ce que le droit, ou plus exactement l'*histoire du droit*, sert désormais des objectifs nouveaux : l'étude et l'enseignement. Le catalogue établi par dom Mabillon n'est pas destiné à fournir simplement un modèle idéal de bibliothèque monastique ou une méthode de transcription des sources manuscrites<sup>22</sup>. Il a pour principale fonction l'établissement des éléments de base d'une matrice pédagogique destinée, on le sait, à la recherche des sources les plus diverses et les plus complètes mais qui introduit

<sup>20</sup> Imprimé à Paris en 1691, en 1692 pour la deuxième édition (il faut attendre 1695 et 1701 pour la traduction latine qui permettra une plus large diffusion du livre).

<sup>21</sup> P. GASNAULT, « La correspondance des Mauristes », *Sous la Règle de saint-Benoît. Structures monastiques et sociétés en France du Moyen Âge à l'époque moderne*, Genève-Paris, 1982, p. 302 s.

<sup>22</sup> Cf. Dom P. DENIS, « Méthode que l'on doit garder en transcrivant les commentaires sur la règle », « Lettre et avis sur les occupations des jeunes religieux », *Revue Mabillon*, 7, 1911.

aussi, dans les monastères, l'obligation de fournir aux futurs chercheurs (bien que leur nombre n'ait jamais été à la mesure des tâches prévues), une armature intellectuelle et savante à laquelle plusieurs sciences devaient collaborer<sup>23</sup>. L'étude du droit canonique et des conciles, celle des juristes civils et de l'histoire sacrée et profane font leur apparition. Elles opèrent ensemble. Sans exagérer les choses, on peut voir, dans cette étape, l'introduction d'un véritable *cursus* historique juridique et ce fait, qu'un nombre croissant de religieux soit astreint à l'étude de ce qui ressort du domaine de *l'histoire du droit et des institutions ecclésiastiques*, est des plus singuliers et des plus novateurs. *L'opus Dei* n'est plus la seule occupation des moines. Au-delà de celui occupé aux recherches érudites, ce caractère se vérifie dans le temps consacré à leur formation qui s'est alourdi de plus de moitié<sup>24</sup>. Désormais, le programme des enseignements est divisé en trois parties : étude des antiquités ecclésiastiques (incluant le droit et les institutions canoniques et civiles – le droit romain), des antiquités nationales (incluant le droit – les ordonnances et coutumes – et les institutions publiques), de la méthodologie historique. Le tout dans un ensemble gallican toujours très marqué dont il faudrait connaître le détail dans l'enseignement des grandes académies d'études mauristes qui voient le jour<sup>25</sup>.

Cela dit, que faut-il entendre exactement par « histoire du droit » selon dom Mabillon ? La réponse se trouve dans le *Traité* lui-même où l'érudite religieux précise son objectif en ce qui concerne l'orientation des études. Point de vue partagé, puisqu'il figure déjà dans une lettre écrite par le Supérieur général de la Congrégation dom Bernard Audebert, le 20 juin 1671. Pour bien saisir la pensée et les visées de Mabillon, il faut reprendre très brièvement la manière dont les études de droit faisaient jusqu'alors usage de l'histoire et se demander si leur objectif premier était d'étudier les divers droits dans la diversité de leur contexte et de leur évolution historique. Portaient-elles sur ce que l'on nomme de nos jours « l'introduction historique au droit » ou, dans une autre acception commune, « l'histoire du droit » ? La question n'est pas sans intérêt. Car l'objet de l'une n'est pas le même que celui de l'autre, ni sa dimension – puisque le droit n'est pas seulement composé de règles, de pratiques, de doctrines ; puisqu'il est aussi un art, une culture qui elle-même s'enracine dans l'histoire. La réponse est connue. Ces composantes précises que la

<sup>23</sup> Même si elle peut difficilement passer pour un exemple commun, l'éducation reçue par dom Bernard de Monfaucon, admis à la profession le 1<sup>er</sup> mai 1676, renseigne sur la hauteur des qualités intellectuelles exigées et la maîtrise du savoir qu'elles entendent servir. Après une dizaine d'années passées dans des monastères du Midi de la France (Notre-Dame de la Grasse et l'Abbaye Sainte-Croix de Bordeaux – alors sous la juridiction de la Congrégation et qui connaît un bref essor), il étudie le grec avec dom Claude Martin qui le fait venir à Saint-Germain-des-Prés, en 1687. Son ouvrage *Bibliotheca bibliothecarum manuscriptorum nova*, Paris, Briasson, 1735, porte témoignage de l'exceptionnelle érudition et de la culture très ouverte de l'inventeur du mot « paléographie ».

<sup>24</sup> C'est d'ailleurs cette excessive application à l'étude qui sera reprochée aux bénédictins de Saint-Maur (ces déchiffreurs de chartes !) dans la *Réponse au Traité des études monastiques* publiée par Rancé et auquel Mabillon réplique aussitôt dans sa *Réflexion sur la réponse* de M. l'abbé de la Trappe au *Traité des études monastiques*, en 1692.

<sup>25</sup> Pour saisir toute l'étendue de cette question des grands traités gallicans et de leur influence dans les milieux monastiques, il faudrait pouvoir disposer d'un travail comparable à celui de J.-M. GRES-GAYER, sur le gallicanisme de Sorbonne : *Chronique de la faculté de théologie de Paris (1657-1688)* (Bibliothèque d'Histoire moderne et contemporaine 11), Paris, Honoré Champion, 2002.

science historique juridique contemporaine a peu à peu élaborées ne se retrouvent pas dans le passé. La casuistique pratique est souvent la règle. Le champ historique sert seulement de matrice ou de référence (surtout romaine avec le *contra ius – iuris consonna*) à l'exposé de doctrines ou à l'énoncé de règles, sans que les éléments d'une véritable culture juridique y figurent, même comme de simples repères. On commence seulement – dans le cadre de l'opposition, plus riche sur ce plan, entre le *Mos Italicum* et le *Mos Gallicum* – à disposer des sources et des instruments nécessaires<sup>26</sup>.

C'est pourtant dans ce cadre limité que les Mauristes, par leur attention portée aux sources originales, offrent aux tenants français du rôle majeur de l'histoire dans la doctrine juridique un domaine encore plus riche et par de nombreux côtés incontestable. Ils bouleversent même les méthodes, fournissent aux juristes des documents nouveaux. Ils permettent aux historiens du droit qu'ils sont de fonder leurs études sur des matériaux offrant des garanties encore plus sûres ou du moins équivalentes à celles dont croyaient disposer les romanistes avec leurs textes. Ce travail nourrit certaines œuvres comme *L'Antiquité expliquée* et les *Monuments de la monarchie française* publiées par dom Montfaucon et dom Doussot.

Il ne faut pas oublier non plus, même s'il s'agit de références et de pratiques très anciennes, qu'il y a dans l'univers monastique – bénédictin principalement et aussi dominicain – des modes d'étude particuliers concernant les textes bibliques. Ils font une place à ce que l'on nomme les règles de « l'*accessus* ». Sans doute sont-elles elles-mêmes empruntées à un univers culturel antérieur – juif vraisemblablement par le biais des écoles rabbiniques du judaïsme hellénistique. Elles imposent en tout cas, dans l'étude des livres sacrés, de prendre en compte le contexte, l'auteur, le temps, le lieu. Elles obligent à l'acquisition d'une vaste science autour des textes. Ce qui est bien loin de la caricature habituelle d'un savoir littéral et répétitif !

Depuis déjà plusieurs siècles, ces méthodes que les moines irlandais ont répandues dans toute l'Europe, à partir du VIII<sup>e</sup> siècle, sont devenues communes à tous les monastères. Principalement dans les grands centres de formation bénédictins que sont les abbayes chefs d'ordre. L'intérêt porté aux auteurs classiques, lors de la période de la Renaissance, en a encore accru la diffusion. L'originalité de dom Mabillon, puis de ses successeurs, consiste à avoir élargi le champ de ces pratiques au domaine juridique. Ce qui nous relie aux raisons et aux programmes que nous venons d'évoquer. L'histoire du droit nécessite un vaste savoir où doivent concourir toutes les connaissances historiques du temps et pour lequel des méthodes appropriées doivent être utilisées. Et dans cette perspective, il n'y a pas que le *Traité des études*. En effet, les préfaces écrites par Mabillon et ses grands collaborateurs, dans le *De re diplomatica*, les *Annales Ordinis Sancti Benedicti*, les *Vetera Analecta*, les *Acta sanctorum*, le *Museum Italicum*, pour nous limiter à ces quelques exemples, sont pour les lecteurs modernes de véritables introductions historiques au droit<sup>27</sup>. Car, si pour les savants moines le droit sert très certainement avant tout des objectifs

<sup>26</sup> J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 341-344.

<sup>27</sup> Ainsi l'Épître dédicatoire à Colbert de l'édition du *De re diplomatica* insiste-t-elle sur l'importance du travail scientifique accompli, particulièrement pour les gens de loi et les historiens. Traduction du texte établie par Fr. HILDESHEIMER, *L'Histoire religieuse*, ouv. cité, p. 35-36.

religieux – et donc bénédictins – c’est aussi toute l’histoire qui doit être désormais reconstruite par le biais d’un étayage rigoureux de documents soigneusement circonscrits et authentifiés. L’Église en est la première bénéficiaire, ainsi que l’Ordre de saint Benoît. Le droit y occupe une place centrale, du simple fait que l’ordonnement de l’Église est de type juridique et que la forme même de son autorité religieuse s’est coulée dans les héritages du droit romain. Toutefois, ce n’est pas la seule raison, ni le seul aspect, les Mauristes y ajoutent le domaine des institutions publiques, parce que le temps de l’autonomie de l’Église est passé et que les liens avec l’État la tiennent dans une dépendance de plus en plus étroite dont elle doit désormais continuer de tirer le meilleur profit.

### III — L’INVENTION DE L’HISTOIRE DU DROIT PUBLIC ET ECCLESIASTIQUE.

Cette question n’est pas secondaire. Ni par rapport au sujet abordé, ni dans l’esprit et la démarche des Mauristes. Il paraît clair que le travail des savants bénédictins a porté des fruits dans le domaine de l’histoire du droit public, ne serait-ce que parce que la gigantesque entreprise de recherche et de collation des sources juridiques et historiques répondait aux demandes de la politique royale, de l’État royal. Mais aussi, on le sait, sans Mabillon et ses émules, pas de Pardessus, pas de Laboulaye, pas de Laferrière. Le rôle de l’histoire juridique a d’abord nourri le domaine régalien qui sera celui des nations au XIX<sup>e</sup> siècle et qui opposera si fortement les tenants d’un droit strictement enraciné dans une germanité ou une francité conflictuelle, puis permettra de le dépasser<sup>28</sup>.

Ce serait cependant une erreur de faire des bénédictins des sortes de contractuels intellectuels travaillant pour l’État. Ils sont au service de l’Église. Il n’y a pas de contrat entre les deux grandes autorités. Le problème de la constitution d’un ensemble unifié du droit public fondamental, crucial pour des souverains qui veulent rassembler tout ce qui appartient au *corpus* juridique français et l’utiliser pour étayer les prétentions de leurs politiques, et surtout la question de la nature propre du droit public, ne les intéressent pas d’abord. Pas plus que de mettre au jour des matériaux pour la construction d’un système de droits politiques de la monarchie<sup>29</sup>.

Cela dit, il est clair que *volens nolens*, les religieux travailleront dans ce sens, non seulement dans leurs recherches, mais aussi dans leurs enseignements. Ce terrain, bien qu’éclairé magistralement par les travaux d’Alain Tallon, reste cependant largement en friche, comme nous l’avons déjà dit, puisque l’on ne sait presque rien du contenu de l’enseignement des grands traités canoniques gallicans, au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle, dans les monastères. Mais l’on connaît l’intérêt porté à ces œuvres, ce

<sup>28</sup> Une simple comparaison des sommaires de la *Revue historique de droit français* et des revues allemandes comme la *Savigny Stiftung – germanistische Abteilung* le montre facilement, ou encore les débats entre Edouard Laboulaye et Warnkoenig, tels que les a éclairés A. DAUTERIBES, « Les relations entre juristes européens au XIX<sup>e</sup> siècle : la correspondance Laboulaye – Warnkoenig, 1839-1866 », *Revue d’Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, XIII (1992), p. 159-186, ainsi que l’étude de J.-M. TRIGEAUD, « Notices pour l’histoire de la science juridique : Savigny, Rosmini, Windscheid, Ihering », *Revue d’Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, V (1987), p. 125-148.

<sup>29</sup> J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, S. SOLEIL, *La monarchie française, du milieu du XVI<sup>e</sup> à 1717. L’esprit des institutions*, Paris, SEDES, 2000, p. 194-195.

qui est tout de même un signe, et auquel il faut ajouter (il s'agit certes d'un autre sujet) le formidable soutien, procuré par ce rassemblement des sources gallicanes et donné aux autres institutions d'enseignement : dans les séminaires en particulier et dans tous les collèges, sauf ceux tenus par les Jésuites – comme l'a bien montré Jean de Viguierie<sup>30</sup>. C'est pourquoi, il faut se contenter de l'énoncé de quelques pistes exploratoires. En soulignant en premier lieu que les recherches conduites à Saint-Maur et les études qui y sont organisées traduisent incontestablement le succès d'un gallicanisme qui sert le droit public et concourt à l'établissement d'une puissance publique juridiquement mieux assise. C'est bien à ce titre que l'institution mérite l'appellation de Congrégation gallicane. Le fait que le droit public et le droit ecclésiastique soient liés ne doit pas surprendre. Les sources religieuses et profanes émanent d'un même fonds, ou bien sont utilisées dans un même but. La science historique ecclésiastique ne sort pratiquement pas des limites du royaume. Tout comme l'histoire ecclésiastique qui s'ordonne autour d'un droit et des institutions canoniques restreints aux institutions de l'Église de France<sup>31</sup>. Le passé chrétien, qui fait pourtant l'objet d'une plongée dans les sources patristiques de l'Église des origines, a moins pour but d'établir les bases d'une connaissance générale du christianisme primitif que de rappeler ainsi les fondations de l'autorité épiscopale et conventuelle. Tout comme celle des conciles. La France apparaît comme l'héritière des traditions les plus anciennes de l'épiscopat, à l'inverse de la papauté, soit absente, soit peu influente. Le problème est bien lié à l'univers du droit public, comme l'a montré Marc Fumaroli, pour qui « l'humanisme érudit gallican s'est voulu aussi un retour aux sources écrites, des antiquités nationales et ecclésiastiques »<sup>32</sup>.

Autre piste encore, l'importance croissante des travaux bénédictins consacrés à l'histoire de France. Contrairement à ce que l'on a affirmé (B. Kriegel), la raison ne tient pas seulement à un déplacement d'intérêt dû aux conflits qui affectent l'Église, et tout spécialement aux grandes querelles jansénistes (même si quelques érudits se trouvèrent exilés en raison de leur opposition à la bulle *Unigenitus*) qui auraient provoqué un retrait des bénédictins peu soucieux de se trouver pris en tenaille entre les divers protagonistes. Ce serait croire à une certaine « innocence » des premières recherches qui prennent corps autour de l'alliance du droit public et du droit public ecclésiastique. Le problème semble plutôt s'ordonner autour d'une autre interrogation plus essentielle, et qui continue de l'être encore au XVIII<sup>e</sup> siècle, pour les juristes laïques comme pour les clercs : comment appuyer les libertés de l'Église gallicane – face aux tutelles impériale (historique celle-là) et pontificale (toujours à l'œuvre) – sur une constitution juridique et sur des lois fondamentales historiquement incontestables ? Pour y répondre le plus précisément possible, les Mauristes s'efforcent de lier ensemble la nature du droit public et le caractère original de l'Église de France. Mais pour autant, il ne faudrait pas croire qu'ils soient restés

<sup>30</sup> *L'Église et l'éducation*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2000 et surtout, « Les études ecclésiastiques en France au XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles », *Scripta theologica*, janvier-avril, 1986, p. 215-226, repris dans *Itinéraire d'un historien. Etudes sur une crise de l'intelligence XVII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2000, p. 256-268.

<sup>31</sup> J. GAUDEMET, *Eglise et Cité. Histoire du droit canonique*, Paris, 1994, sur l'ensemble des caractéristiques gallicanes qui constituent le socle de cette attitude, p. 646, 647 s.

<sup>32</sup> *L'âge de l'éloquence*, ouv. cité, p. 431.

prisonniers d'une vision étroitement nationale de l'une comme de l'autre. Au contraire, leurs recherches aboutissent paradoxalement à faire émerger la place éminente de la Rome antique, de ses institutions et de son droit. Les sources n'ont pas manqué d'en révéler l'importance et la continuité.

C'est ainsi que les bénédictins de la Congrégation de Saint-Maur sont aussi des romanistes. En cela ils sont bien les fils de leur fondateur saint Benoît dont l'esprit juridique est puissamment marqué par le droit romain<sup>33</sup>. Ils peuvent donc figurer, à leur place, dans le grand concert des restaurateurs du droit romain, et même de la thèse romaniste selon laquelle les institutions françaises, politiques et civiles sont restées fortement tributaires de Rome. Cette question n'est pas seulement historique. Elle nous ramène à des disputes très contemporaines, à des clivages, tout autant théoriques que géographiques.

Finalement, au-delà des problèmes purement techniques qui appartiennent tout de même au champ de la discipline de l'histoire du droit, il ne faut pas hésiter à souligner la force et l'intelligence avec lesquelles les Mauristes ont abordé la question du caractère universel du travail du juriste. Ils sont sans aucun doute des héritiers sur ce plan, mais également des novateurs si l'on considère que dans leurs recherches et leurs enseignements, on trouve des concepts, une abstraction et des méthodes appartenant à l'universalité scientifique : l'examen scrupuleux des sources juridiques dans leur diversité et leur légitimité historique, la mise au point d'une connaissance des éléments liés à la fabrication du droit, y compris la pratique juridique. Le tout ordonné dans une théologie (nous dirions aujourd'hui plus simplement une théorie), qui en assure la cohérence et en légitime les fonctions. Pour les bénédictins, la recherche juridique trouve son ultime finalité dans l'instauration d'une science et dans la saisie de la vérité qu'elle procure, gage de la conduite des hommes selon la justice de la charité.

---

<sup>33</sup> A. de VOGÜE a étudié les influences romaines dans « La Règle de Saint Benoît et les Nouvelles de Justinien », *Studia Monastica*, 44 (2002), p. 227-231.

UN HISTORIEN DU DROIT AU GRAND SIÈCLE :  
EUSÈBE-JACOB DE LAURIÈRE

JEAN-LOUIS THIREAU

Au XVI<sup>e</sup> siècle, sous l'influence de l'humanisme, l'histoire et le droit avaient noué d'étroites relations : la recherche des sources du droit français, la découverte de ses origines, différentes de celles du droit romain, fournissaient des arguments en faveur de la spécificité et de l'indépendance des institutions nationales<sup>1</sup>. Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, ces liens se sont relâchés et la doctrine, accaparée par la pratique et marquée, chez certains de ses représentants, par le rationalisme de l'École du droit naturel, s'est moins préoccupée du passé et contentée d'introductions historiques sommaires et convenues, sans incidence sur les analyses juridiques. Il y eut pourtant des exceptions, des auteurs pour qui la connaissance de l'histoire restait la base de toute science juridique : parmi eux, un avocat parisien contemporain de Louis XIV, né en 1659, mort en 1728, Eusèbe-Jacob de Laurière.

Laurière n'était pas issu d'une famille de juristes : son père, natif de Loudun et cousin des Renaudot, pratiquait la chirurgie<sup>2</sup>. Élève sérieux et doué, Eusèbe fit d'excellentes études au collège Louis le Grand et montra un goût précoce pour l'histoire. Dès l'adolescence, il commença à réunir une importante bibliothèque et à fréquenter les cercles savants, dont celui de Guillaume de Lamoignon, qui lui prêta un manuscrit des *Institutes* de Loysel. À la sortie du collège, il se tourna vers le droit et fut reçu avocat en 1679, sans sacrifier pour autant sa passion de l'histoire. Sa carrière au barreau n'eut rien de très remarquable : il fut certes un véritable avocat, qui ne fit pas que porter le titre sans exercer la fonction, mais cette activité dut demeurer secondaire car il a laissé une œuvre trop importante pour avoir pu l'écrire tout en se consacrant à plein temps à la plaidoirie.

En 1692 parut son premier ouvrage sur *L'origine du droit d'amortissement*, suivi d'autres traités historico-juridiques : en 1698, une *Dissertation sur le ténement de cinq ans* et un *Texte sur la coutume de Paris*, avec les *Anciennes constitutions du Châtelet* dont il avait retrouvé un manuscrit ; en 1715, un *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*. Avec son confrère Claude Berroyer, il commença la

---

*Professeur à l'Université de Paris I (Centre d'Histoire des droits communs).*

<sup>1</sup> V. mon article, « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, XXXVIII, 2003, p. 37-51.

<sup>2</sup> Sur la vie et l'œuvre de Laurière, v. l'éloge rédigé par son collaborateur Denis-François SECOUSSE, et publié dans les éditions des *Institutes coutumières* d'Antoine LOISEL, notamment celle de DUPIN et LABOULAYE, Paris, 1846, t.I, p. LXVIII-LXXX, en tête du *Glossaire du droit françois* de Ragueau (réimp.Paris, 1969) et dans le tome II des *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, Paris, 1727, p. XV-XXIV. Il n'existe qu'une seule étude moderne : P.CES, *Eusèbe de Laurière*, Thèse Droit, Paris, 1962, dactyl.

rédaction d'un nouveau coutumier général qui ne fut jamais achevé mais dont l'introduction, une longue *Préface* [...] avec des conjectures sur l'origine du Droit français, parut en 1699, en tête d'une *Bibliothèque des coutumes*. Mais plus qu'à ses écrits personnels, Laurière s'est consacré à la publication de textes, pour la plupart d'intérêt historique : avec Berroyer, il a donné trois éditions posthumes des *Traité sur la coutume de Paris* de Claude Duplessis; puis, seul, de nouvelles éditions annotées de l'*Indice des droits royaux* de François Ragueau, sous le titre de *Glossaire du droit français* en 1704, et des *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel en 1710; enfin, avec Claude de Ferrière, il a réédité en 1720 le *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux* de Néron et Girard. Son plus grand titre de gloire reste toutefois d'avoir entrepris le célèbre *Recueil chronologique des Ordonnances des rois de France de la troisième race*, plus connu sous le nom d'*Ordonnances du Louvre*. Si l'initiative en revient à Louis XIV et au chancelier Pontchartrain, Laurière fut choisi par ce dernier, sur les conseils de D'Aguesseau, pour en assurer la réalisation et on lui doit les deux premiers volumes, parus en 1723 et 1728, contenant les ordonnances promulguées jusqu'au règne de Jean le Bon. Dans ces ouvrages, il ne s'est pas borné à publier des textes anciens mais a ajouté des notes substantielles et des suppléments parfois plus volumineux que les originaux, qui expriment, autant que ses traités, ses idées sur le droit et sur l'histoire.

Juriste et historien à la fois, Laurière a su concilier sa passion pour la recherche historique et son intérêt pour les activités juridiques en se faisant historien du droit. Digne héritier des grands pionniers du XVI<sup>e</sup> siècle, Étienne Pasquier, Jean Du Tillet, Pierre Pithou, Claude Fauchet, il a fait progresser leurs recherches et trouve sa place parmi les fondateurs de notre discipline. Aussi n'est-il pas sans intérêt de demander à ce lointain ancêtre quelle conception il avait de l'histoire des institutions, puis d'exposer succinctement les résultats auxquels il est parvenu en retraçant sa vision de l'évolution du droit français.

## I — L'HISTOIRE AU SERVICE DU DROIT.

Le Siècle de Louis XIV fut l'âge d'or de l'érudition. Laurière a eu pour prédécesseurs Jérôme Bignon, André Duchesne, Pierre Dupuy, dom Luc d'Achery; pour contemporains, Étienne Baluze, Charles Du Cange, dom Jean Mabillon et les Bénédictins de Saint-Maur, dont il partageait la soif de connaissances historiques et l'infatigable activité scientifique. Pourtant, si forte que fût sa passion de l'histoire, il ne l'a pas cultivée pour elle-même et ne s'est pas résigné à être un pur « antiquaire ». Moins qu'une fin, l'étude de l'histoire était pour lui un moyen mis au service du droit, et spécialement du droit français<sup>3</sup>. Ses buts étaient ceux d'un partisan convaincu du droit national; mais ses méthodes, celles d'un historien rigoureux, informé des derniers progrès de la recherche.

### *Un partisan du droit français.*

Laurière s'inscrit dans la continuité des praticiens humanistes qui utilisaient la recherche historique pour promouvoir le droit coutumier, fonder sa primauté en

---

<sup>3</sup> SECOUSSE, « Eloge [...] », dans LOISEL, *Institutes coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, t.I, p. LXIX-LXX. Les références à l'« Éloge » et aux notes de Laurière sur Loisel seront données d'après cette édition.

faisant de lui au moins l'égal du droit romain, et en préparer l'unification<sup>4</sup>. Il a clairement exposé ses intentions dans la *Préface d'un nouveau coutumier général*, cosignée avec Berroyer et à laquelle a collaboré aussi un autre avocat, Claude Alexis Loger, mais qui exprime bien ses vues et dont on retrouve l'écho dans ses autres écrits, notamment ses notes sur les *Institutes* de Loisel: le droit romain, y affirme-t-il d'entrée, ne constituera pas le thème de ses recherches, bien qu'il en ait une bonne connaissance et s'y réfère souvent. Il n'a pas pour intention d'ajouter de nouveaux travaux à tous ceux dont il a déjà fait l'objet, mais de se vouer tout entier à l'étude du droit national, surtout du droit coutumier, dont il déplore qu'il soit encore trop délaissé :

« Si l'étude du Droit Romain est utile à tout le monde, on ne peut s'empêcher de convenir qu'il est encore plus utile de s'appliquer aux Loix particulières de son Païs, cependant on peut dire que cette étude de nos Loix a presque toujours été négligée en France »<sup>5</sup>.

Imperméable au jusnaturalisme qui commençait à pénétrer ses contemporains Domat et d'Aguesseau, Laurière ne partage pas la conviction que le droit romain est le seul à exprimer le droit naturel, et refuse de lui reconnaître la moindre supériorité intrinsèque sur le droit français. Ce qui les différencie encore, en faveur du premier, c'est seulement le nombre et la qualité des travaux qui lui ont été consacrés et ont permis de mieux dégager les principes généraux qu'il renferme. Mais de tels principes, le droit coutumier en recèle autant sous son apparente diversité, et il est urgent de les extraire de ses dispositions, de les mettre en valeur, comme l'ont fait les romanistes à partir de la masse non moins confuse du Digeste, puis d'édifier sur leur fondement un véritable droit commun appelé à servir, en lieu et place du *jus commune* romain, de critère général d'interprétation des coutumes et de droit supplétoire propre à combler leurs lacunes<sup>6</sup>.

L'idée de surmonter la diversité coutumière pour en extraire des principes communs ne constitue pas une nouveauté. Laurière en fait remonter les premières manifestations au *Commentaire de la coutume de Paris* de Du Moulin, à qui il rend un hommage appuyé, et Lamoignon l'a également mise en œuvre dans ses *Arrêts*<sup>7</sup>. Ce qui est plus original, c'est le rôle décisif réservé à l'histoire dans la réalisation de ce dessein. Si ses prédécesseurs n'avaient pas manqué de faire appel à elle pour

<sup>4</sup> Dans son épître au roi Louis XV, en tête de l'édition des *Ordonnances des rois de France*, t.I, non paginée, Laurière affirme que le travail a été entrepris dans un dessein d'unification du droit français : « Le feu Roy vostre Bisayeul, d'immortelle mémoire, conçût le dessein de luy [la France] procurer cet avantage et portant encore plus loin les vuës de sa profonde sagesse, le principal objet qu'il se proposa fut de choisir les plus saintes et les plus justes dispositions des Ordonnances que ce Recueil doit renfermer, pour former une Loy générale qui devînt, par sa perfection comme par son autorité, la règle immuable et universelle de son Royaume. »

<sup>5</sup> BERROYER et LAURIÈRE, *Bibliothèque des Coutumes*, Paris, 1699, *Préface* [...], p. I.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 2 : « Quelque grand que puisse être le nombre des questions qui se décident par le Droit Coutumier, on peut assurer néanmoins que l'étude de ce droit n'est pas infinie. il a ses principes et ses maximes, et les conséquences qu'on en doit tirer dans les occasions, ne sont pas moins naturelles que celles qu'on tire des règles du Droit Romain ».

<sup>7</sup> V. mon article, « Les Arrêts de Guillaume de Lamoignon une oeuvre de codification du droit français? », *Droits*, XXXIX, 2004, p. 53-68.

établir l'ancienneté et l'indépendance du droit français, ou pour étayer une démonstration, jamais ils ne l'avaient utilisée de manière aussi systématique. Chez Laurière, elle est le fondement de la science juridique, et spécialement de celle du droit coutumier, car elle permet de dégager avec la plus grande exactitude l'esprit et la logique propres de ce droit : y recourir se révèle indispensable sous peine de n'avoir du droit qu'une vision partielle, incomplète, donc inexacte. Comparer entre elles les solutions en vigueur, constater leurs ressemblances et leurs divergences, comme l'ont fait les traditionnelles conférences de coutumes, ne suffit pas : il faut remonter aux sources (c'est l'expression favorite de Laurière), chercher dans le passé les précédents de chaque règle et reconstituer son évolution. Car dégager des normes communes à partir des coutumes existantes suppose une exacte compréhension de leur sens, que seule une étude historique approfondie permet de clarifier. D'où le parti original qu'il adopte dans son *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, titre insolite dont le choix s'explique par la volonté d'éviter le terme commentaire: ce n'est pas un commentaire qu'il entend faire, à la différence de tous ceux qui ont écrit avant lui sur la coutume de Paris, mais une exégèse d'esprit historique qui éclaire le sens de ses articles, que tant d'auteurs ont interprétés sans vraiment les comprendre<sup>8</sup>.

La science coutumière, telle que la conçoit Laurière, passe ainsi par l'accomplissement d'une triple démarche intellectuelle : « La première est une recherche exacte de l'origine de nos coutumes et des dispositions qui leur sont propres.

La seconde, une compilation entière de tout ce que nous avons de Coutumes rédigées par écrit, soit qu'elles aient présentement force de Loy, soit qu'elles ne l'aient plus.

Et la troisième, une conférence des Coutumes les unes avec les autres, des anciennes avec les nouvelles, de celles d'un pays avec celles d'un autre car on peut tirer de cette conférence certains principes généraux qui règnent par toute la France, distinguer ceux qui sont particuliers à certaines Provinces ou à certains pays, et se faire par ce moyen des règles pour interpréter ce qui semble douteux, ou pour décider les questions qui peuvent naître dans les lieux dont les Coutumes n'auront pas prévu ces difficultés. »<sup>9</sup> Cette démarche, le nouveau coutumier général dont il avait formé le projet devait la faciliter en offrant, en plus du texte de toutes les coutumes appliquées dans le royaume, celui des coutumes plus anciennes et les documents historiques utiles à leur interprétation<sup>10</sup>. Car les coutumes désuètes ou

---

<sup>8</sup> *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, nouv. éd., Paris, 1777, t.I, p. VI : Laurière se défend d'avoir publié un nouveau commentaire de la coutume de Paris, alors qu'ils sont déjà si nombreux, par le fait que les ouvrages précédents « se sont contentés de traiter des Questions, et qu'ils ont tous négligé d'expliquer le texte qu'ils commentoient. Ainsi j'ai cru qu'il ne seroit pas inutile de travailler à l'explication littérale des Articles difficiles, afin que tout le texte fût si clair qu'on pût à l'avenir l'entendre aisément. Dans ce dessein, j'ai remonté jusqu'aux sources de notre Droit, en lisant avec soin ce que nous avons de vieux Praticiens; j'ai marqué les endroits où chaque disposition a été prise, et l'on conviendra peut-être que j'aurai découvert par ce moyen le vrai sens de quelques Articles, entr'autres des 99, 100, 101, 102 et 163, qui avoient passé jusqu'à présent pour très-obscurs [...] »

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>10</sup> À la suite du *Texte de la coutume de Paris*, nouv. éd., Paris, 1777, t.III, p. 281-399, l'éditeur a publié un « Fragment de la préface que M. de Laurière se proposait de mettre à la

abrogées présentent autant d'intérêt que les coutumes en vigueur : désormais dépourvues de leur force positive, elles gardent toute leur valeur explicative, elles constituent les sources du droit actuel et en révèlent le sens en éclairant son passé. Bourdot de Richebourg s'en inspirera.

On comprend dès lors l'admiration de Laurière pour les *Institutes* de Loysel et sa décision, longtemps mûrie, d'en donner une nouvelle édition, plus complète et plus exacte que les précédentes. Il y voit la tentative la plus réussie pour dégager les principes du droit français et faire de lui une véritable science, tout en se montrant conscient de ses limites et du caractère trop souvent énigmatique des maximes de Loysel. Aussi, dans son édition des *Institutes coutumières*, a-t-il cherché à y remédier en remontant aux sources utilisées par Loysel, reconstituées grâce aux notes laissées par celui-ci sur ses manuscrits et à ses propres recherches :

« J'ai commencé chaque note par marquer avec exactitude la coutume, l'ordonnance, le praticien, etc., d'où la règle a été prise; et quoique ces renvois ne soient pas toujours absolument nécessaires, on voit cependant sur plusieurs règles que, sans ce secours, elles n'auraient point été entendues [...] Lorsque j'en ai eu l'occasion, j'ai expliqué les *origines* et les *progrès* de notre droit le plus nettement qu'il m'a été possible, et j'ai fait voir sur quelques règles que ces premiers principes, que l'on traite sans raison *d'antiquités* et de *curiosités*, sont souvent de la dernière nécessité pour bien décider les questions ordinaires [...]. Enfin, comme depuis le décès de Loysel, arrivé en 1617, il y a quelques-unes de ces règles qui ont cessé d'être en usage, j'ai eu soin de marquer ce changement et j'ai renvoyé avec exactitude aux arrêts qui ont établi une nouvelle jurisprudence. »<sup>11</sup>

En dehors de cette mise à jour liée à des besoins pratiques, les préoccupations historiques occupent la première place dans ce programme et l'histoire joue à plein son rôle de révélateur du sens profond des règles juridiques: retrouver et indiquer les sources où a puisé Loysel doit éclairer la signification véritable des maximes les plus obscures. Et, pour les institutions les plus importantes, Laurière tient toutes ses promesses en donnant d'amples dissertations qui retracent l'ensemble de l'évolution d'où est issue la règle : ses notes sur le douaire, l'institution contractuelle, le principe « Le mort saisit le vif », la représentation, le privilège du double lien, la renonciation à succéder des filles dotées, s'étalent sur plusieurs pages et conservent aujourd'hui encore leur intérêt.

Trop modeste pour l'avouer, Laurière ambitionnait secrètement d'être le Cujas du droit français et de réaliser pour les coutumes ce qu'avait fait celui-ci pour les lois romaines : en reconstituer avec précision l'origine et l'évolution, non par pur souci d'érudition, même si tous deux partageaient le goût du passé, mais pour en retrouver le sens authentique et servir au perfectionnement du droit. Dire que, chez eux, l'histoire constitue un moyen plutôt qu'une fin ne conduit pas à la dévaloriser, car ce moyen forme la base de toute science juridique digne de ce nom, d'où l'attention que l'un et l'autre ont attachée aux méthodes historiques.

---

tête de son Commentaire sur la coutume de Paris », qui forme une sorte de précis méthodologique de l'interprétation des coutumes. Laurière y consacre quatre paragraphes à « la nécessité de confronter entre eux les articles d'une même coutume », à « la nécessité de consulter les procès-verbaux de réformation des coutumes », à « la nécessité de comparer avec les coutumes voisines ».

<sup>11</sup> Note sur les *Institutes coutumières*, I, p. XXXIX-XL.

*Un historien rigoureux.*

Juriste dans la définition de ses buts, Laurière se comporte en véritable historien dans ses recherches, conduites selon les méthodes les plus rigoureuses de son temps. Comme les praticiens humanistes du XVI<sup>e</sup> et de la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, comme ses contemporains mauristes, il ne conçoit pas l'histoire comme un genre littéraire, un récit édifiant ou divertissant, mais comme une science fondée sur des procédés stricts d'établissement et d'analyse des faits. Les références citées dans ses ouvrages ou dans ses notes sur les textes qu'il édite sont déjà révélatrices de cette orientation : rares sont celles qui renvoient à des littérateurs comme Mézeray; la plupart mentionnent les travaux d'authentiques savants, de juristes érudits comme Jacques Godefroy, Pierre Dupuy, Jean Besly, André Favin, Charles Du Cange, d'historiens ecclésiastiques comme Jacques Du Breuil, le R.P. Ménestrier, le P. de Sainte-Marie, le P. Labbe, et bien sûr de Mauristes, dom Luc d'Achery, dom Mabillon, dom Martène. Des historiens qui, comme lui, recherchent et éditent des textes anciens, et qu'il cite davantage pour les documents qu'ils publient que pour leurs propres opinions.

En effet, Laurière, et c'est une autre preuve du caractère scientifique de sa méthode, éprouve le besoin permanent de recourir aux originaux, aux sources de première main, qui doivent fonder toute étude historique. Héritier des juristes historiens du XVI<sup>e</sup> siècle, les premiers à avoir écrit l'histoire à partir de documents d'archives, de « preuves » dûment compilées et vérifiées<sup>12</sup>, il continue leur œuvre mais en professant plus qu'eux encore la religion du texte, qui le conduit à en restituer la lettre avec la plus grande exactitude et, une fois l'acte rétabli dans sa pureté originelle, à s'effacer devant lui, à le laisser parler, tout en apportant des précisions sur le contexte et en éclairant le sens des mots douteux ou vieillies. Comme l'avait fait Cujas pour le droit romain, il rassemble le plus grand nombre possible de manuscrits et, après les avoir confrontés, propose une version qu'il veut exempte de fautes, expurgée des erreurs de transcription et des contresens qui entachaient les textes anciens<sup>13</sup>. Il n'avance rien qui ne soit étayé par des preuves, par des témoignages extraits des textes et toujours cités avec précision. Laurière fait figure d'historien « positiviste » avant la lettre, et il donne toute sa mesure dans les publications où il livre à ses lecteurs des documents à l'état brut, en se bornant à en éclairer le sens dans des présentations liminaires ou dans des notes infra-paginales, aussi abondantes que dans les travaux universitaires d'aujourd'hui : « Un texte avec des notes », c'est en ces termes qu'il présente son édition de la coutume de Paris<sup>14</sup>.

La fidélité aux sources apparaît dans les écrits de Laurière sur le Moyen Âge, sa *Préface à la Bibliothèque des coutumes* ou ses notes sur Loisel et sur les ordonnances royales : il met toujours en avant les textes d'époque, non les interprétations postérieures. Pour traiter des temps mérovingien et carolingien, il s'aide de *l'Histoire des Francs* de Grégoire de Tours, des lois barbares, des formulaires, comme celui de Marculf édité par Jérôme Bignon, des recueils de Du Tillet, de Hérold et de Lindenbrog, de la lettre d'Agobard de Lyon sur la personnalité

<sup>12</sup> G. HUPPERT, *L'idée de l'histoire parfaite*, trad. franç., Paris, 1973, p. 27 s.

<sup>13</sup> *Ordonnances*, préface, n°58, p. 8 : « [...] et on a fait au texte [des *Établissements de Saint Louis*] par ce moyen [en conférant plusieurs manuscrits] plusieurs corrections, sans quoy un bon nombre de chapitres n'auroient peut-estre jamais estés entendus ».

<sup>14</sup> *Texte de la coutume de Paris*, éd. citée, avertissement, p. IX.

des lois et des capitulaires d'Ansgise édités par Baluze. Pour l'époque féodale, il se fonde sur les chroniques éditées dans la collection bénédictine des *Historiae Francorum*, celle de Guibert de Nogent, *l'Histoire des évêques d'Auxerre*, la *Vie de Louis VI le Gros* de Suger, sur les premiers diplômes capétiens dont il a réuni de nombreuses copies, mais aussi sur les écrits des canonistes Yves de Chartres et Gratien, utilisés pour les témoignages historiques qu'ils recèlent plus que pour les thèses qu'ils soutiennent. Pour la période qui s'étend du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle, celle qui a sa préférence, il utilise des sources aussi variées que les œuvres littéraires, comme le *Roman de la Rose* déjà mis à contribution par Loisel, les travaux théologiques ou philosophiques comme ceux de Nicolas de Clamanges, les chroniques et les écrits historiques comme *l'Histoire* de Joinville, les ordonnances royales puisées dans les recueils de Du Tillet et de Fontanon, les décrétales pontificales, les canons des conciles. Pour le droit privé, il exploite les chartes de franchises et les coutumiers, dont il montre une connaissance approfondie : nombreuses sont les citations des *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir et des *Assises de Jérusalem* de Jean d'Ibelin, éditées par La Thaumassière, du *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaines, des *Établissements de Saint Louis*, de la *Somme rural* de Jean Boutillier et du *Grand Coutumier de France*. Il les complète par les ouvrages doctrinaux de la même époque, le *Speculum juris* de Guillaume Durand, les écrits de Jean Faure, les travaux des glossateurs et des commentateurs italiens, là aussi plus pour les témoignages qu'ils rapportent que pour leurs doctrines juridiques<sup>15</sup>. Il n'ignore pas non plus les actes de la pratique et souligne, dans sa *Préface*, l'intérêt que présente, pour une meilleure connaissance des coutumes, la consultation des vieux contrats et des jugements des anciennes cours<sup>16</sup>. Littéraires ou philosophiques, issues de la doctrine savante ou de la pratique, peu importe la nature des sources dès lors qu'elles proviennent de la période étudiée et procurent des témoignages dignes de foi.

L'attachement aux documents d'époque explique le recours constant aux sciences auxiliaires de l'histoire, expression que Laurière aurait certainement récusée tant ces disciplines revêtaient d'importance à ses yeux, en particulier la philologie, la linguistique, indispensables à la compréhension des textes anciens. « Linguiste passionné »<sup>17</sup>, il a eu au plus haut point le sens de l'évolution des mots, et l'on peut apprécier la précision et l'exactitude de ses définitions grâce aux références anciennes qu'il a exhumées, qui lui permettent de retrouver la signification première de chaque terme juridique et d'en retracer les transformations, grâce aussi à sa connaissance de l'étymologie, qui n'est pas de pure fantaisie comme chez beaucoup de ses prédécesseurs mais toujours fondée sur des citations et des exemples précis.

Certes, l'érudition et l'esprit critique de Laurière comportent des failles. La

<sup>15</sup> *Préface*, p. 32, où Laurière donne la liste de tous les éléments susceptibles d'éclairer le sens des coutumes.

<sup>16</sup> *Préface*, p. 37 : « Enfin il y a une manière d'interpréter une Coutume sans secours étranger, qui est de consulter les anciens Praticiens de chaque Païs, les anciens contrats de mariages, de ventes, d'échanges, et autres semblables, dont les clauses sont des preuves de l'usage; les Stiles, les Commentaires, les Dissertations sur les questions particulières, et les Arrêts de Réglemens qui les ont décidées, et principalement ceux qui sont intervenus après les enquêtes par Turbes, dont les plus anciens sont dans le registre olim ».

<sup>17</sup> P.-Y. GAUTIER, « Eusèbe de Laurière : un linguiste dans le siècle des Lumières », *Revue de la Société internationale d'Histoire de la Profession d'avocat*, X, 1998, p. 97-105.

première ne lui est pas imputable : si grande que fût sa curiosité, il n'a pu consulter qu'un nombre limité de documents manuscrits en raison de l'absence de dépôts publics d'archives. Pour l'époque féodale, les chartes et les notices qu'il cite ont presque toutes été publiées à titre de pièces justificatives dans les ouvrages imprimés qu'il a lus. Les plus nombreuses, qui dormaient encore dans les archives ecclésiastiques, lui sont demeurées inaccessibles au même titre que la grande majorité des actes de la pratique des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles. Mais même sur les documents auxquels il a eu accès, il lui est arrivé de commettre des erreurs d'interprétation. La plus grossière concerne les *Établissements de Saint Louis*, dans lesquels il a persisté à voir un recueil d'ordonnances royales, « une espèce de Loy générale du Droit François et [...] une espèce de Code [...], un Code ancien du Droit François »<sup>18</sup>, et qu'il a publiés à ce titre dans les *Ordonnances des rois de France*<sup>19</sup>, alors que cette thèse traditionnelle avait déjà été contestée par Du Cange dans l'édition qu'il en avait donné en 1668, mais que Laurière, tout en le citant, n'a pas suivi. C'est à partir de ces sources, avec leurs qualités et leurs défauts, que Laurière a entrepris de retracer l'histoire du droit français.

## II — L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS VUE PAR LAURIÈRE.

Des textes qu'il a consultés, et pour certains édités, Laurière a tiré des réflexions, des idées, qui ébauchent une vue d'ensemble de l'évolution du droit français. Trois siècles plus tard, ses thèses peuvent sembler simplistes ou dépassées. Elles méritent pourtant d'être exposées parce qu'elles révèlent la vision qu'un historien du XVII<sup>e</sup> siècle avait du passé de nos institutions, et aussi parce que, si discutables qu'elles semblent parfois, elle ne sont pas restées sans influence sur les historiens postérieurs. Deux thèmes majeurs s'en dégagent: l'importance de la féodalité, perçue comme une véritable révolution; le rôle attribué à la royauté dans l'élimination de celle-ci et dans la construction du droit français.

### *La révolution féodale.*

Dans la *Préface d'un nouveau coutumier général*, Laurière retrace l'histoire du droit français avec la prudence d'un véritable savant, conscient de l'étendue de son ignorance autant que de celle de ses connaissances : il ne présente pas des certitudes mais des conjectures, des conclusions provisoires, susceptibles d'être remises en cause par des recherches plus approfondies et la découverte de documents nouveaux<sup>20</sup>. Ces scrupules scientifiques n'excluent pourtant pas l'expression d'opinions personnelles, ni même de convictions politiques, qui percent sous l'analyse en apparence objective des textes et expliquent certains choix. D'abord celui de prendre pour point de départ l'avènement de la dynastie capétienne, alors que ses prédécesseurs remontaient aux sources les plus anciennes et se divisaient

<sup>18</sup> *Ordonnances [...]*, t.I, p. VI-VII, n°46 s., p. IX, n°60.

<sup>19</sup> *Ibid.*, I, p. 107-291.

<sup>20</sup> *Préface*, p. 31 : « Ces réflexions sur notre ancien Droit François, et sur l'origine du nouveau, ne sont ici proposées que comme des conjectures, et comme des premiers fruits d'une étude, et d'une application, qui pourront produire dans la suite une recherche plus exacte et plus approfondie, et peut-être de plus grandes découvertes de ces antiquitez pleines de ténèbres, dont l'éclaircissement seroit d'une extrême utilité ».

entre tenants d'origines franques et partisans d'origines gauloises de nos institutions, débat dans lequel il refuse d'entrer parce que son désir de ne rien affirmer qui ne soit fondé sur des témoignages sûrs le dissuade d'arbitrer une querelle insoluble. Une seule page de la *Préface* traite de la Gaule, et uniquement pour souligner, sur la foi de Jules César et de Rutilius Namatianus, que les Romains n'imposaient pas leurs lois aux peuples conquis mais que ceux-ci, les Gaulois en premier, s'y soumettaient spontanément, et l'auteur se garde bien d'avancer quoi que ce soit sur le contenu d'un droit gaulois qui n'a laissé aucune trace écrite. Il ne s'étend guère plus sur l'époque franque et, à la différence des historiens «germanistes» des XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles ou de leurs successeurs du XIX<sup>e</sup>, n'y trouve pas l'origine du droit français. Entre lois romaines et lois barbares d'un côté, coutumes de l'autre, il ne discerne aucune continuité, non seulement parce que les premières étaient personnelles et les secondes territoriales, mais surtout parce que leur contenu offre peu de ressemblance : « Nos Coutumes n'ont presque rien de conforme aux dispositions du Code Théodosien, des Loix Salique et Ripuaire [...] » ; « Ce seroit une vue très fautive de s'imaginer, par exemple, que les coutumes de Bourgogne sont tirées de la Loi Gombette, parce qu'elle étoit celle des Bourguignons »<sup>21</sup>. Dans la préface des *Ordonnances du Louvre*, il justifie la décision de commencer le recueil avec les diplômes des premiers Capétiens, « sans remonter [...] jusques aux Ordonnances des Roys des deux premières Races, soit parce que la plupart de ces Loix sont si différentes de celles qui sont aujourd'huy en usage parmi nous, qu'il semble qu'elles ayent esté faites pour d'autres peuples, soit parce qu'on ne pouvoit rien ajouter de nouveau aux Recueils imprimez de ces Ordonnances, qui ont esté donnez sous le titre de Loix anciennes et de Capitulaires des Roys de France »<sup>22</sup>. Aucun lien de filiation n'apparaît donc entre le droit pratiqué sous les deux premières races et le droit français.

Si Laurière l'affirme, c'est aussi parce qu'il attache une importance extrême à la féodalité : avant Montesquieu, qu'il a influencé, il a contribué à l'élever au rang d'un mythe, non un mythe fondateur mais un mythe destructeur. Car la solution de continuité qu'il croit trouver entre le droit de l'époque franque et le droit français résulte selon lui d'une rupture radicale, d'une révolution qui lui serait tout entière imputable. La *Préface*, malgré sa brièveté, en retrace longuement le développement, la présente comme un moment décisif de l'histoire de la France, et ceux qui, aujourd'hui, voient dans l'an mil un tournant de l'histoire de la société et du droit pourraient reconnaître Laurière pour maître. Il brosse du régime féodal un tableau très sombre, le décrit comme tyrannique, despotique, arbitraire, et le résume tout entier en deux termes : usurpation et oppression. Usurpation des droits du roi, car Laurière ne croit pas que les seigneurs aient obtenu par concession royale les pouvoirs dont ils usaient et abusaient : ils se les sont arrogés en profitant de l'affaiblissement de la royauté par les partages successoraux au sein des deux premières dynasties et par les conflits entre descendants de Charlemagne, dont les effets délétères ont été amplifiés par l'élection d'Hugues Capet, trop dépendant des grands pour s'opposer à leur volonté d'émancipation. Oppression des peuples, réduits en servitude par les seigneurs, au point que la plupart des Français auraient été privés de toute liberté, soumis à un despotisme sans limite, exposés aux pires

---

<sup>21</sup> *Préface*, p. 6-7.

<sup>22</sup> *Ordonnances [...]*, t.I, n°34, p. V.

abus<sup>23</sup>. La maxime de Loisel, « Oignez vilain, il vous poindra; poignez vilain, il vous oindra », suscite son indignation : « Voici un proverbe dont les seigneurs se sont servis autrefois pour piller sans honte les biens de leurs vilains, ou hommes couchants et levants »<sup>24</sup>.

Si la féodalité a engendré de profondes transformations sociales, son influence sur le droit privé est restée par contre presque entièrement négative : la révolution féodale a tout détruit sans rien reconstruire. Elle a aboli le droit ancien, fait pour une société où, même s'il existait déjà des esclaves ou des serfs, la plupart des hommes et des terres demeuraient libres, et que l'asservissement général a rendu caduc<sup>25</sup>. À la place, à l'exception de quelques règles applicables aux fiefs et à leurs détenteurs, donc aux dominants, rien n'a été établi puisque la force et l'arbitraire pesant sur les dominés tenaient lieu de droit. L'idée d'un vide juridique qui aurait régné aux alentours de l'an mil, à laquelle certains se rallient encore aujourd'hui, est déjà présente chez Laurière, qui a bien perçu la dimension non seulement politique, mais aussi sociale et juridique du phénomène féodal, où il voit « un renversement presque entier des anciennes Loix de l'État », à la fois décomposition de l'autorité royale, effondrement de l'ordre social ancien et des règles juridiques qui lui étaient liées. Ce vide, la féodalité était trop anarchique et despotique pour le combler mais, si elle n'a pas créé un droit nouveau, elle a permis son émergence en faisant table rase de l'ancien: « Il y a donc beaucoup plus d'apparence que la source véritable de nos Coutumes est l'oubli et le non-usage de ces anciennes Loix »<sup>26</sup>.

La description que donne Laurière de la féodalité pêche sans doute par excès de pessimisme. Quant au vide juridique, il pourrait n'être qu'une illusion créée par le trop petit nombre d'actes de la pratique qu'il a pu consulter pour cette période, et de ce vide documentaire il a trop vite conclu à l'absence de droit. Mais son hostilité foncière à l'égard de la féodalité, et la vision négative qu'elle lui inspire, ont aussi pour origine un attachement profond à l'autorité royale, qui représente l'antithèse de la féodalité, l'unité et l'ordre opposés à l'anarchie, et dont il fait la source principale, sinon unique, du droit français.

#### *Le droit français, œuvre royale.*

À la féodalité a succédé un autre phénomène capital dans l'histoire du droit français : la formation des coutumes territoriales, dont Laurière donne une version révélatrice de ses conceptions historiques mais aussi politiques. Elle lui est en tout point opposée : non plus négative et destructrice mais positive et constructive, elle a comblé le vide qu'avait creusé « cet asservissement général » et produit un effet libérateur. L'émergence des coutumes a mis fin à l'arbitraire seigneurial et instauré, ou restauré, l'état de droit.

<sup>23</sup> *Préface*, p. 10-11, 13.

<sup>24</sup> Note sur les *Institutes coutumières*, XXXI, 49, p. 69.

<sup>25</sup> *Préface*, p. II : « [...] car il est aisé de juger que les anciennes Loix ont été inutiles, quand les terres ont été sujettes au droit des Fiefs, et quand les Peuples devenus *serfs de corps et d'héritages*, ont été contraints de suivre aveuglément les volontés de ceux qui leur avaient ravi leurs *franchises* ». *Ibid.*, p. 25; « On ne peut donc pas nier que le pouvoir des Seigneurs ne fût extrême sur leurs Sujets. Or, encore une fois, il n'est pas surprenant qu'un pouvoir aussi absolu des Seigneurs, qui ne reconnoissent pour toute Loy que leur volonté, n'ait entièrement effacé de la mémoire toutes les Loix précédentes. »

<sup>26</sup> *Préface*, p. 9. Cf. *ibid.*, p. 18.

Laurière se montre conscient qu'il s'agit d'un processus complexe et que le contenu de ce droit nouveau se révèle trop divers pour provenir d'une source unique. En nuancant quelque peu ses affirmations précédentes, il concède qu'une partie des solutions coutumières vient d'usages féodaux, de ceux qui régissaient les nobles et les francs-hommes, roturiers titulaires de tenures nobles, et il en exagère même l'importance : ainsi est-ce des usages établis pour les fiefs, donc d'origine noble, que viendraient le droit d'aînesse et l'exclusion des filles dotées, ce qu'on admettra volontiers, mais aussi la règle *Paterna paternis, materna maternis*, le régime successoral des coutumes souchères et les retraits, tant lignager que féodal, ce qui paraît plus douteux<sup>27</sup>. Néanmoins la plupart des dispositions coutumières ont une autre origine, qu'il trouve dans les chartes de commune ou de franchises et dans les lois royales.

Redécouvertes par les historiens du XVII<sup>e</sup> siècle, en particulier grâce à la publication de celle de Lorris-en-Gâtinais par La Thaumassière, en 1679, les chartes de franchises ont vivement impressionné Laurière. En elles, il voit l'instrument qui a permis aux bourgeois et aux vilains d'échapper à la servitude féodale, de réintroduire le droit et l'ordre dans un monde où ne régnaient que force et arbitraire. D'elles découleraient de ce fait la plupart des dispositions coutumières : « C'est une vérité qui se prouve par toutes les chartes de commune, qui ont été les premières sources de nos Coutumes générales, et par les Chartes d'affranchissement qui restent, d'où sont venues nos Coutumes locales »<sup>28</sup>. Aussi faut-il toujours s'y référer pour comprendre le sens des coutumes qui en sont issues, et en pays de droit écrit elles ont même conservé valeur de droit positif en qualité de lois municipales dérogeant au droit commun<sup>29</sup>. À ces chartes de franchises qui ont été les premières à combler le vide laissé par la féodalité, d'autres éléments sont venus ensuite s'ajouter pour conférer aux coutumes leur physionomie définitive : jugements des cours seigneuriales puis des juridictions royales, qui se sont mués en normes coutumières; emprunts au droit canonique en matière de mariage, de testaments et de contrats, emprunts aussi au droit romain et aux ordonnances royales. « Voilà, conclut-il, de quelle manière notre Droit Coutumier s'est établi et perfectionné »<sup>30</sup>. Mais quelle que soit l'importance des ajouts postérieurs, l'acte de naissance du droit coutumier se situe dans ce mouvement d'affranchissement qui a ébranlé la toute-puissance seigneuriale, ou du moins l'a tempérée puisque Laurière déplore le caractère incomplet de cette libération, qui a laissé subsister dans certaines provinces les servitudes de corps et d'héritages, les banalités, corvées et autres abus au détriment des paysans<sup>31</sup>. De ce point de vue, il fait figure de précurseur de l'historiographie bourgeoise du XIX<sup>e</sup> siècle : Augustin Thierry s'inspirera de ses conclusions.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 27-28. Cf. *Texte de la coutume de Paris*, éd. cit., t.II, p. 1-10.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 26-27. Cf. p. 35 « On doit encore remonter, pour avoir une intelligence parfaite de chaque Coutume, aux Chartes et aux Privilèges accordez par les Rois et par les Seigneurs, aux Habitans d'une Province, d'une Ville ou d'un Bourg; parce que suivant la remarque faite cy-dessus, ces Chartes doivent estre considérées comme les véritables sources de ces Coutumes. Il ne faut pas même négliger celles d'un simple Village, quoy qu'il n'ait point aujourd'huy de Coutume locale, parce que tout contribue également a découvrir l'origine et le progresz de nos Coutumes générales et particulières. »

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 35-36.

<sup>30</sup> *Préface*, p. 2-30. Cf. p. 35-43.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 21-23.

Pourtant Laurière ne poursuivait pas les mêmes buts que ses épigones du XIX<sup>e</sup> siècle et se souciait peu d'exalter les mérites de la bourgeoisie dans la lutte contre la féodalité. C'est à la royauté capétienne qu'il attribue l'honneur d'avoir terrassé l'hydre féodale, et ses thèses, critiques à peine voilées des courants d'opposition aristocratique de la fin du règne, sont celles d'un partisan convaincu de la monarchie pure incarnée par Louis XIV. Il glisse très vite sur le caractère insurrectionnel qu'a revêtu, à ses débuts, le mouvement communal et ne mentionne qu'incidemment les révoltes des bourgeois de Laon ou d'Amiens contre leur seigneur. Les chartes de commune ou de franchises n'ont pour lui qu'une seule origine : la volonté royale. C'est le roi qui aurait pris l'initiative d'en concéder dans son domaine, avant de le faire ensuite, à l'exemple de Louis VIII, dans les fiefs de ses vassaux pour les affaiblir et affirmer sa pleine souveraineté. Aussi ne voit-il en elles qu'une catégorie particulière d'actes royaux, et même celles que les seigneurs ont octroyées pour calmer les révoltes de leurs sujets résulteraient indirectement de la volonté du roi, les insurgés ayant pris exemple des libertés nouvelles accordées dans le domaine royal pour revendiquer des droits identiques. En mettant au premier plan les chartes de franchises, c'est la politique libératrice des Capétiens que célèbre Laurière<sup>32</sup>.

Bien plus, faire du roi l'auteur des chartes d'affranchissement conduit à le présenter aussi comme la véritable source des coutumes, censées en provenir. Certes, Laurière le suggère plus qu'il ne le dit, non sans quelques hésitations ou contradictions, et il ne prend pas ouvertement position dans le débat sur la nature du droit coutumier. Néanmoins, à aucun moment il n'évoque l'origine populaire des coutumes, ni n'oppose un droit coutumier né du consentement tacite ou exprès du peuple aux lois établies par la volonté du souverain. Dès l'origine, il tend à faire de la coutume, comme de la loi, un droit venu du roi, et la mention, chez Beaumanoir et Pierre de Fontaines, d'ordonnances de Philippe Auguste et de ses successeurs portant sur des matières de droit privé comme le douaire ou les successions féodales le conforte dans sa conviction. Sa confusion sur les *Etablissements de Saint Louis*, coutumier qu'il prend pour un recueil d'ordonnances, tient aussi au fait que, pour lui, la distinction n'a guère de portée, coutumes et lois ayant même nature et même origine. Et si la conformité de certaines dispositions des *Etablissements* avec les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine et de Loudunois, pays d'origine de sa famille, ne lui échappe pas, il l'explique, à rebours de la vérité historique, par des emprunts supposés à la législation, par la mutation de lois royales en règles coutumières dans des provinces restées à l'écart du mouvement communal et dont les coutumes ne pouvaient donc prendre pour base les chartes de franchises<sup>33</sup>. Lorsque, par exception, les coutumes n'ont pas été établies à partir de ces chartes, elles procèdent directement de la législation, donc toujours de la volonté du roi.

Juriste atypique par la place faite à l'histoire, Eusèbe de Laurière n'en partageait pas moins les idéaux de ses contemporains les plus avancés, et sa passion des origines n'a pas fait de lui un homme du passé : par des voies propres, plus pragmatiques, moins systématiques, il rejoignait les positions du courant rationaliste et unificateur illustré par ses amis Lamoignon et d'Aguesseau. En étudiant l'histoire des coutumes, en cherchant à en dégager des principes, en les rapprochant de la loi, c'est à l'unification progressive du droit français qu'il travaillait.

---

<sup>32</sup> *Préface*, p. 21-25. Cf. p. 25-26.

<sup>33</sup> *Préface*, p. 23-24.





L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇOIS  
DE L'ABBÉ CLAUDE FLEURY  
(1674)

XAVIER GODIN

L'œuvre de l'abbé Claude Fleury est restée longtemps méconnue. Rééditée plusieurs fois jusqu'à la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>, soudainement reléguée par la suite<sup>2</sup>, elle couvre pourtant des domaines très variés – langues et littératures ancienne et moderne, droit, institutions de l'Antiquité, philosophie, pédagogie, Écriture sainte, histoire universelle. Cette diversité reflète les nombreuses dispositions de l'auteur, qui sont autant d'empreintes de sa formation. Né en 1640, fils d'un avocat au Conseil privé, le jeune Fleury fait très tôt paraître des dons exceptionnels. Deux personnes ont compté au cours de son instruction : la première, le père Gabriel Cossart, l'encourage fortement à étudier et à approfondir la « jurisprudence » ; dans sa dix-huitième année, Fleury devient avocat au parlement. Mais il continue d'étendre sa curiosité d'esprit bien au-delà de la sphère professionnelle, et se met aux études historiques. Ainsi, son second « mentor », Jean de Gaumont, conseiller au parlement de Paris, l'exhorte à toujours remonter « aux sources », à lire « les ouvrages originaux ». L'élève conjugue les conseils de ses deux maîtres et se prend alors de passion pour l'étude de Papinien et de Cujas.

Le parcours du jeune Fleury est également riche en amitiés, parmi lesquelles deux sont importantes ; la première est celle de Michel Le Peletier – le frère de Claude, futur contrôleur général des finances. Non seulement leur relation offre à Fleury d'accéder à la grande bibliothèque des Le Peletier – dont la plupart des manuscrits et des livres venaient du juriste Pierre Pithou –, mais elle permet aussi d'entretenir le futur abbé du projet commun de Michel Le Peletier et de Guillaume de Lamoignon : l'unification du droit français<sup>3</sup>. En fréquentant assidûment

---

*Maître de conférences à l'Université de Nantes.*

<sup>1</sup> V. not. les *Œuvres complètes de l'abbé Fleury [...]*, Éd. L. Aimé-Martin, Paris, 1837.

<sup>2</sup> V. néanmoins F. GAQUERE, *La vie et les œuvres de Claude Fleury [...]*, Paris, 1925 (sur les réserves formulées à l'égard de cette thèse, v. N. HEPP et V. KAPP, « Introduction générale », dans C. FLEURY, *Écrits de jeunesse [...]*, Paris, 2003, p. 19, n°6). Dans le dernier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, plusieurs études ont été consacrées à Fleury : N. HEPP, *Homère en France au XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1968; Id., *Deux amis d'Homère au XVII<sup>e</sup> siècle. Textes inédits de Paul Pellisson et de Claude Fleury*, Paris, 1970; R. E. WANNER, *Claude Fleury[...] as an educational historiographer and thinker*, La Hague, 1975; F.-X. CUCHE, *Une pensée sociale catholique. Fleury, La Bruyère et Fénelon*, Paris, 1991; F. HOARAU, *Claude Fleury (1640-1723) : la raison et l'histoire*, thèse droit, Dijon, déc. 2003..

<sup>3</sup> V. en dernier lieu : D. DEROUSSIN, « La participation d'un avocat parisien aux efforts de codification du XVII<sup>e</sup> siècle : B. AUZANET, les *Arrêtés* du P.P.G. de Lamoignon et

l'« Académie » du premier président, Fleury rencontre Boileau, Bossuet, Bourdaloue, Pellisson, Rapin... La seconde grande amitié est celle du philosophe Géraud de Cordemoy<sup>4</sup>, qui l'initie à la doctrine cartésienne.

Après s'être inscrit au barreau pendant neuf ans, Fleury entre dans les ordres et est ordonné prêtre en 1669. Trois ans plus tard, en 1672, vraisemblablement sur la recommandation de Bossuet, il devient précepteur des fils du prince de Conti, puis, en 1680 – après avoir été nommé bibliothécaire du roi –, celui du comte de Vermandois. En 1689, il est désigné sous-précepteur des trois fils du Grand Dauphin, le duc de Bourgogne – auprès de qui il assiste Fénelon –, le duc d'Anjou, futur roi d'Espagne, et le duc de Berry. Fleury consacre tout le temps que lui laissent ces fonctions à rédiger de nombreux ouvrages dont l'un des plus importants, l'*Histoire ecclésiastique* des origines au début du XV<sup>e</sup> siècle, en vingt volumes *in-quarto*<sup>5</sup>, lui vaut son élection à l'Académie française en 1696<sup>6</sup>. Enfin, après avoir reçu, en 1706, le prieuré de Notre-Dame d'Argenteuil, il est nommé, en 1716, confesseur du jeune Louis XV<sup>7</sup>. Mais il demande à se retirer en 1722 à cause de sa mauvaise santé, et meurt l'année suivante.

Parmi l'œuvre de Fleury, les quatre ouvrages juridiques<sup>8</sup> prennent une place singulière. De l'*Institution au Droit ecclésiastique*<sup>9</sup> au *Droit public de France*<sup>10</sup>, en passant par l'*Institution au Droit français*<sup>11</sup> et l'*Histoire du Droit français*, imprimée

l'ordonnance de 1667 », *Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique*, n°2, 2004, p. 211-239; J.-L. THIREAU, « Les Arrêtés de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits*, n°39, 2004, p. 53-68.

<sup>4</sup> Ancien avocat auvergnat, Cordemoy fut un familier des cercles cartésiens; Bossuet le fit nommer, en 1667, lecteur ordinaire du Dauphin. Il publia une *Histoire de France* en 1685. Cf. J.-F. BATAIL, *L'avocat philosophe Géraud de Cordemoy (1626-1684)*, La Haye, 1973. Fleury lia également des amitiés avec la famille Le Fèvre d'Ormesson et René de Marillac, avocat au Grand Conseil.

<sup>5</sup> Les volumes s'échelonnent de 1691 à 1720.

<sup>6</sup> Élu à l'unanimité le 2 juillet au fauteuil 36 en remplacement de Jean de La Bruyère, il est reçu le 16 juillet par François Régnier-Desmarais.

<sup>7</sup> V. G. MINOIS, *Le confesseur du roi [...]*, Paris, 1988, p. 484, 494 et 495.

<sup>8</sup> Adde le *Traité du Choix et de la Méthode des Études* (1686) qui aborde la question de formation des avocats; v. : G. DARTIGUES, *Le Traité des Études [...]*, Paris, 1921; F. de DAINVILLE, Au sujet du *Traité des Études [...]*, XVII<sup>e</sup> siècle, n°7-18, 1953, p. 37-47.

<sup>9</sup> D'abord prudemment publiée en 1677 et 1679 sous le pseudonyme de Charles Bonel, l'*Institution* paraît en 1687 sous le propre nom de son auteur.

<sup>10</sup> Publié par J. B. Daragon en 1769; v. : G. THULLIER, « Comment les Français voyaient l'administration au XVII<sup>e</sup> siècle ? Le *Droit Public de France* de l'abbé Fleury », *La Revue administrative (RA)*, n°103, 1965, p. 20-25; *Id.*, « Économie et administration au grand siècle : l'abbé Claude Fleury », *RA*, n°58, 1957, p. 348-357.

<sup>11</sup> Rédigée entre 1663 et 1668, l'*Institution* n'est éditée qu'en 1858 par É. LABOULAYE et R. DARESTE (Paris, 1858, 2 vol.). Elle a souvent été confondue avec l'*Institution au Droit français* de Gabriel Argou (publiée sans nom d'auteur en 1692). Or, le plan de Fleury, s'il a pu influencer Argou, s'en distingue toutefois sensiblement :

<i>Institution</i> de G. Argou,	<i>Institution</i> de C. Fleury :
divisée en quatre livres :	divisée en huit parties
I. De l'état des Personnes ;	I. Du Droit public ;
II. Des Choses ;	II. Droit privé. – Des Personnes ;
III. Des Obligations ;	III. Des Choses ;

sans nom d'auteur en 1674<sup>12</sup>, la pensée juridique de l'abbé est originale à plus d'un titre. Cette originalité est plus manifeste pour son *Histoire*. D'abord en raison de sa publication cinq années avant l'édit de Saint-Germain-en-Laye du mois d'avril 1679 qui institue un enseignement du droit français<sup>13</sup>. Ensuite, parce qu'il semble que c'est la toute première fois que l'occurrence « histoire du droit français » apparaisse – ou du moins fasse l'objet d'un titre. Une telle appellation démontre que son auteur croit non seulement à l'existence d'un droit français, malgré « la complexité et la diversité de ses sources »<sup>14</sup>, mais d'un droit qui est « individualisé » à un point tel que sa seule histoire peut être écrite. Autrement dit, le droit romain n'est plus le droit applicable « de droit » en France ; envisager l'histoire du droit français, c'est envisager dorénavant les sources de ce droit – et en premier lieu les sources romaines.

L'affirmation du droit français contre le droit romain s'est faite, dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, par la négation de sa qualité de droit commun universel et par le rejet de la tutelle du bartolisme<sup>15</sup> qui avait contribué à lui assurer cette supériorité. Initié par Du Moulin, poursuivi par les juriconsultes gallicans, exalté notamment par Étienne Pasquier<sup>16</sup>, « ordonné » par Louis Charondas Le Caron<sup>17</sup> ou par Guy Coquille<sup>18</sup>, le droit français s'est ainsi peu à peu émancipé de la prééminence du *jus commune*. Pourtant, le droit romain continue toujours d'inspirer largement le droit français : si le second a été conçu en opposition à la supériorité du premier, une fois la situation acquise – voire même dépassée –, il ne renonce pas pour autant à recourir aux lois romaines.

---

IV. Des Accessoires ;  
 et Suite des Obligations ;  
 VI. De la Procédure civile en première instance ;  
 VII. De la Procédure civile en cause d'appel ;  
 VIII. De la Procédure criminelle en première instance.

Argou précise en outre au début de son œuvre : « J'ay prié Monsieur l'Abé Fleury de trouver bon que je joignisse son Histoire du Droit François à cette Institution, il a bien voulu y consentir » (Lyon, H. Molin, 1694, t.I, Préface).; Cf. : É. LABOULAYE, « Avertissement », dans C. Fleury, *Institution [...]*, ouv. cité, t.I, p. XI ; F. HOARAU, *ouv. cité*, p. 5-6, 195, n°81, et p. 217.

<sup>12</sup> Paris, M. Petit, 1 vol. in-16. Vraisemblablement rédigé pour l'un de ses élèves, André Lefèvre d'Ormesson, il fut le seul ouvrage juridique publié du vivant de l'auteur. C. Chêne précise que les professeurs royaux y « trouvent un modèle » ; ainsi « Duval y puise largement, Davot estimant même qu'il ne saurait que la répéter, y renvoie tout simplement » (C. CHENE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit [...]*, Genève, 1982, p. 205).

<sup>13</sup> A. de CURZON, « L'enseignement du droit français dans les universités de France aux xvii<sup>e</sup> et xviii<sup>e</sup> siècles », *NRHD*, 1919, p. 209-269 et 305-364 ; F. OLIVIER-MARTIN, « Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français », *Mélanges [...]* Sugiyama, Paris, 1940, p. 263-281 ; C. Chêne, *L'enseignement [...]*, ouv. cité.

<sup>14</sup> F. OLIVIER-MARTIN, « Les professeurs [...] », art. cité, p. 267.

<sup>15</sup> V. : Bartolo da Sassoferrato. *Studi e documenti per il VI centenario*, Milan, 1962, 2 vol., et P.LEGENDRE, « La France et Bartole », t.I, p. 131-172 ; R. FEENSTRA, « Bartole et la science du droit romain », *Atti del seminario romanistico internazionale*, Pérouse-Spolète-Todi, 1971, Pérouse, 1972, p. 7-17.

<sup>16</sup> É. PASQUIER, *Les Recherches de la France [...]*, Paris, 1665 ; rééd. critique M.-M. FRAGONARD et F. ROUDAUT (dir.), Paris, 1996 ; V. aussi P.BOUTEILLER, *Recherches sur la vie et la carrière d'Etienne Pasquier [...]*, Paris, 1989.

<sup>17</sup> G. LEYTE, « Charondas et le droit français », *Droits*, n°39, 2004, p. 17-33.

<sup>18</sup> N. WAREMBOURG, *Guy Coquille et le droit commun coutumier*, thèse droit, Lille II, 2005.

L'originalité de l'*Histoire du Droit françois* repose, ensuite, sur la volonté de s'inscrire dans la recherche scientifique de ces sources. Fleury a, en effet, « le souci de remonter en toute chose aux fondements, tant logiques qu'historiques »<sup>19</sup>. Sa pensée se révèle ici à la croisée de deux courants : l'humanisme juridique<sup>20</sup> et le rationalisme cartésien<sup>21</sup>. Le premier a commencé, au XVI<sup>e</sup> siècle, à renouveler en profondeur les méthodes et les perspectives du droit en introduisant une critique philologique et historique des textes<sup>22</sup>. Ainsi, non seulement l'humanisme a veillé à reconstituer un droit romain authentique, mais en outre, il a été le promoteur d'une histoire écrite avec des sources de première main et soumises à un examen critique –

<sup>19</sup> N. HEPP, v<sup>o</sup> « Fleury (L'abbé Claude) », dans F. BLUCHE (dir.), *Dictionnaire du Grand Siècle*, Paris, 1990, p. 600; Fleury est « l'un des écrivains français du XVII<sup>e</sup> siècle doté de la sensibilité historique la plus aiguë » (F.-X. CUCHE, *ouv. cit.*, p. 396).

<sup>20</sup> Cf. D. R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship [...]*, New York - Londres, 1970; PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, 1962; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 3<sup>e</sup> éd. par S. RIALS, Paris, 2003, p. 454-487; *Id.*, « L'humanisme et le droit, » *Seize essais [...]*, Paris, 1969, p. 60-72; voir également : J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 2001, n<sup>o</sup>86 et 140 s.; M. FUMAROLI, « Aux origines de la connaissance historique du Moyen Âge : humanisme, réforme et gallicanisme au XVI<sup>e</sup> siècle », *XVII<sup>e</sup> siècle*, n<sup>o</sup>114-115, 1977, p. 5-29, not.p. 13 s.; J. GAUDEMET, *Les naissances du droit [...]*, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 347-350; D. GAURIER, « La revendication d'un droit national contre le droit romain : le droit coutumier en France », dans J.-H. MICHEL (dir.), *Droit romain et identité européenne*, Actes du colloque de Bruxelles, 1992, RIDA, suppl. au t. XLI, 1994, p. 29-47; J.-L. GAZZANIGA, « Avocats, littérateurs et érudits au XVI<sup>e</sup> siècle », dans B. DURAND et L. MAYALI (dir.), *Exceptiones iuris : Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley, 2000, p. 261-281; S. RIALS, « *Veritatis iuris [...]* », *Droits*, n<sup>o</sup>26, 1997, p. 101-182; M. REULOS, « L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France [...] », *La formazione storica del diritto moderno [...]*, Actes du congrès de Florence, 1977, Florence, 1977, 2 vol., t.I, p. 221-236; J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin [...]*, Genève, 1980, p. 91 s. et 128 s.; du même auteur voir : *Introduction historique au droit*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 2003, p. 219 s.; « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD*, n<sup>o</sup>10-11, 1990, p. 153-191; « Le juriconsulte », *Droits*, n<sup>o</sup>20, *ouv. cit.*, p. 21-30; « L'alliance des lois romaines avec le droit français » dans J. KRYNEN (dir.), *Droit romain, jus civile et droit français*, Actes de la table ronde de Toulouse, 1998, Toulouse, 1999, p. 347-374; « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, n<sup>o</sup>38, 2003, p. 37-51.

<sup>21</sup> M. VILLEY, *La formation [...]*, *ouv. cit.*, p. 489 s.; voir aussi : N. CORNU THENARD, « L'avènement d'une rhétorique « cartésienne », *Droits*, n<sup>o</sup>36, 2002, p. 99-114; N. HEPP, « Humanisme et cartésianisme : la guerre ou la paix ? », N. HEPP, R. MAUZI et C. PICHOS (dir.), *Mélanges [...] René Pintard*, Strasbourg, 1975, p. 451-461. Pour F. Hoarau, il existe « un rationalisme, le plus souvent cartésien, dans la pensée de Fleury », même si Descartes y occupe « malgré tout une place relativement modeste ». « Le souci manifeste par Fleury d'enraciner la connaissance dans le réel » rejoint également « les préoccupations exprimées par Descartes dans le *Discours de la méthode* » (F. HOARAU, *ouv. cit.*, p. 37, 36 et 44; v. aussi p. 79 s.).

<sup>22</sup> É. Pasquier écrit qu'ayant communiqué ses *Recherches* à ses amis, « il y en avoit quelques-uns qui trouvoient de mauvaise grace, qu'à chaque bout de champ je confirmasse mon dire par quelque Autheur ancien » (É. PASQUIER, *Les Recherches [...]*, *ouv. cit.*, liv.I, p. 1); « Pour Pasquier, comme pour Bodin et De Thou, l'histoire est avant tout "enregistrement des variations du droit" » (C.-G. DUBOIS, *La conception de l'histoire en France au XVI<sup>e</sup> siècle [...]*, Paris, 1977, p. 22) » (M.-M. FRAGONARD et F. ROUDAUT, *Introduction*, *ouv. cit.*, t.I, p. 26).

semblable à celui que les gens de justice font subir aux témoignages produits dans les procès<sup>23</sup>. Par conséquent, l'humanisme historiciste a introduit le relativisme qui, exploité dans le sens d'un « véritable nationalisme juridique », a conduit à élaborer la notion de droit français<sup>24</sup>. En s'inscrivant parfaitement dans ce courant humaniste<sup>25</sup>, Fleury fait même figure d'exception. En effet, non seulement sa culture ne se limite pas au domaine juridique – à un moment où les juristes se cantonnent de plus en plus à l'étude du seul « droit positif » –, mais encore, il donne, avec son *Institution*, le tableau complet du droit français – droit public *et* droit privé – à une époque où les juristes se limitent aux commentaires de coutumes et d'ordonnances<sup>26</sup>.

Par ailleurs – c'est le second courant –, la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle voit les premières tentatives d'introduction du rationalisme dans le droit. Si ces essais sont en partie dus à Domat avec ses *Loix civiles*<sup>27</sup>, ils le sont essentiellement grâce à Claude Fleury et à Gabriel Argou<sup>28</sup>. L'abbé conforte ainsi la création d'un droit français sur « des bases conformes aux principes de la philosophie moderne »<sup>29</sup> et s'inscrit dans les perspectives de Mabillon<sup>30</sup> – *La Diplomatique* est publiée en 1681<sup>31</sup> –, dans lesquelles la critique des documents d'archives est « définitivement fondée »<sup>32</sup>. Fleury tente surtout d'opérer une synthèse entre les diverses sources du droit, « sans faveur spéciale pour l'une d'elles, et se réclamant du seul critère de la *Raison* ». Sa conception d'ensemble des sources lui interdit alors d'« opposer le Droit écrit aux coutumes »<sup>33</sup>.

La lecture de l'*Histoire du Droit français* permet de relever l'évolution du droit

<sup>23</sup> J.-L. THIREAU, « Droit national [...] », p. 43. Ainsi, « l'histoire cessait d'être purement narrative pour devenir explicative; elle cessait d'être littéraire pour devenir critique et déjà presque scientifique »

<sup>24</sup> J.-L. THIREAU, v<sup>o</sup> « Humaniste (Jurisprudence) », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 795-800, p. 799; du même, v<sup>o</sup> « Droit français », p. 484-487.

<sup>25</sup> Fleury s'inscrit dans le second humanisme; sur les deux humanismes, v. J.-L. THIREAU, « Droit national [...] », p. 40-41.

<sup>26</sup> J.-L. THIREAU, « Le juriconsulte », p. 28. Ainsi « Domat, Claude Fleury, Daguesseau font figure d'exceptions, en un temps où la plupart des juriconsultes se consacrent exclusivement à des commentaires de coutumes ou d'ordonnances, ou encore à des synthèses visant à l'unification du droit privé français » (*Ibid.*); voir aussi : W. F. CHURCH, « The Decline of the French Jurists as Political Theorists, 1660-1789 », *French Historical Studies*, vol.5, 1967, p. 1-40.

<sup>27</sup> Bien que cette tentative soit modérée parce qu'avant tout chrétienne. Sur Domat, v. spéc. M.-R. RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, 2003, p. 77 s.

<sup>28</sup> A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 69 s.; v. aussi p. 301-302. Sur les rapports entre les œuvres de Claude Fleury et Jean Domat, F. HOARAU, *ouv. cité*, p. 138, 163-164 et 167-169; voir aussi : J.-L. THIREAU, « La doctrine [...] », p. 48, du même auteur, « Droit national [...] », p. 38.

<sup>29</sup> A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales [...]*, p. 73.

<sup>30</sup> Avec les progrès de l'érudition au sein de la Congrégation de Saint-Maur; voir ci-dessus la contribution de Gérard Guyon.

<sup>31</sup> V. aussi le *Traité des Études monastiques [...]*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1692. Sur Mabillon, v. B. KRIEGL, *L'histoire à l'âge classique*, t.I, *Jean Mabillon*, Paris, 1996.

<sup>32</sup> M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire [...]*, Paris, 8<sup>e</sup> éd., 1991, chap. 3, p. 65.

<sup>33</sup> A.-J. ARNAUD, *ouv. cité.*, p. 74-75, qui qualifie également Fleury de « jusnaturaliste rationaliste » parce que « sa conception du Droit naturel n'est plus celle de la tradition classique » (*Ibid.*, p. 158 et 75; *contra* F. HOARAU, *ouv. cité*, p. 124-132).

romain et des coutumes. Pour Fleury, « c'est ce mélange du Droit Romain avec les coutumes qui fait le Droit François d'aujourd'hui »<sup>34</sup>. Autrement dit, « pour entendre comment s'est formé le Droit nouveau, il faut voir comment l'ancien se réduisit en coutumes, et comment l'étude du Droit Romain se rétablit »<sup>35</sup>. L'auteur relate chronologiquement – avec un sens critique certain – l'histoire de ces deux sources. Les coutumes se nourrissent du droit romain et constituent ainsi le fondement même du droit français : si le droit romain se présente comme la raison du droit français, les coutumes en sont le fondement.

## I — LE DROIT ROMAIN, RAISON DU DROIT FRANÇAIS.

Dans l'*Histoire du droit français*, Claude Fleury consacre de longs développements sur le droit romain ou, plus exactement – dans la lignée de Cujas<sup>36</sup> –, sur l'histoire du droit romain. L'abbé distingue à ce propos le droit romain dans l'« ancien droit » de celui dans le « nouveau droit ». Le premier renvoie au droit « qui a été en usage jusqu'au dixième siècle ; parce que la suite a tellement été interrompue depuis, qu'à peine en trouve-t-on quelque reste qui soit encore en vigueur ». Quant au second – le « droit nouveau » –, il recouvre « tout ce qui a été suivi sous les Rois de la troisième race ; parce qu'encore qu'il y ait eu de grands changemens, on y voit une tradition suivie de loix et de maximes, que l'on peut conduire jusqu'à nous »<sup>37</sup>. Dans ce cadre, le droit romain se présente comme « le supplément des Ordonnances et Coutumes des autres pays, sinon comme Loi obligatoire, au moins comme raison »<sup>38</sup>. En retraçant son histoire, l'abbé montre en quoi le droit français se nourrit du droit romain.

### *Le rôle du droit romain dans l'« ancien droit »*

Étudiant l'histoire du droit romain sous les deux premières races royales, Fleury cherche à mesurer son rôle. L'auteur adopte une position plus modérée que celle d'un Étienne Pasquier ou d'un François Hotman qui, tout en se fondant sur des documents de première main, n'écrivaient pas une histoire politiquement neutre, et affirmaient que le droit français avait ses origines propres – c'est-à-dire gauloises,

<sup>34</sup> C. FLEURY, *Histoire [...]*, dans G. ARGOU, *Institution [...]*, ouv. cité, 9e éd. par A.-G. BOUCHER D'ARGIS, 1764, t.I, n°XXI, p. 61. Pour É. Laboulaye, seul le texte de 1682 serait « le plus pur » car « les éditeurs d'Argou ne s'étaient fait faute d'encombrer la leçon originale d'additions qui ne sont pas toujours heureuses. On n'y reconnaît ni la netteté ni la justesse de Fleury » (É. LABOULAYE, art. cité, p. XVIII).

<sup>35</sup> C. FLEURY, *Histoire [...]*, ouv. cité, n°XIV, p. 32. Pour une position différente, v. P.-J. GROSLEY, *Recherches pour servir à l'Histoire du Droit français*, Paris, 1752. Avant de détailler ses recherches, Fleury demande toute l'indulgence de son lecteur, espérant qu'on lui « pardonnera », s'il « use quelquefois de conjectures, quand on considérera combien cette matière a été peu éclaircie jusqu'à présent » (C. FLEURY, *Histoire [...]*, ouv. cité, n°I, p. 2).

<sup>36</sup> Jacques Cujas est le premier jurisconsulte à replacer le droit romain dans son histoire ; v. : J. FLACH, « Cujas, les Glossateurs et les Bartolistes », *NRHD*, 1883, p. 205-227 ; P. MESNARD, « La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique », *RHD*, 1950, p. 521-537.

<sup>37</sup> C. FLEURY, *Histoire [...]*, ouv. cité, n°I, p. 2.

<sup>38</sup> C. FLEURY, *Droit public de la France*, dans *Opuscules [...]*, Éd. L. E. Rondet, Nîmes, 1780-1783, 5 vol., t.IV, p. 58, cité par F. HOARAU, ouv. cité, p. 162.

voire celtés<sup>39</sup>. Prudent, l'abbé se demande « s'il est à propos de remonter jusqu'aux Gaulois, et si on peut croire qu'après tant de changemens, il nous reste quel droit qui vienne immédiatement d'eux ». Il donne simplement une « idée de leurs mœurs et de leur Police » tirée des écrits de Jules César et affirme qu'« il y a des preuves particulières à la Gaule pour montrer qu'elle devint à la fin toute Romaine » – la langue, la présence pendant cinq siècles. Ainsi, « on ne peut douter que le Droit Romain ne s'observât dans les Gaules »<sup>40</sup>. Fleury corrige ensuite la perception d'un droit romain statique et intemporel : il précise que c'est le Code Théodosien qui a été « le livre qui se conserva le plus long-temps après la ruine de l'empire d'Occident ». À ceux qui croient que « c'étoit ce qu'ils appelloient simplement la loi Romaine », l'auteur rétorque que ce droit n'était pas celui de Justinien « qui ne fut fait que pour les pays où il commandoit, et environ cent ans après l'entrée des Francs dans les Gaules »<sup>41</sup>.

Abordant les rapports entre le droit romain et les « lois » barbares, l'abbé veille, à nouveau, à ne mentionner que « ce qui est certain »<sup>42</sup>. Si les Francs apportent « un nouveau droit dans les Gaules », néanmoins, comme ils n'ont « aucun usage des lettres en leur langue », leurs lois n'ont été écrites qu'en latin par des Romains<sup>43</sup>. Ces « Barbares » ont été « obligés en plusieurs rencontres d'avoir recours aux loix Romaines, parce que leurs loix particulieres contenoient peu de matieres »<sup>44</sup>. Par conséquent, la loi romaine a été « universellement observée » sous les rois de la première race<sup>45</sup>. Elle l'est également à partir de Charlemagne : certes, les

<sup>39</sup> Sur cet aspect, J.-L. THIREAU, « Recherches [...] », art cité, p. 44-45 et p. 48-50; voir également : C.-G. DUBOIS, *Celtes et Gaulois au xvie siècle. Le développement littéraire d'un mythe nationaliste*, Paris, 1972; A. JOUANNA, « La quête des origines dans l'historiographie française [...] », dans B. CHEVALIER et B. CONTAMINE (dir.), *La France de la fin du XV<sup>e</sup> siècle. Renouveau et apogée*, Actes du colloque de Tours, 1983, Paris, 1985, p. 301-311.

<sup>40</sup> C. FLEURY, *Histoire [...]*, ouv. cité, n°II-III, p. 2 et 7. « L'un des quatre Préfets du Prétoire y faisoit sa résidence [en Gaule] » et il « rendoit la Justice souverainement à la place de l'Empereur, au-dessus de tous Gouverneurs de Provinces [...] Ajoutez à tout cela que les Romains ont possédé la Gaule paisiblement pendant cinq siècles [...]. Cinq cent ans suffisent pour apporter de grands changemens dans un pays et ce qui s'y est pratiqué pendant un si long tems, ne s'abolit pas aisément. Tenons donc pour certains que quand les Francs assujettirent les Gaulois, ils les trouverent tous Romains, parlant Latin, et vivant sous les loix Romaines » (*Ibid.*, n°III, p. 7-8).

<sup>41</sup> *Ibid.*, n°IV, p. 9 et 8.

<sup>42</sup> Après avoir cité les « Loix des Visigots » (*Ibid.*, n°VI, p. 13-15), la « Loi des Bourguignons » (n°VII, p. 15-16), Fleury évoque la « Loi Salique qui fut la Loi particulière des Francs » : « sa préface porte qu'elle avoit été écrite avant qu'ils eussent passé le Rhin, et marque les lieux des assemblées avec les noms des quatre Sages qui en furent les auteurs. Mais cette Histoire est suspecte; et je crois qu'il est plus sûr de s'arrêter à l'édition que nous en avons, sans trop rechercher si c'est la première rédaction, ou une réformation » (*Ibid.*, n°VIII, p. 16).

<sup>43</sup> *Ibid.*, n°V, p. 10.

<sup>44</sup> *Ibid.*, n°X, p. 24. Fleury évoque également le droit canonique : si les ecclésiastiques « de quelque nation qu'ils fussent », « suivoient tous » les lois romaines, ils obéissaient au « Droit Canonique, c'est-à-dire, les règles des Conciles, comprises dans l'ancien Code des Canons de l'Eglise universelle, et quelques décisions des Papes qui étoient souvent consultés par les Evêques » (*Ibid.*).

<sup>45</sup> « Et on y dérogeoit seulement à l'égard des Barbares dans les cas où leurs loix ordonnoient nommément quelque chose qui n'y étoit pas conforme » (*Ibid.*, n°X, p. 25).

capitulaires<sup>46</sup> ont été « ajoutés », mais il faut toujours recourir au droit romain en matière de contrats et d'état des personnes<sup>47</sup>. Ainsi, tout cet ensemble, appelé « ancien Droit François », est fortement dominé par la loi romaine, ce qui explique « le soin que les Rois eurent de la conserver par un article des Capitulaires de Charles le Chauve »<sup>48</sup>. Loin de voir dans les rapports entre le droit romain et les lois romaines une « opposition radicale »<sup>49</sup>, il semble plus juste d'observer une complémentarité entre les deux droits – ce qui n'empêche pas une primauté du premier sur le second. Ceci exposé, Fleury aborde, après la mention des désordres du X<sup>e</sup> siècle, le renforcement du droit romain à partir de la redécouverte des compilations de Justinien.

*L'influence du droit romain dans le « nouveau droit ».*

En retraçant l'histoire du droit romain sous la troisième race, Fleury évoque d'abord les conséquences de son « renouvellement ». Le « Droit de Justinien », peu connu en Occident jusqu'à la seconde moitié du XI<sup>e</sup> siècle, n'a été entendu, à cette époque, que « très-imparfaitement ». En effet, « jugeant impossible, et même inutile, d'avoir une intelligence parfaite du texte », les « Latins » se sont appliqués à « en tirer des conséquences », et ont étudié ce droit « d'une méthode Scholastique, pleine de chicanes et de fausses subtilités, comme on traitoit alors toutes les Sciences »<sup>50</sup>. Son étude est passée en France : le droit romain a été enseigné « publiquement à Montpellier, et à Toulouse, avant que les Universités y eussent été érigées ». Enfin, « on voulut aussi l'enseigner à Paris, mais le Pape Honorius III le défendit par une Décrétale » ; l'abbé relate les faits, sans privilégier une explication précise<sup>51</sup>.

Fleury préfère s'interroger sur les raisons de l'engouement pour le droit romain. Il s'étonne que « ces livres composés six cens ans auparavant à Constantinople, où

<sup>46</sup> Définis comme « loix générales » par Fleury (*Ibid.*, n°XI, p. 26). Dans son commentaire, l'auteur rapporte la distinction entre les capitulaires qui traitent des « matieres Ecclesiastiques » et ceux qui traitent des « matieres séculieres » (n°XII, p. 26-28; v. F. L. GANSHOF, *Recherches sur les capitulaires*, Paris, 1958, not. p. 13 s.). L'abbé fait référence à Étienne BALUZE, *Capitularia regnum Francorum*, Paris, 1677.

<sup>47</sup> C. FLEURY, ouv. cité, n°XIII, p. 31. Ainsi, « on voit ici que la loi Romaine et la loi Salique étoient en vigueur, et que chacune avoit ses Juges différens; que l'Eglise suivoit la Loi Romaine; qu'il y avoit des personnes qui faisoient profession de l'enseigner » (*Ibid.*, p. 32). Cf. J. IMBERT, « Les références au droit romain sous les Carolingiens », *RHD*, 1995, p. 163-174.

<sup>48</sup> C. FLEURY, ouv. cité, n°XIII, p. 30.

<sup>49</sup> F. HOARAU, ouv. cité, p. 144.

<sup>50</sup> C. FLEURY, ouv. cité, n°XX, p. 52; v. aussi p. 47-52. Sur cet aspect, v. F. HOARAU, ouv. cité, p. 20, 51-54 et 123-124; voir aussi : J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif*, Paris, 1985, not.n°58; M. REULOS, « L'interprétation des Compilations de Justinien dans la tradition antique reprise par l'humanisme », *L'humanisme français au début de la Renaissance*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1973, p. 273-286.

<sup>51</sup> Il « n'examine point quelle a dû être en France l'autorité de cette décrétale, si elle obligeoit les Laïques et si c'est la véritable cause de ce que jusqu'à l'année 1679, il n'y a point eu de Professeur de Droit Civil dans l'Université de Paris » (C. FLEURY, ouv. cité, n°XX, p. 52-53). Pour une nouvelle analyse de la décrétale *Super speculam* (1219), v. : J.-M. CARBASSE, *Introduction [...]*, ouv. cité, n°83; du même « Le Royaume et l'Empire : quelques jalons médiévaux », dans *Droit germanique, droit français. Approches comparatives [...]*, Actes de la journée d'études de Paris V, 1997, *RHFD*, n°19, 1998, p. 11-33, p. 22 s..

ils n'étoient plus suivis », soient reçus avec « tant de vénération dans des pays où jamais l'Empereur n'avoit commandé », comme l'Espagne, la France, l'Allemagne et l'Angleterre, et « sans que les puissances Ecclésiastiques ou Séculières les ayent autorisés par aucune constitution ». De surcroît, non seulement l'abbé conteste que « l'on soit accoutumé » à nommer le contenu de ces compilations « le Droit Écrit, le Droit civil, ou le Droit simplement, comme s'il n'y avoit point d'autres Droit considérable »<sup>52</sup>, mais en outre, il dénonce que ce droit ait été reçu « comme étant l'ancien droit Romain »<sup>53</sup>. Si Fleury explique cette situation par la méconnaissance des juristes<sup>54</sup>, il considère surtout que la raison profonde de la réception du droit de Justinien repose sur la grande « utilité de ces loix ».

En effet, les « principes de la Jurisprudence » se trouvent, d'abord, bien établis, pour le « Droit particulier des Romains », pour les « Droits qui sont communs à toutes les Nations ». Certes, « il n'y a guères de maxime du Droit naturel ou du Droit des gens, qui ne se rencontre dans le Digeste », et qui font qu'« on y trouve d'ailleurs un nombre infini de décisions particulières très judicieuses »<sup>55</sup>. Mais l'intérêt du droit romain se situe dans la dimension politique qu'il offre : il est, en effet, « principalement avantageux pour les Princes qui y trouvoient l'idée de la puissance Souveraine en son entier, exempte des atteintes mortelles qu'elle avoit reçues dans les derniers siècles ». Une telle arme permet de « fonder de belles prétentions » : si l'empereur d'Allemagne a droit à « la Monarchie Universelle, suivant l'application que les docteurs lui faisoient de ce qui est écrit dans ces loix », d'autres docteurs exposent aux rois qu'ils sont « Empereurs dans leurs Royaumes »<sup>56</sup>. Ainsi, il ne faut pas s'étonner si ce droit, qui a d'abord été « mis au jour par la curiosité de quelques particuliers, et par l'autorité des Sçavans, s'établit insensiblement par l'intérêt des Princes, et par le consentement des peuples »<sup>57</sup>.

Enfin, Fleury relate les débats de ses contemporains sur le point de savoir si le droit romain est le droit commun en pays coutumier, « pour les cas qui ne sont point exprimés par les coutumes »<sup>58</sup>. Sur cette « question fameuse agitée par les Sçavans des derniers temps », le « Président Lizet tenoit l'affirmative ; le Président de Thou la négative »<sup>59</sup> et, indique Fleury, sans prendre parti, « je ne sçache pas qu'elle soit

<sup>52</sup> C. FLEURY, *ouv. cité*, XX, p. 54-55.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>54</sup> « Les plus doctes de ce temps là n'en sçavoient pas assés pour le distinguer d'avec leur véritable loi Romaine, qui étoit le Code Theodosien, ni pour sçavoir en quel temps Justinien avoit commandé et de quelle autorité étoient ses Constitutions » (*Ibid.*).

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 55-56.

<sup>56</sup> « Enfin tout l'esprit de ces loix tendoit à rendre les hommes plus doux, plus soumis aux Puissances légitimes, et à ruiner les coutumes injustes et tyranniques que la barbarie y avoit introduites » (*Ibid.*, p. 56); Cf. G. Leyte, *Domaine et domanialité publique [...]*, Strasbourg, 1996, p. 58-59 et 81-82.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*, n°XXI, p. 58.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 58. Sur Lizet, v. J. VENDRAND-VOYER, « Réformation des coutumes et droit romain : Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la Faculté de droit et de science politique [de Clermont-Ferrand]*, 1981, p. 315-381. Sur De Thou, voir R. FILHOL, *Le premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, 1937; M. SEONG-HAK KIM, « Christophe de Thou et la réformation des coutumes : l'esprit de réforme juridique au XVI<sup>e</sup> siècle », *TVR*, 2004, p. 91-102.

encore décidée »<sup>60</sup>. L'abbé fait surtout remarquer que « l'auteur du Droit de Justinien » a apporté un « grand changement au Droit François, qui ne consistoit alors qu'en coutumes ». Ainsi, le droit romain fut jugé « si nécessaire, tout mal entendu qu'il étoit, que dans toutes les affaires on ne se servoit plus que de ceux qui l'avoient étudié, soit pour juger, soit pour plaider<sup>61</sup>, soit pour rédiger par écrit les conventions et les traités »<sup>62</sup>.

En exposant son histoire avec distance et sens critique, Fleury avoue qu'il a eu « ses avantages aussi-bien que ses inconveniens »<sup>63</sup>. Néanmoins, il le présente surtout comme la raison d'un « nouveau » droit – le droit français – qui se forme peu à peu à partir d'une autre source : les coutumes. Ainsi, dans les provinces où elles prévalent, le droit romain « n'est point observé dans tous les cas où la coutume y est contraire, qui sont en très-grand nombre »<sup>64</sup>. Par ailleurs, il semble possible de tirer des écrits de Fleury qu'entre ces deux sources se situe le pouvoir normatif du monarque. En effet, « entre l'autorité du Droit coutumier et celle du Droit romain, on voyait [...] apparaître et grandir une tierce autorité qui devait servir d'instrument et de lien pour rapprocher peu à peu l'une de l'autre : les ordonnances »<sup>65</sup>. Toutefois, dans la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, un tel pouvoir reste limité, ce qui fait qu'il n'est pas tout à fait une source à part entière. Le roi est, en effet, toujours perçu sous le prisme de la *juris dictio* et Fleury, dans ses *Institutes*, écrit que « l'administration de la justice consiste en deux points : à faire les lois, et à les faire exécuter »<sup>66</sup>. Si le pouvoir de « faire loi » prend son essor à partir du règne de saint Louis – et seulement pour quelques domaines précis –, si « le nombre des Edits a été plus grand, depuis le commencement du regne de François premier que dans tous les temps précédens »<sup>67</sup> – bien que « presque toutes regardent le Droit public, et régulent les droits du Roi, et le pouvoir des Officiers » –, néanmoins, « l'utilité du Droit Romain n'est pas moindre »<sup>68</sup>. Dans la pensée de Fleury, les ordonnances servent ainsi d'intermédiaire entre le droit romain et le droit coutumier, entre la raison et le

<sup>60</sup> C. FLEURY, ouv. cité, n°XXI, p. 58. Sur cet aspect, J. KRYNEN, « Le droit romain "droit commun de la France" », *Droits*, n°38, 2003, p. 21-35, p. 25 s..

<sup>61</sup> Fleury écrit par la suite que cet « esprit apporta un grand changement dans l'instruction, et dans le jugement des procès » (C. FLEURY, ouv. cité, n°XXI, p. 59).

<sup>62</sup> « De sorte que tous les Officiers de Justice, jusques aux Procureurs et aux Notaires, étoient gradués en Droit, et Clercs par conséquent; car les Laïques n'étudioient pas encore » (*Ibid.*, p. 57-59). Cf. M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *RHFD*, n°10-11, 1990, p. 133-152.

<sup>63</sup> C. FLEURY, ouv. cité, n°XXI, p. 60.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>65</sup> E. CAUCHY, « Études sur Domat », *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1851, t.III, p. 335, cité par A.-J. ARNAUD, ouv. cité, p. 73. Fleury évoque les ordonnances royales à la fin de son *Histoire* (n°XXIV, p. 74-78).

<sup>66</sup> C. FLEURY, *Institution au Droit françois*, ouv. cité, t.I, part.I, chap. VI, p. 86.

<sup>67</sup> « Parce que depuis ce temps l'on a établi la plupart des Subsidies, et créé la plupart des Offices en titre pour les rendre venaux. Il y a aussi grand nombre d'Ordonnances pour régler les procédures, et les formalités de justice; mais il y en a peu qui contiennent les règles pour les affaires des particuliers, et des maximes de Jurisprudence » (C. FLEURY, *Histoire [...]*, ouv. cité, n°XXIV, p. 77).

<sup>68</sup> « Toutes les Ordonnances ont été composées par des gens sçavans dans le Droit Romain. Les plus solennelles sont celles qui ont été faites dans les assemblées d'Etats, comme celle de Moulins et de Blois » (*Ibid.*, p. 77-78).

fondement même du droit français.

## II — LES COUTUMES, FONDEMENT DU DROIT FRANÇAIS.

Abordant les coutumes, Claude Fleury se penche d'abord sur leur formation : sa démarche rigoureuse lui permet de confronter la définition médiévale à la réalité juridique et de reconsidérer les hypothèses jusque là avancées<sup>69</sup>. Puis, la nécessité de rédiger ce droit s'est rapidement imposée aux juristes avant d'être reprise et solennisée par le pouvoir royal ; une telle évolution permet ainsi la formation progressive du droit français.

### *La formation des coutumes en France.*

S'interrogeant sur ce qui fonde l'autorité des coutumes, Fleury reprend les éléments de la réflexion juridique médiévale<sup>70</sup> – le temps et le consentement du

<sup>69</sup> Cf. P. PETOT, *La formation du droit privé français*, Paris, Les cours de droit, 1958; réimpr. dans *Histoire du droit privé français. La famille*, Éd. C. Bontems, Paris, 1992, p. 42 s. V. également : J.-M. CARBASSE, *Introduction [...]*, ouv. cité, n°65-67; *Id.*, « Coutume, temps, interprétation », *Droits*, n°30, 2000, p. 15-28; *Id.*, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droits*, n°3, 1986, p. 25-37; J. GAUDEMET, *Les naissances [...]*, ouv. cité, p. 32-47 et 51-63.; du même auteur, « Les persistances du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », dans B. DURAND et L. MAYALI (dir.), *Exceptiones iuris [...]*, ouv. cité, p. 227-260; G. GIORDANENGO, « *Jus commune* et "droit commun" en France du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », dans J. KRYNEN (dir.), *Droit romain [...]*, ouv. cité, p. 219-247; A. GOURON, « Coutume contre loi chez les premiers glossateurs », dans A. GOURON et A. RIGAUDIERE (dir.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, 1988, p. 117-130, et « La coutume en France au Moyen Âge », *Recueils de la Société Jean Bodin*, t.LII, 2<sup>e</sup> part., *La coutume*, Bruxelles, 1990, p. 191-217; J. KRYNEN, « *Voluntas domini regis in suo regno facit jus*. Le roi de France et la coutume », dans A. IGLESIA FERREIROS (dir.), *El dret comú i Catalunya*, Actes du symposium de Barcelone, 1997, Barcelone, 1998, p. 59-89; L. MAYALI, « La coutume dans la doctrine romaniste du Moyen Âge », *La coutume*, ouv. cité, p. 11-31; P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français [...]*, Paris, 1985, p. 31 s.; P. OURLIAC, « Législation, coutumes et coutumiers au temps de Philippe Auguste », *La France de Philippe Auguste [...]*, Actes du colloque de Paris, 1980, Paris, 1982, p. 471-487.

<sup>70</sup> Bartole précise que « ce n'est pas le temps qui fait la coutume, ou du moins il ne la fait pas à lui tout seul : pour passer de l'*usus* à la *consuetudo*, il faut une manifestation de la volonté collective » – fût-elle tacite. Ainsi, d'« un point de vue strictement juridique (et non sociologique ou anthropologique), la coutume n'est pas "fille du temps" », parce que « le temps tout seul peut créer des habitudes, des mœurs, des usages, il ne peut créer du droit ». La coutume repose donc « sur le consentement populaire » et « c'est ce consentement qui lui donne sa force, son autorité – y compris, sous certaines conditions, contre la loi » (J.-M. CARBASSE, « Coutume [...] », art. cité, p. 21 et 26). Sur l'origine des coutumes, outre les références citées *supra*, v. : J.-F. LEMARIGNIER, « La dislocation du *pagus* et le problème des *consuetudines* (X<sup>e</sup>-XI<sup>e</sup> siècles) » *Mélanges [...]* Louis Halphen, Paris, 1951, p. 401-410; P. OURLIAC, « Réflexions sur l'origine de la coutume », *Études [...]* Josette Metman, *MSHDB*, 1988, p. 341-354; voir aussi : A. GOURON, « Aurore de la coutume », *Coutumes et libertés*, Actes des journées de Toulouse, 1987, *Recueil [...]* SHDE, t.XIV, p. 181-187, et « Sur les origines de l'expression « droit coutumier », *Glossae*, t.I, 1988, p. 179-188; O. GUILLOT, « *Consuetudines, consuetudo* : quelques remarques sur l'apparition de ces termes dans les sources françaises », *MSHDB*, 1983, p. 21-47; F. ROUMY, « *Lex consuetudinaria, Jus*

peuple. L'abbé considère d'abord l'élément temporel : après avoir exposé que l'origine des coutumes est « toujours obscure, puisqu'elles ne sont différentes des loix, que parce qu'elles s'observent sans être écrites », il précise que « s'il arrive que l'on les écrive, ce n'est qu'après qu'elles sont établies par un long usage »<sup>71</sup>. Cependant, l'origine des coutumes en France a « une obscurité particulière » parce qu'elles se sont formées au cours des X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles, pendant « le tems le plus ténébreux de notre histoire »<sup>72</sup>. Fleury se montre extrêmement prudent : « Nous n'avons de ce temps que très-peu d'auteurs, et encore peu éclairés, qui ont écrit si confusément et avec si peu de choix que je ne crois pas possible de savoir précisément quel droit s'observoit en France »<sup>73</sup>. Il tranche ainsi avec la plupart des juristes qui considèrent que les coutumes remontent aux Gaulois<sup>74</sup>.

Lors de ces désordres, « l'ignorance et l'injustice abolirent insensiblement les anciennes loix », puis « à force d'être méprisées, elles demeurèrent inconnues »<sup>75</sup>. Si, auparavant, la justice se rendait publiquement au nom de l'empereur, avec les troubles, « chacun se mit en possession de juger, aussi bien que de faire la guerre, et lever des deniers sur le peuples »<sup>76</sup>. Son hypothèse est proche de celle de Charles Loyseau pour qui seule l'usurpation a donné « origine et commencement » des justices seigneuriales<sup>77</sup>. En effet, au XVII<sup>e</sup> siècle, la doctrine est largement persuadée que l'organisation judiciaire originelle – si ce n'est l'évolution postérieure –, s'est faite par usurpations – ce qui n'est que partiellement vrai<sup>78</sup>. Fleury estime que « cette maniere irrégulière de rendre la justice, et l'établissement de ces nouvelles Jurisdictions, contribuerent beaucoup aux coutumes dont nous cherchons l'origine »<sup>79</sup>. Il reconnaît également que ces désordres ont été à l'origine de la plupart des droits seigneuriaux que « l'on croit s'être formés par des traités particuliers, ou des usurpations »<sup>80</sup>. Il ne semble pas « vraisemblable que les peuples aient accordé volontairement à des Seigneurs particuliers tant de droits contraires à la liberté

---

*consuetudinarium*. Recherches sur la naissance du concept de droit coutumier aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles », *RHD*, 2001, p. 257-291.

<sup>71</sup> C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XIV, p. 32-33.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>73</sup> C. FLEURY, *Histoire [...]*, Éd. É. Laboulaye et R. Dareste, *ouv. cité*, t.I, p. 29.

<sup>74</sup> Il rejoint, sur cette question, la position d'Eusèbe de Laurière : cf. la contribution de J.-L. Thireau, donnée dans le cadre de ces Journées.

<sup>75</sup> C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XIV, p. 33, et n°XV, p. 35.

<sup>76</sup> *Ibid.*, n°XV, p. 36; v. aussi p. 36 s.

<sup>77</sup> Loyseau conclut ainsi qu'il « faudroit toutes abolir, si on y rejettoit la prescription immémoriale ». En effet, comme il n'y a, selon lui, « gueres de Justice, dont on puisse monstrier aujourd'huy la concession du Roy », il convient que « nous sommes contraints de nous accommoder à l'ancien usage des siècles passez, et d'admettre cette prescription immémoriale, qui fait presumer un titre et une constitution légitime » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, dans *Œuvres [...]*, Paris, 1678, chap. IV, n°64; v. également ch. XII, n°19).

<sup>78</sup> En effet, l'usurpation ne concerne que les grandes seigneuries, et non pas les justices inférieures. R. Villers indique que les premières « proviennent de l'usurpation de la justice du roi et de ses fonctionnaires », alors que les secondes « ont eu pour base historique les droits des propriétaires, immunistes ou non » (R. VILLERS, *Questions sur la justice [...]*, Paris, Les cours de droit, 1964, p. 30).

<sup>79</sup> « Mais plusieurs autres droits qui se formerent en même temps y concoururent » (C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XV, p. 39).

<sup>80</sup> *Ibid.*, n°XVI, p. 40.

publique, dont la plupart des coutumes font mention, et dont plusieurs subsistent encore »<sup>81</sup>. Si l'abbé juge que « tous ces droits sentent la servitude de ceux à qui ils ont été imposés, ou la violence de ceux qui les ont établis », il ne considère pas cependant « qu'ils soient devenus légitimes par le temps, et par l'approbation des Souverains qui ont autorisé les coutumes », même si plusieurs ont été institués « justement »<sup>82</sup>. Autrement dit, il considère la formation de la coutume avec le regard critique de l'historien<sup>83</sup> et se montre dubitatif sur l'effectivité du consentement du peuple.

Dans un second temps, Fleury évoque les deux causes qui ont fait évoluer la situation : « les droits de coutumes et des bourgeoisies »<sup>84</sup> et « l'accroissement de la Jurisdiction Ecclésiastique »<sup>85</sup>. Sur celle-ci, l'abbé insiste sur le changement qu'elle a apporté à la « Jurisprudence », en donnant « une plus grande étendue » au droit canonique, et en le faisant « entrer dans la composition du Droit François, comme une de ses plus considérables parties »<sup>86</sup>. Une telle évolution s'est toutefois réalisée sur une longue durée « à cause du peu de commerce de chaque Province, et même de chaque petit pays avec les pays voisins ». Ainsi, toutes les coutumes du royaume se trouvaient différentes en raison de « la diversité qu'il y eut dans les usurpations de la puissance publique, dans les Traités des Seigneurs entr'eux et avec les communes, dans le stile de chaque Jurisdiction dans les opinions différentes des Juges »<sup>87</sup>. Néanmoins, les difficultés pratiques soulevées par ce système pousse au rapprochement des coutumes – ce que renforce leur rédaction.

#### *La rédaction des coutumes de France.*

Exposant que « le mélange du Droit Romain avec les coutumes » constitue « le Droit François d'aujourd'hui »<sup>88</sup>, Fleury cherche à « voir en quelle forme ce Droit est venu jusques à nous », c'est-à-dire « comment on a rédigé les coutumes par écrit »<sup>89</sup>.

<sup>81</sup> Comme « les droits de péages, travers, rouage, barrage, et tant d'autres; comme les droits de giste, de past, de logement et de fournitures, de corvées, de guet et de garde : les bannalités des fours, des moulins, et des pressoirs; le ban à vin, et les autres défenses semblables » (*Ibid.*).

<sup>82</sup> « Par exemple, pour indemniser un Seigneur de la construction d'un pont ou d'une chaussée » (*Ibid.*).

<sup>83</sup> Selon F. Hoarau, « la collation des différentes œuvres » permet de « mettre en évidence les contradictions qui caractérisent ses définitions, toujours très allusives, du concept de coutume » (F. HOARAU, *ouv. cité*, p. 171 et 169). Néanmoins, Du Moulin lui-même « ne s'est pas préoccupé de donner une définition complète de cette notion, et l'on doit rechercher et rassembler des éléments épars dans ses écrits » (J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin [...]*, *ouv. cité*, p. 108).

<sup>84</sup> En effet, « ce fut vers ce même temps que les habitans des cités et des villes établirent entr'eux des sociétés sous la protection de quelque Seigneur, pour se garantir de la tyrannie des autres, et pour être jugés par leurs Pairs » (C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XVI, p. 41; v. aussi p. 41-43).

<sup>85</sup> *Ibid.*, n°XVIII, p. 43.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>87</sup> « Ce sont des conjectures de Dumoulin » (*Ibid.*, n°XIX, p. 45-46).

<sup>88</sup> *Ibid.*, n°XXI, p. 61 (préc.).

<sup>89</sup> *Ibid.*, n°XXII, p. 61. Cf. : R. FILHOL, « La rédaction des coutumes en France aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles », dans J. GILISSEN (dir.), *La rédaction des coutumes [...]*, Actes du colloque de Bruxelles, 1960, Bruxelles, 1962, p. 63-85; J.-L. GAZZANIGA, « Rédaction des coutumes et codification », *Droits*, n°26, 1997, p. 71-80; D. GAURIER, « La rédaction des normes

La rédaction est devenue de plus en plus indispensable à mesure que les provinces ont été réunies à l'obéissance de la Couronne. En effet, la diversité des coutumes se trouve « embarrassante », en raison des appels portés au Parlement qui deviennent de plus en plus fréquents – « les Juges d'appel ne pouvoient sçavoir toutes les coutumes particulieres, qui n'étoient point écrites en formes autentiques »<sup>90</sup>. Si l'abbé suppose même que l'étude du droit romain a contribué à ce dessein<sup>91</sup>, il indique surtout que « l'écriture étoit le seul moyen de fixer les coutumes, et de les rendre certaines malgré leur diversité »<sup>92</sup>. Rédigées vers la fin du XI<sup>e</sup> siècle, « si-tôt que les désordres qui les avoient produites furent un peu calmés ; et que le temps les eut un peu affermies »<sup>93</sup>, les premières coutumes sont essentiellement de trois sortes : « les chartes particulieres des Villes, les coutumiers des Provinces, et les traités des Praticiens »<sup>94</sup>. Quant à leur contenu, ces anciennes coutumes rassemblent, certes, « les nouveaux droits établis pendant les temps de désordre », mais surtout « les formalités de justice, et la procédure du temps »<sup>95</sup>.

Si les rédacteurs ont toujours « supposé un autre droit, par lequel on se devoit régler dans tout le reste », comme en matière de contrats et de successions, ils ont cependant « prétendu marquer que ce qui dérogeoit au Droit commun »<sup>96</sup>. De surcroît, ces coutumes ont été écrites en français « comme traitant de matieres qui ne pouvoient être bien expliquées qu'en langue vulgaire, et qui devoient être entendues de tout le monde »<sup>97</sup>. Néanmoins, de tels écrits n'ont pas empêché que « le Droit coutumier ne fût encore incertain, parce qu'ils étoient sans autorité, ou trop anciens, ou trop succincts ». C'est pourquoi Charles VII a jugé nécessaire de rédiger les coutumes « plus exactement et plus solennellement »<sup>98</sup>. Fleury reprend alors le dessein exposé par Du Moulin qui est d'« amasser toutes les coutumes ensemble pour n'en

---

juridiques », *Cahiers du CRHDI*, n°20, 2003, p. 1-97; voir aussi la communication de F. Audren sur Klimrath.

<sup>90</sup> C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XXII, p. 61.

<sup>91</sup> « Comme il étoit estimé universellement, sans être bien entendu, ni légitimement autorisé, chacun en suivoit ce qu'il pouvoit. D'ailleurs les plus Sçavans en loix n'étoient pas toujours les plus expérimentés dans les coutumes, qui ne s'apprennent que par l'usage des affaires, et toutefois leurs opinions étoient respectées et suivies dans les jugemens, et il y en a grand nombre qui ont passé en coutume » (*Ibid.*, p. 63).

<sup>92</sup> *Ibid.* Si les premiers civilistes – tels Placentin et Azon – considéraient « la coutume comme un droit non écrit », « très vite pourtant ce point de vue a été abandonné : pour Révigny, entre autres, l'oralité n'est pas de l'essence de la coutume » (J.-M. CARBASSE, « Coutume [...] », p. 26).

<sup>93</sup> C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XXII, p. 63.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 64. Fleury examine chacune d'entre elles : v. p. 64-68.

<sup>95</sup> « Suivant le style de cour laye : car ils ne manquoient jamais d'observer cette distinction, à cause de la Jurisdiction Ecclésiastique qui étoit alors la plus étendue » (*Ibid.*, p. 68-69).

<sup>96</sup> « Je ne vois pas quel pouvoit être ce Droit commun, si ce n'étoit le Droit Romain. Aussi le citent-ils fréquemment sous [les noms de] loix, et de loi écrite » (*Ibid.*, p. 69).

<sup>97</sup> « Bien qu' alors on écrivit presque tout en Latin » (*Ibid.*). « Ce qui est écrit depuis trois cens ans approche plus du Droit Romain et de la Jurisprudence d'aujourd'hui. On y voit des questions touchant les successions et les testamens, les mariages et les autres contrats, et beaucoup de formalités de procédure. Je me suis étendu sur ces anciens originaux, parce que des personnes très capables jugent que ce sont les meilleurs Commentaires des coutumes, d'autant qu'on y peut voir leur esprit et la suite de leur changement » (*Ibid.*, p. 69-70).

<sup>98</sup> *Ibid.*, n°XXIII, p. 70.

faire qu'une loi générale ». Ainsi la rédaction de chaque coutume en particulier n'est « que provisionnelle, afin que les peuples eussent quelque chose de certain pendant que l'on travailleroit à la réformation générale »<sup>99</sup>. L'abbé considère que c'est « la meilleure voie qu'on pût tenir pour donner à la France de bonnes loix »<sup>100</sup>. Le droit coutumier a une place fondamentale dans la formation du droit français<sup>101</sup>.

\*

\* \*

Avec une réelle rigueur scientifique, Fleury livre une étude sur les sources du droit français, établit, sans opposition, les rapports entre le droit romain et les coutumes, et considère, avec un regard distancié, les positions des jurisconsultes de son temps. Il écrit une œuvre résolument moderne, dont plusieurs questions soulevées

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 71. La recherche des « bonnes loix » est « celle que les anciens Législateurs ont suivie. Platon dit que, comme les Etats ont été formés de plusieurs familles jointes ensemble, les loix ont été composées des coutumes de ces familles, entre lesquelles quelque sage a choisi les plus raisonnables pour les rendre communes à tout l'Etat, abolissant quelque chose de particulier à chaque famille dans les matieres moins importantes. On eût pû faire la même chose en France, considérant chaque petite Province comme une famille à l'égard de ce grand Etat. C'est ce que Dumoulin dit que l'on vouloit faire, lui qui le pouvoit sçavoir par une tradition prochaine; et Philippe de Comines semble le prouver, lorsqu'il dit que le Roi Louis XI desiroit fort qu'en ce Royaume on usât d'une coutume, d'un poids, d'une mesure, et que toutes les coutumes fussent mises en François dans un beau livre : ce sont ses termes. Il n'y a eu jusques à présent que la premiere partie de ce grand dessein exécutée, c'est-à-dire la rédaction des coutumes, encore s'est-elle faite fort lentement, et n'a été achevée que plus de cent ans après la mort de Charles VII » (*Ibid.*, p. 71-72). Cf. J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin [...]*, p. 114 s.

<sup>100</sup> C. FLEURY, *ouv. cité*, n°XXIII, p. 71; Cf. J. GAUDEMET, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>) », *La formazione storica [...]*, *ouv. cité*, t.I, p. 157-194; V. GUIZZI, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *TVR*, 1969, p. 1-46; J.-Ph. LEVY, « La pénétration du droit romain dans le droit français d'Ancien Régime », dans C. BONTEMPS (dir.), *Nonagesimo anno. Mélanges [...] Jean Gaudemet*, Paris, 1999, p. 475-499; J. MOREAU-DAVID, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil », *RHFD*, n°18, 1997, p. 125-157.

<sup>101</sup> Selon F. Hoarau, « l'absence de développements significatifs sur la coutume de Paris » serait la preuve que l'abbé « n'entendait nullement faire du droit coutumier - quand bien même ce droit aurait fait l'objet d'harmonisations - l'armature d'un droit français rationalisé et uniformisé, et qu'il ne tenta pas non plus de dégager un droit commun coutumier ». Sa démarche resterait ainsi « diamétralement opposée à celle de Coquille, pour qui la coutume constituait une loi formée par le peuple, fondée sur ses usages, sur sa façon de vivre » (F. Hoarau, *ouv. cité*, p. 175 et 179). Selon Coquille, cependant, si les coutumes constituent « notre vray droit civil; droit commun et originaire, et non survenu ou adventice », cela n'interdit pas de se référer au droit romain : « quand nos loix particulieres nous defaillent, nous avons recours aux Romains, non pas pour nous obliger precisément; mais pource que nous cognoissons qu'elles sont accompagnées, *imò* fondées en toute raison ». Ainsi, il convient de retenir « l'aide dudict droict civil des Romains, qui est fort propre pour exciter, pour exercer, et renforcer le sens, et jugement de chacun; afin de mieus entendre nos Coustumes, et pour nous servir és cas dont nos Coustumes ne parlent; afin de reigler nos advis » (G. COQUILLE, *Questions et Responses sur les Coustumes de France*, Paris, 1611, Quest.I, p. 3-4).

demandent encore à être éclaircies. À la fin de son œuvre, l'abbé indique que son étude rassemble ce qu'il a « pu recueillir de plus certain de l'histoire du droit françois » ; « si quelqu'un veut s'appliquer à cette recherche, je ne doute pas qu'il ne découvre beaucoup de choses qui me sont échappées faute de lumière et de travail »<sup>102</sup>. Et de conclure qu'il serait « content si ceux que leur profession oblige à sçavoir notre Droit, sont excités par cet écrit à en connoître les sources »<sup>103</sup>. *L'Histoire du Droit françois* est, en ce sens, un ouvrage pionnier<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> « Joint que ces sortes de connaissances qui dépendent des faits augmentent toujours avec le temps » (C. FLEURY, *Histoire [...]*, Éd. É. Laboulaye et R. Dareste, ouv. cité, t.I, p. 69-70).

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>104</sup> À cet égard, cf. J. KRYNEN, « Le droit romain [...] », p. 34; v. également ci-dessous la contribution de J. MOREAU-DAVID sur Claude-Joseph de Ferrière. Enfin, voir A.-M.-J.-J. DUPIN, *Précis historique du Droit françois, par Claude Fleury, avec la continuation depuis 1674 jusqu'en 1789*, Paris.

## GABRIEL VERRI ET LA « PASSION » POUR L'HISTOIRE DU DROIT EN LOMBARDIE

MARIA GIGLIOLA DI RENZO VILLATA

On ne pourra pas, dans le cadre de cet article, s'intéresser à tous les témoignages traitant de l'application avec laquelle les historiens et les juristes de la Lombardie ont retracé l'évolution du droit ou plus spécifiquement de leur droit, tel qu'il était pratiqué dans la vie quotidienne.

Notre intention est seulement de reconstruire une période particulièrement importante en Italie, où l'utilisation de la perspective historique et juridique, coïncidant avec l'attention portée aux aspects économiques et socio-politiques des États italiens, confère à l'histoire du droit une fonction précieuse d'intérêt général.

Gabriel Verri<sup>1</sup>, sénateur lombard père des plus renommés Pierre<sup>2</sup> et Alexandre, amis-ennemis de César Beccaria<sup>3</sup>, animateurs du « caffè », et représentants

---

*Professeur à l'Université de Milan.*

<sup>1</sup> À propos de l'auteur on peut lire les pages de U. PETRONIO, « Produzione e diffusione non universitaria della cultura giuridica a Milano agli inizi del Settecento. Il caso di Gabriele Verri », *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia, ius, studium*, vol.II, Alfonso Garcia y Garcia & P. Weimar (dir.), Goldbach, 1995, notamment p. 663, 672-673; mais v. aussi du même, « Un tentativo moderato di codificazione del diritto del processo civile e penale in Lombardia : il « Nuovo Piano » di Gabriele Verri », *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto), II, Firenze, 1977, spéc. p. 988; F. VENTURI, *Settecento riformatore*, notamment t.I, Da Muratori a Beccaria, Torino, Einaudi, 1969, rééd. Torino 1998, p. 648-659, où l'auteur est étudié dans le milieu socio-culturel milanais du XVIII<sup>e</sup> siècle et évalué quand même dans son apport à la science juridique plus proprement lombarde; mes essais, de « Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna », *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa* (Atti del Convegno di Varenna 12-15 juin 1979), Milano, 1980, p. 367-372, à « Sembra che [...] in genere [...] il mondo vada migliorando. Pietro Verri e la famiglia tra tradizione giuridica e innovazione », C. CAPRA (dir.), *Pietro Verri e il suo tempo*, t.I, Milano 1999, p. 147-270, *passim*; et, en dernier, « Verri, Martini e il Regolamento Giudiziario. Riflessioni sparse in tema di 'conservare' e 'distruggere' », *Studi di storia del diritto* III (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni dell'Istituto di storia del diritto italiano 27), Milano, 2001, spéc. p. 663 s.; et encore G. PANIZZA, B. COSTA, *L'Archivio Verri*, parte seconda. La « Raccolta Verriana », Fondazione Raffaele Mattioli per la storia del pensiero economico, Milano 2000, notamment p. 13-34 (avec une riche liste des œuvres publiées et surtout des inédits présents dans l'*Archivio Verri*).

<sup>2</sup> V. récemment le remarquable ouvrage de C. CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, 2002.

<sup>3</sup> V. au sujet de l'hostilité à un moment de leurs rapports G.P.MASSETTO, « Pietro e Alessandro Verri in aiuto di Cesare Beccaria : la risposta alle Note del Facchini », *Pietro Verri e il suo tempo*, t.I, Bologna, 1999, p. 289-351.

privilégiés des Lumières lombardes, occupe une place tellement essentielle parmi ceux qui se dédièrent au dix-huitième siècle à l'histoire du droit en Lombardie qu'il ne faut pas passer sous silence ses contributions.

Bien avant la sortie de l'essai le plus important *De ortu et progressu iuris mediolanensis prodromus*, qui fut publié en 1747, comme préface à la onzième édition inchangée des *Constitutiones dominii mediolanensis*<sup>4</sup>, Gabriel, vicaire de provision depuis 1727, défendait déjà avec passion et détermination les coutumes et les traditions locales. Celles-ci étaient alors exposées aux agressions du pouvoir viennois. En 1730, G. Verri s'opposa ainsi à un mode d'imposition qui se proposait de prendre comme assiette non seulement les revenus fonciers mais qui, sous la forme d'une capitation particulièrement lourde, frappait l'ensemble des paysans.

Il plaida leur cause à travers deux écrits où les arguments qu'il présentait s'inspiraient d'un esprit conservateur, tout en étant dictés par un sens pratique et un souci de justice : « Il faut toujours craindre les choses nouvelles lorsqu'elles sont universelles car l'expérience témoigne que le bouleversement des coutumes anciennes, notamment en matière d'impôts, est dangereux, voire fatal au bien commun ». Et de nouveau, en recourant aux *Annales* de Tacite : « L'expérience enseigne que *super omnibus negotiis melius et rectius fuisse olim provisum, et quae convertuntur in deterius mutari* »<sup>5</sup> (le renvoi à Tacite apparaîtra dans la consultation du Sénat milanais du 13 février 1753 en réponse à Marie-Thérèse qui exigeait la réforme du Tribunal suprême quant à l'organisation, au droit et à la procédure<sup>6</sup>). Ou bien, en rappelant la pensée de Juan Solorzano de Pereira, un auteur réputé de la deuxième Scholastique ayant un certain penchant pour le droit indien, il soulignait la nécessité d'adopter des solutions qui ne favorisent pas qu'un seul membre de la communauté mais qui soient en mesure de préserver l'intégrité du corps social, d'avantager tout le monde<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> G. VERRI, *De ortu et progressu iuris mediolanensis prodromus seu apparatus ad historiam iuris mediolanensis antiqui et novi*, qui dans l'édition précède les *Constitutiones dominii mediolanensis decretis et senatusconsultis nunc primum illustratae curante comite Gabriele Verro mediolanensi patricio [...] editio undecima*, sumptibus Joseph. Richini Malatestae, Mediolani, 1747. En 1764, Pio Mogno Fossati publiera la douzième édition des *Novae Constitutiones*.

<sup>5</sup> G. VERRI, *Dissertatio historico-legalis de capitatione rusticanae plebis*, Mediolani, 1730, p. 57.

<sup>6</sup> Consultation du 13 février 1753, par *His peractis*, dans ASMi (Milan, Archives d'État), Uffici giudiziari, p.a. cart.169 : « recte omnia a maioribus quoad iudiciorum formam ita constituta fuisse, ut mea tuendum sit, iuxta monitum Taciti, ea in deterius mutari si convertantur, neque eorundem iudiciorum praescriptam rationem anteverti posse, quin Constitutiones provinciales, quibus innituntur regia decreta wormatiensia, prima senatusconsulta quoque subvertantur ». Sur le passage, l'attention a été attirée par U. PETRONIO, *Il Senato di Milano*, Milano, 1972, p. 263-264.

<sup>7</sup> G. VERRI, *Dissertatio historico-legalis*, p. 57. On citait Juan de SOLORZANO PEREIRA, *De Indiarum iure*, cap.30 n°97, qu'on peut voir dans l'éd. C. BACIERO, Madrid, *Consejo Superior de investigacion cientificas*, 1994 : Je n'ai pas pu identifier le passage cité, pas plus dans l'édition ancienne Matritii 1629 que dans l'édition madrilène moderne. Au sujet de cet auteur et de l'importance de son oeuvre v. récemment M. BELLOMO, « Al di là dell'obbligazione contrattuale in Juan Solorzano y Pereira », *Rivista Internazionale di diritto comune* 14 (2003), p. 205-214.

Il était convaincu, en tant qu'homme attaché à la tradition, mais également pourvu — malgré son jeune âge — d'une importante expérience administrative, qu'un impôt destiné à grever sans distinction les paysans riches et pauvres était injuste et pouvait provoquer la ruine des plus démunis : une nouvelle imposition, même légère, était selon lui insoutenable pour des hommes qui étaient déjà obligés de payer l'impôt du sel et les taxes locales.

Je ne me pencherai pas sur les motivations économiques qui sont à l'origine de l'essai, que l'on mentionne ici seulement pour une meilleure compréhension du contexte d'où sort l'intervention du vicaire de provision. Je m'intéresserai plutôt à l'utilisation qu'il fait, dans un but pratique, de l'histoire du droit, celle-ci étant le fil rouge de sa *Dissertatio historico-legalis de capitatione rusticanae plebis* : l'auteur souhaite de cette manière reconstruire les origines très éloignées de la capitation en remontant à l'âge romain. En ce temps-là, la seule source en la matière était représentée par un texte constantinien transmis par le Code Justinien (*C. de capitatione civium censibus eximenda l. unica*<sup>8</sup>) et déjà présent dans le Code Théodosien. Au Moyen Âge, les juristes ne l'avaient cependant presque pas abordé dans leurs commentaires : « Bartolus, Baldus, Paulus de Castro et reliqui ex antiquioribus nostrae Jurisprudentiae Coryphaeis textum celeberrimum in *l. un. C. de capitatione civium Cens. exim.*, qui est fons huius materiae, a longe salutant »<sup>9</sup>. Par cette formule particulièrement éclairante, G. Verri met bien l'accent sur l'absence d'intérêt de la doctrine médiévale pour le sujet.

En nous exposant l'histoire de cet impôt au cours des siècles, il en dénie l'utilité et en souligne en particulier les dommages qu'il pourrait provoquer s'il était mis en œuvre : pour lui, la *capitatio* n'est justifiée ni par le droit divin ni par le droit de nature et encore moins par le droit civil, comme il le démontre en se rapportant aux principales sources législatives et doctrinales, parmi lesquelles l'édit du 1<sup>er</sup> décembre 1548, les *bans* des gouverneurs du Duché, les ordres royaux et ceux du sénat milanais, les auteurs du droit savant lombards et étrangers - y compris les Français du XVI<sup>e</sup> siècle (Jacques Cujas, François Connan etc.) -, la littérature latine classique et les textes bibliques<sup>10</sup>.

L'année suivante, son approche historico-juridique marque à nouveau ses *Memorie del rimpiazzo cioè raccolta delle cose appartenenti al militare alloggiamento nello Stato di Milano seguite agli anni 1707, 1716 e 1730, con una prefazione dell'origine e progresso del medesimo rimpiazzo*, qui portent encore sur des problèmes fiscaux.

Dans ce recueil de règlements, de consultations de la Congrégation d'État, de réponses du gouverneur au sujet des affaires du *rimpiazzo* (c'est-à-dire une sorte de contribution subrogatoire du logement militaire), il y a une préface où la valeur pratique de l'expérience des choses passées est soulignée. « Pourquoi, dit-il, connaître les coutumes, les rites, les guerres, les événements des Assyriens, des Perses, des Grecs, des Romains ou des peuples barbares et ne pas découvrir ce qui nous est propre, connaître au fond nos lois, rechercher par quelles maximes se régissaient nos ancêtres, retrouver les fondements des coutumes, des différends réglés ou

<sup>8</sup> Cf. C. 11.49.1

<sup>9</sup> G. VERRI, *Dissertatio historico-legalis de capitatione*, p. 1-2. Cf. CAPRA, *I progressi della ragione*, p. 45.

<sup>10</sup> G. VERRI, *Dissertatio [...] de capitatione*, p. 3 s., 43 s.

pendants avec le Fisc Royal, et ne pas garder en mémoire les privilèges, les prérogatives, les déclarations Royales en faveur de l'État ? Afin de pouvoir mieux conseiller il faut avoir ces lumières : qui peut bien exécuter s'il n'est pas mené par l'expérience des choses passées ? ».

Les *Memorie del rimpiazzo*, qu'on allait publier, satisfaisaient l'exigence d'aller au fond de la matière, de mettre en évidence les vrais principes piliers. Il lui faut reconstituer pour cela l'histoire du nouveau règlement établi par convention le 9 juillet 1731. Il s'agissait d'une loi immuable, perpétuelle, qui était établie afin de réglementer le logement des troupes régulières: en étudiant les travaux préparatoires (c'est un genre aujourd'hui bien cultivé) signifiait mieux comprendre les causes de la convention enfin conclue. Il fallait élargir les recherches non seulement au passé immédiat, c'est à dire aux années à partir de 1707, mais aussi à l'origine et à l'évolution du *rimpiazzo*. Il était pour cela nécessaire de remonter à 1548 afin de trouver l'origine de l'élargissement des types d'impôts: c'était à partir de cette date-là qu'il y avait eu l'introduction de la taxe dite le « mensuel » à la charge des peuples du Duché, qui l'avaient « accordée » à Charles V en 1548, mais à temps et à la condition de ne recourir à l'avenir à aucune autre taxe portant sur le logement des troupes<sup>11</sup>.

En 1732 les fonctions publiques de Gabriel Verri et sa culture ouverte ainsi à la perspective historique inspirent également le *Discorso intorno al nuovo progetto di ridurre i carichi dello Stato di Milano a un solo*, texte anonyme mais vraisemblablement de lui: écrit sur commande de la Congrégation d'État, afin de montrer une vérité connue par tout le monde car enseignée par l'expérience, comme il dit, à savoir que toutes les choses qui, après long usage, changent dans la République, empirent; Tacite et ses *Annales* soutiennent et donnent autorité à la maxime. Il s'oppose au projet de mettre au même niveau toutes les charges fiscales au nom de l'égalité qu'il juge sans utilité et injuste. La commission pour le nouveau cadastre des biens n'avait pas l'intention de maintenir les différences qui avaient été historiquement fondées; la Congrégation d'État, par la bouche de Verri, s'oppose à ce projet en s'appuyant sur de nombreuses sources anciennes: son propos se développe par conséquent de façon très érudite en entrelaçant Tacite et Aristote avec saint Thomas, droit romain et droit savant, la glose d'Accurse et Bartole, des auteurs plus récents lombards et italiens (Jean François Sannazzari della Ripa à côté de Bossius, de Menochius, de Garoni<sup>12</sup>, de Charles Jérôme Cavazzi della Somaglia, expert

---

<sup>11</sup> Cf. G. VERRI, *Mémorie del rimplazzo cioè raccolta delle cose appartenenti al militare alloggiamento nello Stato di Milano seguite agli anni 1707, 1716 e 1730, con una prefazione dell'origine e progresso del medesimo rimpiazzo*, Milano, 1731 : on peut lire une copie publiée sans date et sans préface à Milan, Università degli Studi, Fondazione Mattioli per la storia del pensiero economico, Archivio Verri (dorénavant AV), 314, cc. 90r-208v; avant cet exemplaire il y a la préface manuscrite (cc. 82r-89v), dont je parle dans le texte, avec les corrections autographes de la main de Gabriel.

<sup>12</sup> Sur ces auteurs, par hasard pas connus hors de l'Italie, cf. respectivement M. ASCHERI, *Un maestro del « mos italicus » : Gianfrancesco Sannazari della Ripa (1480 c.-1535)*, Milano, 1970; mon essai « Egidio Bossi, un criminalista milanese quasi dimenticato », *Ius Mediolani*, Milano 1996, p. 365-616; C. BERETTA, « Jacopo Menochio e la controversia giurisdizionale milanese degli anni 1596-1600 », *Archivio storico lombardo*, s. X, 3, 1977, p. 47-128; *Id.*, « Jacopo Menochio giurista e politico », *Bollettino Società pavese di storia patria*, 91, n. s.,

célébré de ce domaine<sup>13</sup>, de Ruini et de Mansi, de Novarius, de Giurba, de Jean Baptiste De Luca, de Sordi) ainsi qu'une grande part de doctrine étrangère. Dans ce domaine-là, Grotius et son *De iure belli ac pacis*, Pufendorf et son *De iure naturae*, Solorzano de Pereira et son *De Indiarum iure*, cité à côté de Bossius, Brunnemann, Ziegler, Kloch, Wesembeck, Knipschildt, Johann Marquart<sup>14</sup>, servaient à justifier la puissance des obligations souscrites par les Princes dans les siècles passés, qui restaient encore en vigueur malgré le transfert de la Principauté dans les mains d'autres souverains. Il s'agissait d'œuvres et d'écrivains que Verri connaissait et qu'il a mentionnés tout au long de sa pratique professionnelle et scientifique.

Les auteurs, qui représentaient la force de l'histoire, étaient utilisés afin d'aider l'avocat fiscal à démontrer l'évidence du refrain de Tacite, c'est-à-dire le fait qu'il ne faille pas changer; toutes les fois qu'on envisageait quelque changement que ce soit, il était aussitôt décidé de ne pas mettre en œuvre la réforme<sup>15</sup>.

---

43, 1991, p. 245-277; U. PETRONIO, « La burocrazia patrizia nel Ducato di Milano nell'età spagnola (1561-1706) », *L'educazione giuridica*, IV. *Il pubblico funzionario : modelli storici e comparativi*, 1. *Profili storici. La tradizione italiana*, Perugia, 1981, p. 353 s.; C. VALSECCHI, « L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo '500 : i Consilia di Jacopo Menochio », *Rivista di storia del diritto italiano*, 67, 1994, p. 205-282; *Ead.*, « Jacopo Menochio e il giurisdizionalismo tra Cinque e Seicento », *Studia Borromaeica*, 14, 2000, p. 93-116; au sujet de Angelo Stefano Garoni encore récemment mon essai « Tra leggi e scienza giuridica nella Milano d'ancien régime », *Bibliotheca Senatus Mediolanensis. I libri giuridici di un Grande Tribunale d'ancien régime*, Milano, 2002 : direction scientifique Antonio Padoa Schioppa-Gigliola di Renzo Villata, p. 59-98, *passim*.

<sup>13</sup> On citait de Charles Jérôme CAVAZZI DELLA SOMAGLIA : *Alleggiamento dello Stato di Milano per le imposte e loro dipartimenti*, Milan, Regia Ducal Corte, per Giovanni Battista e Giulio Cesare Malatesta, 1653.

<sup>14</sup> Caspar KLOCK avait écrit le *Tractatus nomico-politicus de contributionibus in Romano-Germanico Imperio et aliis regnis ut plurimum usitatis, in quo imperatoris rom., regum, electorum [...] aliaque iura [...] et in singulari fasciculo digestis consultationibus sive responsis prudentium [...] accurate et nervose enucleantur* (où il y avait aussi un recueil de conseils de différents auteurs), Breae, typis Villerianis, sumptibus haeredum Georgij Hoismani et Georgij Martini, 1634 (autre édition Francofurti, apud Casparum Waechterum et Sebastianum Rhonerum, 1656), mais aussi le *Tractatus iuridico-politico-polemico-historicus de aerario sive censu libri duo* (la deuxième édition était sortie à Nuremberg, « sumptibus Johannis Andrete et Wolfgangi Endteri jun. haeredum, 1671 »); Philipp Knipschildt était l'auteur du *Tractatus politico-historico-juridicus, de juribus et privilegiis civitatum imperialium, tam generalibus, quam specialibus, et de earundem magistratuum officio*, Ulmae, typis et sumptibus Georgii Wilhelmi Kuhnen, typis haered. Christiani Balthasaris Kuhnen reipubl. typogr., 1687 (mais il avait écrit aussi *De fideicommissis familiarum nobilium, sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur von Stammgütern tractatus*, Ulmae, typis et sumptibus Balthasari Kühnen, 1654, suivie par une autre édition : Ulmae, typis et sumptibus Balthasari Kühnen, 1661 et une autre Coloniae, sumptibus Sebastiani Ketteler, 1693, mais il y aura aussi deux éditions au XVIII<sup>e</sup> siècle, une Coloniae Agrippinae, sumptibus Jacobi Meyner, bibliopol. an der hoher Schmidt, 1735; Augustae Vindelicorum, typis et sumptibus Joannis Jacobi Lotteri haeredum, 1750); Johann MARQUART, *Tractatus politico-juridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Francofurti, ex officina Thomae Matthiae Götzii, 1662.

<sup>15</sup> On peut lire le *Discorso intorno al nuovo progetto di ridurre i carichi dello Stato di Milano a un solo* (daté du 1<sup>er</sup> mai 1732), dans le même volume *Progetto d'autore anonimo fatto alla Ecc.ma Real Giunta del nuovo censimento per la riduzione di tutti li Carichi Regi esistenti*

Profond connaisseur des problèmes de son temps au niveau international et du Duché, passionné d'histoire mais aussi attentif à la vie quotidienne de sa patrie, G. Verri nous démontre encore toutes ses capacités dans son essai *Memoria sugli avvenimenti del 1733 e della dominazione gallo-sarda nel Milanese scritta in forma di cronaca*. Les événements de ces années-là sont exprimés sous la plume de ce patricien comme les entrées d'un journal non dépourvu d'un amour pour le détail significatif: à la fois chroniqueur et expert, il rappelle à la mémoire non seulement les événements d'importance institutionnelle et politique des autres pays mais surtout les faits d'actualité de ce temps-là, en ajoutant çà et là son avis sur les hommes et les choses<sup>16</sup>.

La culture historique et juridique du personnage G. Verri s'exprime un peu moins dans les *Consulte* inédites du Comité de gouvernement dont il partagea la rédaction de 1742 à 1751; il y a néanmoins un document, appelé *voto segreto* du 27 mai 1743 au sujet de l'adjudication du sel, rédigé par la main – il semblerait – de Gabriel Verri, en une nuit seulement et transmis au marquis Jean Luc Pallavicini, en ce temps-là ministre délégué pour la Lombardie avec le comte Traun, qui laisse apercevoir les vastes connaissances de l'auteur: à côté de la doctrine de *ius commune* qui portait sur les questions abordées par la *consulta* (Larrea, Capecelatro, Pacioni etc.), l'avocat fiscal renvoie directement aux textes romains mais aussi, et de façon fréquente, au *De iure belli ac pacis* du fondateur de l'école de droit naturel<sup>17</sup>.

Mais c'est surtout dans *De ortu et progressu iuris mediolanensis prodromus* qu'il révèle ses talents d'historien du droit. Ce titre *De ortu et progressu* était souvent utilisé dans ces années-là de manière significative en variant selon les régions d'Italie et pouvait se vanter de précédents célèbres: il suffit de rappeler le *De origine iuris germanici* qu'Hermann Conring avait écrit au dix-septième siècle; et en Italie les *Origines iuris civilis* de Jean Vincent Gravina qui auront partout un grand succès<sup>18</sup>. En effet, c'était à peu près à la même période que l'intérêt pour l'histoire juridique de sa propre patrie était en train de se développer. À titre d'exemple le chanoine Francesco Maria Testa, dans sa nouvelle édition des *Chapitres du Royaume*

---

*presentemente nello Stato di Milano a un solo colla fissazione d'un metodo uniforme per l'universale Dipartimento, e Riflessioni della Ecc.ma Congregazione del medesimo Stato in opposto fatte presenti alla stessa Ecc.ma Giunta nell'entrante maggio 1732*, Milano 1732 (après le Projet, à Milan, Archives d'État, Censo, p.a., 5 (édition) et 351 (plusieurs témoins manuscrits et publiés). Cf. CAPRA, « il Settecento », dans D. SELLA, C. CAPRA, *Il Ducato di Milano dal 1535 al 1796*, Torino, 1984, p. 227-228; *Id.*, *I progressi della ragione*, p. 47-48. De TACITE, on mentionnait *Annales*, liv.15.

<sup>16</sup> Cf. « G. Verri, Memoria sugli avvenimenti del 1733 e della dominazione gallo-sarda nel Milanese scritta in forma di cronaca da mio padre, éd. F. Cusani », *Archivio storico lombardo*, 6 (1879), p. 643-684.

<sup>17</sup> Cf. G. VERRI, *Consulte*, dans AV, 323, ff.165r-171r. Les *Consulte* (1742-1747) sont conservées dans AV, 323 et 324 (v. PANIZZA, COSTA, *L'Archivio Verri*, parte seconda, p. 27).

<sup>18</sup> Sur l'ouvrage de CONRING *De origine iuris germanici* on peut lire les réflexions de A. MAZZACANE, « Hermann Conring e la costituzione germanica », *Diritto e potere nella storia europea* (Atti del quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto in onore di Bruno Paradisi), Firenze 1982, p. 567-610. Sur Vincenzo Gravina et ses ouvrages cf. notamment C. GHISALBERTI, *Gian Vincenzo Gravina giurista e storico*, Milano, 1962, *passim*. Des *Origines iuris civilis* voir aussi la dernière réimpression anast. par les soins de F. Lomonaco, Napoli, 2004.

*de Sicile*, qui recueille en deux volumes les chapitres promulgués à partir de Jacques d'Aragon jusqu'à Charles de Bourbon (1286-1738), écrit une préface brève mais riche d'idées. Tant le recueil que l'essai s'inspirent du discours idéologique qui prône l'affirmation du rôle du droit sicilien, différent du droit de la partie continentale du royaume (qui comprenait l'Italie du Sud) « fruit des coutumes de la nation et d'un constant accord avec les souverains qui s'étaient succédés »<sup>19</sup>.

Quant à la Lombardie, déjà dans la dédicace de l'œuvre au comte Jean Luc Pallavicini, depuis 1745 ministre plénipotentiaire chargé de la direction générale des États de Lombardie, le futur sénateur milanais (il était alors avocat fiscal) affirmait vouloir recueillir « certaines choses de notre droit (*de iure nostro*) au sujet de son origine et de son évolution »<sup>20</sup>: la locution *ius nostrum* revient avec une insistance presque obsédante et à mon avis est similaire à ce qui était nommé ailleurs *ius patrium*.

Juste après la dédicace, ici mentionnée, l'éditeur qui présente l'œuvre rappelle le concept de patrie : il n'y a pas de doute que dans ce contexte-là il s'agit du Duché de Milan. Mais c'est avant tout Gabriel Verri qui répare la lacune; il se plaint du retard du droit milanais et lombard par rapport aux autres villes d'Italie (« *pene omnes totae fuerunt in suis legibus illustrandae* » : presque toutes se dédièrent à exalter leur lois) malgré la prééminence de la *civitas nostra*, qui dépasse les autres. Il exprime ici sa passion pour Milan qui, à son avis, occupe la première place en Italie, en reconnaissant néanmoins la suprématie de Rome dans les esprits. Milan cependant n'a pas daigné depuis un siècle améliorer l'édition de ses lois. Maintenant, continue-

<sup>19</sup> Voir F. TESTA, *De ortu et progressu iuris siculi*, qui précède les *Capitula Regni Siciliae quae ad hodiernum diem lata sunt edita cura ejusdem Regni Deputatorum*, t.I, Panormi, 1741, réimpr. anast. sous la direction et avec une Introduction de A. ROMANO (Monumenta Iuridica Siciliensia, studio et cura Institutionum et Juris Historiae Instituti Messanensis Universitatis rectore et moderatore Andrea Romano, VI,1), Messanensis Studiorum Universitas, Rubbettino, 1999, p. IX-XXVII de l'éd.; sur cet ouvrage v. aussi D. NOVARESE, « Introduzione », dans C. di NAPOLI, *Concordia tra' diritti demaniali e baronali trattata in difesa del signor D. Pietro Gaetano*, Bologna, Strozzi..., réimpr. anast.éd. Chez Angelo Felicella, Palermo, 1744 (Monumenta Iuridica Siciliensia studio et cura Institutionum et Juris Historiae Instituti Messanensis Universitatis rectore et moderatore Andrea Romano, XII), Messanensis Studiorum Universitas, Sicania, 2002, notamment p. XXXVI; A. ROMANO, « Elementi genetici, evoluzione e fonti degli iura sicula », *Il diritto patrio. Tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Alghero 4-6 novembre 2004, Roma 2006 (les actes du congrès sont en cours de publication); et encore B. PASCUTA, *Placet Regie Maiestati. Itinerari della normazione nel tardo medioevo siciliano*, Torino, 2005, p. 46-62. Dans la *Praefatio [...] ad cupidam Sicularum Legum Juventutem* du chanoine Francesco TESTA, présente dans l'édition citée (à partir de la p. IV) la référence au *ius patrium*, dont les *Capitula Regni Siciliae* constituaient une partie intégrante, était fondamentale. À Naples — c'est un autre exemple — Carmine FIMIANI publiait les *Elementa iuris privati Neapolitani in duas partes tributa quibus vetus ac novum ius patrium ejusque origines, progressus et causae enarrantur*, Neapoli, Di Simone, 1782; après suivaient les *Elementa iuris feudalis communis et neapolitani libris tribus digesta in quibus rerum origines, causae [...] accedit commentariolus de subfeudis ex iure communi et patrio*, ex typographia Simoniana, Neapoli, 1787.

<sup>20</sup> Cf. Dedicace au comte Jean Luc Pallavicini, qui se trouve tout de suite après le frontispice des *Constitutiones domini mediolanensis decretis et senatusconsultis nunc primum illustratae curante comite Gabriele Verro mediolanensi patricio [...] editio undecima* [note 4].

t-il, il n'y a pas d'excuses si on ne prête pas attention au *ius patrium* : il y a un art de l'imprimerie bien développé, dont témoignent les éditions des *Rerum Italicarum Scriptores*, les œuvres de Charles Sigonius<sup>21</sup>, du numismate réputé François Mezzabarba Birago<sup>22</sup> et d'autres illustres écrivains, soignées par Philippe Argelati, et par les membres Palatins. Il y a surtout peu d'exemplaires des Nouvelles Constitutions : il serait inconvenant que nos lois si anciennes ne fussent pas transmises à la postérité autrement que par les quelques exemplaires qui subsistent auprès des amateurs des livres anciens, comme il peut arriver aux vieux poèmes agréables. Ici il s'agit du code du *ius provinciale*, indispensable tant aux magistrats, aux juges, aux avocats et aux *causidici*, qu'aux citoyens qui doivent le connaître, l'avoir à leur disposition.

Il peut sembler incongru - d'après le noble lombard - de mettre au même niveau notre Code de droit provincial et une pièce littéraire publiée en peu d'exemplaires désormais rares, tout comme il est inconvenant de se faire dépasser par l'autorité ecclésiastique. Celle-ci a, en effet, encore récemment publié les *Acta Mediolanensis ecclesiae Divo Carolo Authore Regente*, tandis que les lois de cette Principauté n'eurent pas la même chance – c'est un cri de douleur... La gamme des argumentations employées afin de justifier l'entreprise s'élargit ainsi au rapport de la compétition entre État et Église et au présumé déséquilibre causé par une condition inégale<sup>23</sup>.

Il prône une nouvelle réimpression, la onzième après les dix dont il dresse une liste riche de détails. C'est que ces textes peuvent être comparés, sans craindre d'exagérer, à la jurisprudence romaine – ce sont les mots que Gabriel écrira plus tard, vers 1760, lorsqu'il rédigera pour le gouvernement les *Memorie storico-politiche della Lombardia Austriaca presentate alla Reale Altezza dell'Arciduca Giuseppe*, actuellement inédites. Mais il y a une autre raison encore qu'il souligne, à savoir le fait que le domaine milanais vient d'élargir son territoire jusqu'à incorporer

<sup>21</sup> À propos de l'auteur et de son poids dans la formation d'une tradition historiographique 'civile' cf. S. BERTELLI, *Erudizione e storia in Ludovico Antonio Muratori*, Napol. 1960, p. 272; *Id.*, *Ribelli, libertini e ortodossi nella storiografia barocca*, Firenze, 1973, p. 64-65, 159; P.PRODI, « Storia sacra e controriforma. Nota sulle censure al commento di Carlo Sigonio a Sulpicio Severo », *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 3 (1977), p. 78, 82, 99-100.

<sup>22</sup> À propos de l'auteur cf. F. ARGELATI, *Bibliotheca Scriptorum Mediolanensium*, II.2, Mediolani, 1745, coll.2127-2128. V. récemment F. MISSERE FONTANA, « Francesco Mezzabarba Birago (1645-1697) tra collezione ed erudizione numismatica nella Milano del Seicento », *Rivista Italiana di numismatica e scienze affini*, 101 (2000), p. 159-215. Sur la *Società Palatina* voir L. VISCHI, « La Società Palatina di Milano », *Archivio Storico Lombardo*, s. I, a. VII (1880), f.3, p. 391-566.

<sup>23</sup> G.VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus* [note 4], p. VI. Les *Acta Ecclesiae Mediolanensis a Sancto Carolo cardinali S. Praxedis archiep.Mediolan. condita, Federici cardinalis Borromaei archiepiscopi Mediolani jussu undique* étaient auparavant accessibles dans une édition lyonnaise « ex officina Anissoniana et Joan. Posuel » de 1683, en deux volumes; lorsque Verri écrivait, était disponible une édition, sortie à Bergamo en 1738, intitulée *Acta ecclesiae Mediolanensis a Sancto Carolo cardinali S. Praxedis archiep.Mediolan. condita, Federici cardinalis Borromaei archiepiscopi Mediolani jussu undique diligentius collecta, et edita [...] editio novissima, addita septima provinciali synodo.*

les régions de Mantoue, de Parme et de la campagne de Plaisance autrichienne<sup>24</sup>. Il était donc nécessaire d'étendre la connaissance du droit provincial aux nouvelles populations soumises.

Les Nouvelles Constitutions sont partie intégrante du *ius nostrum* (notre droit) qui comprend d'une part le droit provincial et d'autre part le droit municipal. L'utilité du second est alors accentuée car les municipalités vivent non seulement selon les lois communes mais aussi selon leurs lois propres en fonction de la condition de leurs habitants, des époques, des usages, des lois, des choses: de cette façon, chaque municipalité privilégie la poursuite d'intérêts généraux comme la conservation, l'agrandissement, l'intégrité, la sécurité de la communauté organisée dans le respect de ce qui fait sa spécificité<sup>25</sup>.

Gabriel Verri ne se limite pas seulement à ces réflexions mais il soutient également avec véhémence une interprétation extensive des normes, s'inscrivant ainsi dans une tendance qui s'était développée en Europe au seizième siècle. En allant contre la doctrine traditionnelle qui considérait les normes comme *strictae intelligenda* (à soumettre donc seulement à une interprétation restrictive) il tend à élargir leur sens normatif: c'est pourquoi, remarque-t-il, le droit municipal est plus ancien que le droit romain ou, plus exactement, que le droit romain en tant que droit commun. De plus, semble-t-il dire, le premier n'a rien à envier au droit romain car il est équitable, juste et conforme aux coutumes: « Cur quaeso tam severe, restrictiveque procedimus in Jure nostro? An quod iniquum sit, aut ineptum? Stulti sumus, si id putamus. An vero quod Jus Romanum praecellat? At cur Statuta habemus: [...] Profecto sapientissima sunt, et moribus consentanea. Cur ergo Juri nostro maxime colendo, atque ampliando injuriosi adhuc sumus? Erimusne semper? »<sup>26</sup>.

Il n'est donc pas nécessaire, selon lui, de se référer au très éloigné sixième siècle,

<sup>24</sup> G. VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus* [note 4], p. VI: « Nobiscum enim adiunctis nuperrimo anno MDCCXLV. Mantuae, Parmae, et Agri Placentini Provinciis, eisque propterea Juri Provinciali Mediolani veluti sociali felici auspicio subjectis, incommoda nimis fuisset exemplarium penuria, turpis autem, et a novae societatis jure omnino aliena observandarum Constitutionum ignoratio. Itaque de nova editione a Viris Clarissimis, qui tum temporis Insubriae moderandae praerant, actum est, demandatumque mihi, in eam ut diligenter incumberem [...] »; encore G. VERRI, *Continuazione delle Memorie storico-politiche della Lombardia austriaca presentate alla Reale Altezza del Serenissimo Arciduca Giuseppe nato Principe d'Ungheria, e Boemia dal conte Gabriele Verri R.D. Senatore di Milano già Consigliere Reggente nel Supremo Consiglio d'Italia l'anno MDCCLXI*, AV, 340, p. 230-231. D'autres témoins à Wien, Oesterreichische Nationalbibliothek, 5541, f.185 s.; un exemplaire remanié est présent à Milan, Biblioteca Nazionale Braidense, ms. A.F.XI.13 (Continuazione [...]); la première partie est conservée dans A.E.XIII.28). Des renseignements au sujet de l'emplacement de l'ouvrage à Vienne à l'Oesterreichische Nationalbibliothek et à Milan à la Biblioteca Nazionale Braidense, dans U. PETRONIO, *Il Senato di Milano*, p. 335, n°81.

<sup>25</sup> G. VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus* [note 4], p. XXVIII.

<sup>26</sup> *Ibidem*, Praefatio, cap.I, §LXV, p. LXI: « Non video quare Statuta illa, quae vel condita sunt antequam Jus Romanum pro communi acciperetur, vel originem traxerunt a consuetudine antiquiore, avara interpretatione, ut solet, sint contrahenda ». Sur les règles alors appliquées en matière de *ius proprium*, voir Piano MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Milano, 1956, *passim*, et encore M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969.

lorsque la compilation de Justinien s'était formée, mais au moment de la renaissance juridique qui avait rempli le Barreau et les écoles et qui s'était très bien adaptée aux coutumes d'Italie en « imposant silence aux autres lois », écrit-il. Bien avant, à l'époque du haut Moyen Âge, l'histoire du droit nous enseigne, « ut compertum fit ab Historia iuris, qua docemur [...] », que le droit romain était appliqué *pro libito*, au gré des circonstances et n'était pas commun aux Insubres: « quilibet enim quo iure vellet iudicari, quove viveret, ex arbitrio profitebatur, ita demum, ut filius Romanam aliquando legem, pater vero Salicam observaret ; qua in re celebratissimum est prae caeteris inclytæ Mathildis exemplum, quæ saeculo XI. Patris sui comitis Bonifacii legem non sequebatur; is enim legem Salicam professus erat, quum ipsa viveret lege Langobardorum »<sup>27</sup>. Les sources qu'il utilise ici sont tirées des œuvres alors contemporaines de Sigonius et de Muratori diligemment cités<sup>28</sup>.

Il déduit ainsi que les statuts plus anciens, ou s'inspirant de normes plus anciennes, ont plus d'autorité; il faut donc les suivre absolument et en élargir le sens, même s'ils dérogent au droit romain, reçu comme droit commun à un moment où les statuts étaient déjà observés.

Quant au droit provincial, il en célèbre la grande autorité afin qu'on puisse le représenter en tant que *ius commune secundarium* (droit commun secondaire), en comparaison avec le droit romain, droit commun primaire : au niveau le plus haut de la hiérarchie des sources (il occupe la place principale) selon l'opinion générale des docteurs, il y avait les principes du droit provincial qui étaient les fondements de la république et qui formaient le droit public milanais.

Pour améliorer les conditions du système législatif, qui avait besoin d'être réformé, selon l'avis de Verri, il faut mettre en œuvre quatre projets. Suit une liste mettant en évidence un recueil complet des bans des gouverneurs résumés et disposés en ordre : il s'agit ainsi de réunir dans un seul corps tous les actes législatifs qui étaient pour la plupart éparpillés chez les particuliers et cachés dans leur bibliothèques, voire couverts de poussière.

Il est facile de rappeler les pages immortelles, au moins pour les Italiens, de l'ouvrage *Les fiancés* de Manzoni, liées au personnage de Azzecagarbugli, le chicanier, qui recherche parmi les papiers de son bureau le ban adapté à l'affaire de Renzo, dont se dégage le procès de sédimentation des bans, leur inaccessibilité ou leur accessibilité insuffisante, leur caractère fragmentaire, représentés avec ironie.

Il est également utile, selon Verri, de rassembler les Ordres Royaux qui avaient été recueillis en partie seulement et qui étaient, pour le reste, éparpillés. D'après Verri, il est encore plus urgent de rétablir l'usage du droit des statuts, destiné, selon la hiérarchie des sources juridiques, à réguler les situations propres aux régions et à leurs habitants: on doit le tirer du « vieillissement » dans lequel il est tombé. Verri prévoit pour ce faire de retoucher et d'actualiser les coutumes de la patrie. Toutefois, il s'agit de refaire ce qui a été mené à bien dans le passé, c'est à dire le classement et la réimpression destinées à éliminer les normes obsolètes, à recueillir les normes en

<sup>27</sup> *Ibidem*, Praefatio, cap.I, §LXV, p. LX : « [...] invaluit enim dignitas Romani Iuris, quod quum Forum et Scholas impleret, moribusque Italarum magis accomodatam esset, aliis proinde legibus silentium indixit [...] ».

<sup>28</sup> V. L.A. MURATORI, *Antiquitates italicæ Medii Aevi*, Mediolani, 1739, réimpr. Bologna, 1965, dis.22, col.274.

vigueur en s'inspirant de la concinnitas, de la brièveté. De cette manière, on peut tendre à supprimer les ambiguïtés, les points obscurs de la loi, afin que le sens profond de la loi (c'est une question d'une extrême importance) soit mis en valeur.

Il se soucie beaucoup du *ius proprium*, le droit des coutumes, dans le cadre d'une activité de réforme du droit, mais ce que Verri projette est non seulement la conservation des coutumes mais aussi leur configuration traditionnelle, expression d'autonomie et de particularisme, de droit multiple et détaillé, utile et nécessaire, manifeste d'une idéologie conservatrice propre aux gens de robe. Il s'agit là d'une position différente de celle de Muratori, qui était presque insensible au charme de l'extrême particularisme provoqué par les coutumes, que Verri n'hésite pas à souligner.

Le recours à l'histoire du droit se fait ainsi dans une perspective de valorisation de l'identité juridique propre: c'est à travers la capacité de reconstruction du passé que l'on connaît mieux le présent. Voilà pourquoi il est particulièrement intéressant, selon G. Verri, de s'intéresser à l'origine du droit municipal, c'est-à-dire au droit des coutumes de Milan, et d'en faire l'histoire non seulement en s'occupant du droit mais aussi des événements politiques, des guerres, de la destruction de la ville, des luttes qui avaient divisé Milan en factions à l'époque communale, de l'avènement des Seigneuries des Torriani et des Visconti etc. : il résume brièvement plusieurs siècles d'histoire milanaise en employant les sources mises à disposition par les meilleurs écrivains d'histoire de la patrie, comme Tristano Calco, Donato Bossi, Galvano Fiamma. À travers le retour au propre passé on peut découvrir les racines très éloignées des statuts dans les lois gothiques, saliques, lombardes, franques, romaines, qui sont à leur origine, dit-il; il permet ainsi d'établir un lien étroit entre l'idée de patrie et les origines historiques qui représentent la cohésion et l'esprit de communauté.

À propos des origines des statuts, Verri s'oppose tout de suite à Muratori, le premier lettré d'Italie — comme il l'appelait<sup>29</sup> — en démontrant que les coutumes ne furent pas élaborées seulement à partir de la paix de Constance, comme le célèbre historien-juriste de Modène l'avait affirmé, mais bien avant; il montre en effet qu'il y avait de nombreuses coutumes avant ce moment-là: les normes attribuées à Géraud Cagapisto<sup>30</sup> en 1170 furent en effet insérées intégralement dans le Livre des

<sup>29</sup> V. lettre de Gabriel Verri à Muratori Milan datée du 9 novembre 1747, maintenant dans *Edizione nazionale del carteggio di L.A. Muratori*, vol.45, éd. M.L. Nichetti Spano, Firenze 1982, n°XXX, p. 223 s.

<sup>30</sup> Plusieurs détails dans le riche essai de G. ANDENNA, « Una famiglia milanese di « cives » proprietari terrieri nella pieve di Cesano Boscone : i Cagapisto », *Contributi dell'Istituto di storia medievale*, vol.II, *Raccolta di studi in memoria di Sergio Mochi Onory*, Milano, 1972, p. 641 s. et déjà G. SOLDI RONDININI, « Cagapesto (Cagapisti, Pesto, Pisti) », *Dizionario biografico degli Italiani*, XVI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1973, p. 279-282; enfin mon essai « La formazione dei Libri feudorum (tra pratica di giudici e scienza di dottori...) », *Il feudalesimo nell'Alto Medioevo* (8-12 aprile 1999 : Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo XLVII), Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2000, p. 651-721. Voir au sujet du vieux différend entre les moines et les chanoines de St.Ambroise : G. BISCARO, « Note e documenti santambrosiani », *Archivio Storico Lombardo*, IV, 2 (1904), p. 302-359, notamment p. 316. Pendant les années passées l'on a développé des recherches très précises pour reconstruire les différentes phases de la querelle (v. A. AMBROSIONI, « Il Monastero di S. Ambrogio nel XII secolo tra autorità

coutumes de 1216<sup>31</sup> sous le titre de la location. Le *Liber consuetudinum Mediolani* est vraiment l'objet de toute l'attention du juriste-fonctionnaire lombard, qui en décrit le contenu des rubriques dans le détail, comme témoignage du rôle de l'ancienne coutume dans l'origine et la formation du droit municipal milanais<sup>32</sup>.

Cependant G. Verri va trop loin lorsqu'il fait remonter les premières coutumes à l'âge d'Otton le Grand, selon la théorie de Sigonius : au dixième siècle il y avait sûrement des consuetudines locales, premier indice de cette autonomie communale qui commençait à bourgeonner ici ou là, mais en revanche il n'y avait pas d'exemples de vraies coutumes, au sens propre du terme, qui sont le produit d'une organisation politique accomplie.

De la même façon, il exagère par esprit excessif de conservation et, j'oserais dire, rétrograde, en s'opposant à Muratori qui se plaignait à bon droit des trop nombreuses coutumes réglemantant en ce temps-là l'Italie et qui considérait ce phénomène comme extrêmement dangereux pour les peuples.

C'est avec le même penchant conservateur et un peu « patriotique » qu'il place Obertus de Orto avant Irnerius et le célèbre comme l'inventeur du droit féodal<sup>33</sup> : Obertus de Orto, qui était aidé par son collègue Géraud Cagapisto, est donc, selon Verri, un inventeur, il eut de la créativité, de l'originalité; Irnerius en revanche est simplement un *reparator iuris civilis*, un restaurateur du droit civil.

G. Verri aborde avec plus de sagacité les *professiones iuris*; sur ce sujet-là, en suivant cette fois les traces de Muratori, il souligne les *professiones* arbitraires et contradictoires qu'on employait au onzième siècle et le déclin de cette pratique pendant le treizième siècle. Il écrit en résumé que cette pratique arbitraire, qui fut

---

universali e forze locali », *Il Monastero di S. Ambrogio nel Medioevo. Convegno di studi nel XII centenario : 784-1984*, Milano, 1988, p. 47 s., avec riches références bibliographiques); P. CLASSEN, *Studium und Gesellschaft im Mittelalter* hsg. von J. FRIED (Schriften der Monumenta Germaniae Historica 29), Stuttgart, 1983, notamment p. 58; A. PADOA SCHIOPPA, « Aspetti della giustizia milanese dal X al XII secolo », *Atti dell'11° Congresso Internazionale di studi sull'Alto Medioevo (Milano, 26-30 ottobre 1987)*, I, Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 1989, p. 529-530; 545-547.

<sup>31</sup> Cf. éd. F. BERLAN, dans *Historiae patriae monumenta, Leges Municipales*, tom. II pars prior, ex Regio Typographeo apud fratres Bocca bibliopolas Regis, Augustae Taurinorum, 1876; déjà auparavant une édition était parue par les soins du même auteur intitulée *Liber consuetudinum Mediolani anni 1216 ex Bibliothecae Ambrosianae codice nunc primum editus [...]. curante prof. Francisco Berlan*, ex Officina Jacobi Agnelli, Mediolani, 1866; mais maintenant on emploie l'éd. E. Besta, G. Barni, *Liber consuetudinum Mediolani anni 1216, nuova ed. interamente rifatta*, Giuffrè, Milano, 1949. Sur les rapports avec les *consuetudines feudorum* v. K. Weymann, *Vergleichung der lehnrechtlichen Capitel des Mailandischen Stadtrechts von 1216* (Francesco BERLAN, *Le due edizioni delle consuetudini di Milano*, Venezia 1872. *Historiae patriae monumenta, Leges Municipales*, tom. II pars prior 1876) mit dem *Liber feudorum*, Berlin, 1887.

<sup>32</sup> G. VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus* [nt.2], p. XVIII-XIX, XXXVII, XXXIX-LXI. BERLAN, *Liber consuetudinum Mediolani anni 1216 ex Bibliothecae Ambrosianae codice nunc primum editus [...]. curante prof. Francisco Berlan* (cité à la note 31), republiait en 1866 les pages du *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus* qui viennent juste d'être mentionnées (p. 89-105).

<sup>33</sup> On peut voir sur ce personnage mon essai « La formazione dei Libri feudorum (tra pratica di giudici e scienza di dottori [...]) », notamment p. 655-693.

appliquée pendant longtemps disparut peu à peu au treizième siècle tandis que le droit romain acquérait plus de vigueur, grâce –ajoute-t-il quand même – au développement croissant des droits locaux et provinciaux.

Dans la pensée de Verri, grâce à sa culture juridique et à son penchant pour l'histoire (et, c'est presque inutile de le dire, pour l'érudition), les détails historiques sur les *insubricae gentes*, les gens de l'Insubrie, remontent beaucoup plus loin dans le passé que ce qu'on pourrait penser en parcourant de nouveau les étapes du développement du droit municipal en Lombardie, puisqu'il décrit les moments spécifiques de la naissance d'un droit municipal qui puise sa source dans le Moyen Âge le plus profond.

Ces origines antiques favorisent un sentiment de patriotisme, de commune appartenance à une tradition qui vit dans les âmes (dans certains écrits, la patrie semble un lieu de l'âme). Il faut au moins citer la célèbre devise : *Insubres sumus, non latini*. Ces mots expriment bien l'objectif: on veut avec force raffermir un lien avec la tradition autochtone, qui se concrétise et s'exprime de manière significative dans les lois. Celles-ci seront d'autant plus appréciées qu'elles sont plus anciennes que le droit romain commun.

Pour l'auteur, il ne s'agit pas, de cette façon, de sous-estimer le rôle du droit commun. Dans la pensée de Gabriel Verri, la volonté de conservation d'un régime défendu pour son ancienneté et l'exigence instinctive de révision d'un système juridique qui montrait à ses yeux de nombreuses défaillances se mêlent dans une vision de la question législative riche de trouvailles originales<sup>34</sup>.

Le droit commun – le conte ne le méconnaît pas malgré les critiques provoquées par les interprétations contradictoires et l'obscurité des normes qui en découle –, grâce aux principes d'équité naturelle qui l'inspiraient, aux affinités avec le droit de nature et à sa capacité de satisfaire les exigences d'une société civile ouverte aux relations avec les autres peuples, réussissait alors à compenser les lacunes d'un système défaillant entre autres dans trois domaines: le procès, le testament et le contrat : « Romanis vivimus legibus, quin propriis Constitutionibus careamus, atque ad illas tunc demum confugimus, quum ab istis nil constitutum fuisse comperimus, quod saepenumero contingit [...] Jus [...] commune fere omne vel ad Judicia, vel ad ultimas voluntates, vel ad contractus refertur. Atque hoc idem Jus commune, in quo sublimioris philosophiae, aequitatisque naturalis electa semina continentur, maxime consentaneum visum est civili societati, et juri naturae prorsus affine non solum ad fovenda mutua officia Civium, eosque arctius in Reipublicae corpus colligandos; sed ad coniungendas quoque vicissim societates, praesertim finitimas, quemadmodum humani commercii necessitas deposcit, ut naturae, industriaeve fructus per vices conferantur. Ideo Romanorum clarissimae leges vigent adhuc, quod fuerint aliquando receptae, nec unquam repudiatae; idque consensui voluntatique Populorum, non Principis alicuius potestati tribuendum est, atque earum excellentiam utilitatemque commendat »<sup>35</sup>.

G. Verri compose un panégyrique modéré du droit romain soutenu dans sa force

<sup>34</sup> G.VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus*[nt.2], p. CXIX. V. pour la référence à cette phrase bien connue par les historiens « lombards » : F. VENTURI, *Settecento riformatore*, notamment tome 1 [note 1], p. 652.

<sup>35</sup> G.VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus*[nt.4], Praefatio, cap. I, §X, p. XXVII.

par le consensus et la voluntas populorum (les positions reçues de Arthur Duck et de Donato Antonio d'Asti, motivées à la fois par des raisons intrinsèques d'excellence et d'utilité qui en conseillaient l'adoption)<sup>36</sup>. À ce moment-là il pense de la même façon que Pompeo Neri, qui exprimait les mêmes idées dans le Grand-Duché de Toscane en 1747: la similitude extraordinaire de leurs réflexions<sup>37</sup> fait penser qu'ils proviennent tous les deux d'un milieu culturel commun. Mais si le droit romain mérite une place de choix, assurée de nouveau selon le « néo-humanisme juridique » qui en Italie rencontra alors plusieurs adhésions, c'est le droit municipal et son histoire, c'est-à-dire l'histoire du droit milanais à travers les siècles que l'on va aborder. L'attention est portée sur les premières normes et institutions, sur les premières rédactions des *statuta* et leur contenu juridique; ensuite sur les changements des siècles suivants; enfin sur les *Novae Constitutiones* dont Verri fait l'histoire, sans omettre la liste des auteurs qui s'étaient occupés des *Constitutiones* en les enrichissant de commentaires<sup>38</sup>.

De la littérature lombarde du dix-huitième siècle, il ne subsiste pas un traité de droit coutumier lombard qui soit aussi bien construit, aussi riche de données et systématique, aussi complet que celui de Gabriel Verri: c'est pourquoi il mérite, à mon avis, une place d'honneur parmi les maîtres de notre discipline, parmi les pionniers de notre domaine, à l'image du plus ancien Aymar de Rivail<sup>39</sup>, un français

<sup>36</sup> V. auparavant A. DUCK, *De usu et autoritate juris civilis Romanorum, per dominia Principum Christianorum*, Londini, 1689 (réimpr. anast.Forni, 1971). Après sur cet ouvrage et pour un encadrement historique de ces deux essais, y compris le livre de Donato Antonio d'ASTI *Dell'uso e autorità della ragion civile nelle Provincie dell'Impero Occidentale*, publié à Naples en deux volumes entre 1720 et 1722, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, p. 331-334. Sur le second, voir: D. MARRARA, « Donato Antonio d'Asti e la polemica pandettaria tra Guido Grandi e Bernardo Tanucci », *Bernardo Tanucci statista letterato giurista*, Napoli, 1986, p. 157-179; A. MAZZACANE, « D'Asti, Donato Antonio », *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXIII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1987, p. 11-13.

<sup>37</sup> V. V. Piano MORTARI, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. 18.*, Napoli, 1971 (on peut lire maintenant l'essai de Piano Mortari, non les *Discorsi* par Pompeo Neri, dans une réimpression intitulée *Itinera juris. Studi di storia giuridica nell'età moderna*, Napoli, 1991, p. 439-547, notamment p. 471 note 117.

<sup>38</sup> G. VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus*[nt.4], p. LXIV-CXIV (sur les *Statuta*), CXV-CXLV (sur les *Novae Constitutiones*), CXLVI-CLIV (sur les commentateurs des *Novae Constitutiones*).

<sup>39</sup> Voir déjà F.C. von SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI, Berlin, 1850, réimpr. Darmstadt, 1961, p. 449-452 (le grand historien du droit exprime à propos de l'ouvrage un jugement sévère); R. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, München-Leipzig 1880, p. 335; E. von MOELLER, « Aymar du Rivail. Der erste Rechtshistoriker », *Historische Studien*, Heft 56, Berlin, 1907; P.F. GIRARD, « Les préliminaires de la renaissance du droit romain », *Revue historique de droit français et étranger*, s.IV, 1, 1922, p. 39; R. ORESTANO, « Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI », *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Atti del I Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto), Firenze, 1966, p. 399-400; D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956, p. 65, 81-82, 127, 138-139. Tous les auteurs ici nommés tendent à mettre en relief surtout l'originalité du choix de l'objet du texte, mise en évidence par l'utilisation du terme *Historia* dans le titre. Un encadrement à l'intérieur du développement de l'école de Pavie dont Aymar du Rivail est issu, dans mon

qui étudia à Pavie et qui composa, au début du seizième siècle, deux Histoires de droit civil et de droit canonique, et qui était élève de la même école à laquelle Alciat appartenait, c'est à dire celle de Jason de Maino.

On comprend donc bien pourquoi Verri incite Pasquale Garofali, alors titulaire de la chaire d'histoire du droit, introduite à Pavie à la suite d'autres nouveautés, à s'occuper dans le cadre de son cours non seulement de l'histoire des droits romain, grec, canonique et féodal mais aussi de l'histoire du droit municipal : « quod potiori sane ratione expetendum esse videretur, quum iure non nisi Romano in subsidium vivamus, eo que utamur dumtaxat nostro deficiente iure, quod priore loco propositum nobis atque observandum esse dubitet ? ». En effet, le préambule du décret du 23 janvier 1747 du gouvernement autrichien qui avait institué l'enseignement en justifiait l'insertion dans le cadre des études par son utilité afin que la formation du juriste fuisse la plus complète possible: il fallait l'étude de l'histoire, conduit selon les exemples et la méthode de Jean Vincent Gravina et d'Adam Struve, pour approfondir, améliorer la connaissance du droit civil<sup>40</sup>.

Le sénateur lombard eut peu de chance à cet égard, car Garofali semble n'avoir jamais enseigné, à tel point que lorsqu'il cesse d'exercer, en 1757, à l'Université de Pavie, le salaire qu'il avait reçu sans donner de cours est destiné à améliorer l'organisation de l'enseignement supérieur dont les autorités autrichiennes espéraient un bouleversement<sup>41</sup>.

---

essai « Scienza giuridica e legislazione nell'età sforzesca », *Gli Sforza a Milano e in Lombardia e i loro rapporti con gli Stati italiani ed europei (1450-1535)* (Convegno Internazionale Milano 18-21 maggio 1981), Milano, 1982, p. 105-106. Réemment, avec un regard beaucoup plus détaillé et attentif, J.-L. FERRARY, qui a dédié deux essais au personnage (« Un juriste français étudiant à l'Université de Pavie : Aymar du Rivail », *Bollettino della Società pavese di storia patria*, 95,1995, p. 163-166; *Id.*, « Naissance d'un aspect de la recherche antiquaire. Les premiers travaux sur les lois romaines, de l'*Epistula ad Cornelium* de Filelfo à l'*Historia iuris ciuillis* d'Aymar du Rivail », *Ancient History and the Antiquarian. Essays in Memory of Arnaldo Momigliano* (éd. M. H. Crawford, C. Ligota), Warburg Colloquia 2, The Warburg Institute - University of London, 1995, p. 33-72. De l'*Historia iuris civilis* on connaît une première impression vers 1515 à Valence, suivie par d'autres à Magonza vers les années trente du XVI<sup>e</sup> siècle et encore une autre.

<sup>40</sup> V. ASMi, Fondo Studi, p.a., cart.417 : cf. Zorzoli, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle riforme : 1772-1796*, Milano, 1980, p. 16.

<sup>41</sup> G. VERRI, *De ortu et progressu juris mediolanensis* [note 4], *Prodromus*, Praefatio, §XLI, p. XIX. V. à cet égard mon « Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna » [note 1], p. 372-373. Lorsque Verri écrivait, Garofali venait juste d'être appelé à occuper une chaire à l'Université de Pavie, où formellement il conservera sa charge jusqu'à 1757 : v. *Memorie e documenti per la storia dell'università di Pavia e degli uomini più illustri che vi insegnarono*, partie I *Serie cronologica dei professori dell'Università di Pavia dal 1362 al 1752*, Pavia, 1877-1878, réimpr. anast. Bologna, 1970, p. 98; mais voir pour les détails de la vie de ce professeur, qui laissa la chaire parce qu'il n'accomplissait pas ses devoirs professionnels, A. VISCONTI, « L'opera del governo austriaco nella riforma universitaria durante il ventennio 1753-1773 », *Contributi alla storia dell'Università di Pavia*, Pavia, 1925, p. 192-193; encore M.C. ZORZOLI, « La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia (1535-1796) », *Storia di Pavia*. IV vol. t.I, L'età spagnola ed austriaca, Banca Regionale Europea, Pavia, 1995, notamment p. 497, maintenant *Studi di storia del diritto*, I (Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di storia del diritto italiano), Giuffrè, Milano, 1996, notamment p. 395.

Néanmoins dans les années suivantes les étudiants de loi à Pavie pourront apprendre l'histoire du droit en écoutant les cours de Jacques Parodi qui, professeur de « Pandette », instruisait les jeunes aussi dans le droit féodal et dans l'histoire, et du marquis Belcredi, professeur de droit féodal très diligent dès 1769 jusqu'à 1796. Ce dernier nous a laissé le plan de son cours qui partageait l'histoire des sources en cinq sections, les trois premières sur la période jusqu'à Justinien, la quatrième sur la codification de Justinien concluant l'histoire de la jurisprudence romaine en Occident, la cinquième sur la restauration des lois romaines et la découverte des Pandectes à Amalfi, selon la légende alors admise, les glossateurs, les commentateurs et les partisans de Cujas pour aller enfin aux temps modernes. Belcredi ne sautait pas le haut Moyen Âge et les lois barbares car il en traitait dans le section de son cours dédiée notamment au droit féodal<sup>42</sup>.

Cette brève parenthèse fermée, en revenant à Verri, c'est après le *Prodromus* et l'édition des *Novae Constitutiones* que sa tendance néo-humaniste se révéla véritablement, à travers la publication (en 1748) d'un autre ouvrage *De titulis et insigniis temperandis dissertatio fiscalis*<sup>43</sup>, où il fit également montre de toute son érudition en se référant aux sources classiques romaines, littéraires et juridiques, aux grands interprètes comme Bartole dont il citait le traité *De insignis et armis*<sup>44</sup>, et Lucas de Penne, Menochius et De Luca, ainsi qu'à l'inévitable «longe eruditissimus» Muratori: il faisait ainsi en la matière largement référence à la littérature humaniste, qui avait cultivé les sources historiques.

Mais son être passionné pour l'histoire plutôt que par son rôle de Sénateur et... les besoins de la Monarchie autrichienne de connaître de manière approfondie la situation des pays soumis à une mémoire historique fabriquée de toutes pièces sont la clé pour interpréter un autre de ses ouvrages, les *Memorie istorico-politiche della Lombardia austriaca*, terminées en 1761 et ainsi que l'*Istoria della Lombardia austriaca*, accomplie en 1766. Pour lui, cet essai est une opportunité pour exprimer ses idées à propos de l'histoire. Dans la Préface de l'*Istoria* il commence par l'éloge des œuvres historiques et donc de l'histoire qui est destinée à enseigner au Prince le bon gouvernement et au citoyen le savoir-vivre. Il ébauche une histoire qui envisage de montrer par les exemples d'autrui la mauvaise route du vice menant à l'abîme afin d'en détourner les imprudents et la droite route de la vertu afin d'inciter à la suivre. Mais G. Verri se sert de l'enseignement d'Alciat, le maître milanais qui au seizième siècle avait exercé en France, en lui donnant une valeur différente.

L'histoire du droit sert, dans ce cas, à souligner l'idée de la nécessaire conservation du droit ancien. Il ne veut pas en effet de nouveautés : lorsque le gouvernement autrichien ordonne au sénat de Milan de changer la structure, il écrit en réponse : « a novitate abstinendum »<sup>45</sup>. La volonté du Sénat de conserver l'ancienne tradition se

<sup>42</sup> Cf. A. VISCONTI, « L'opera del governo austriaco nella riforma universitaria durante il ventennio 1753-1773 », *Contributi alla storia dell'Università di Pavia*, Pavia, 1925, p. 192-195; on peut lire le plan de Joseph Gaspard Belcredi dans ASMi, Fondo Studi, p.a., Università di Pavia, Uffici. Professori, cart.449 : Belcredi Giuseppe Gaspare.

<sup>43</sup> *In Regia Curia typis Joseph Richini Malatestae regii typographi*, Mediolani, 1748.

<sup>44</sup> Cf. P.VERRI, *De titulis et insigniis temperandis dissertatio fiscalis*, Mediolani, typis Joseph Richini Malatestae, 1743, p. 40 et 46.

<sup>45</sup> Consultation du 13 février 1753, par. Alterum, f. 7r, dans ASMi, Uffici giudiziari, p.a., cart.169.

manifestait à l'époque de façon éclatante par un avis défavorable donné à l'abrogation de la pratique de la torture par l'Édit de Marie-Thérèse mis en vigueur dans les États Héritiers de l'Autriche<sup>46</sup>. Et de fait, Verri, patricien-juriste qui partageait le penchant de son corps institutionnel, le patriciat, et du Sénat n'aimait pas la nouvelle vague, mais c'était un homme très sage, un juriste très apprécié, un amateur de l'histoire, un amateur de l'histoire du droit.

L'insistance sur l'histoire et sur l'histoire du droit - on vient de le souligner - est de toute évidence présente dans les *Memorie storico-politiche della Lombardia austriaca* : dans le chapitre dédié aux lois et aux magistrats de la Lombardie autrichienne, il trace une fresque 'impressionniste' de l'histoire du droit au XVIII<sup>e</sup> siècle, en partant des origines de la société civile. À cet égard, il s'inscrit dans la lignée des réflexions hobbesiennes et, plus généralement, de l'école du droit de la nature : pour lui, les hommes, au début libres, sont poussés par la méchanceté et les violences de leurs semblables à former une société et à se mettre sous l'autorité d'un Chef pour obtenir la tranquillité publique. Le maintien de l'État nécessite l'établissement de lois qu'il faut respecter pour le bien commun, et de magistrats qui en assurent l'obéissance. romaine et de la Gaule cisalpine, des colonies et des municipes, les unes soumises aux lois des Romains, les autres pourvues de normes propres d'où vient l'expression « droit municipal ». Ensuite il résume brièvement plusieurs siècles d'histoire institutionnelle et juridique en soulignant d'un côté la survivance du droit romain pendant le haut Moyen Âge et de l'autre le procès de formation des lois lombardes et des capitulaires francs destinés, selon lui, à exercer une influence décisive sur le droit municipal des villes lombardes qui ont leurs racines dans le droit des peuples du nord. Après il traite de l'origine de l'école de Bologne, les Pandectes une fois reçues; il nous présente Pepo, à l'origine de leur réception, Irnerius auteur de gloses, que « certains écrivains veulent milanais »<sup>47</sup>, leurs deux disciples Martinus et

<sup>46</sup> Voir S. DI NOTO MARRELLA, « Le letture dei giuristi. Aspetti del dibattito sulla tortura nel Consiglio di Giustizia di Mantova (1772) », *La Leopoldina* 10, Milano, 1990, p. 39-174; PETRONIO, *Il Senato di Milano*, notamment p. 257 s..

<sup>47</sup> Cf. G. VERRI, *Continuazione delle Memorie storico-politiche della Lombardia austriaca* [24], f.193 s. : v. notamment pour l'origine d'Irnerius f.f.210-211 (dans l'exemplaire de la Biblioteca Nazionale Braidense, ms. A.F.XI.13, f.66r). Au sujet de l'origine d'Irnerius, italienne ou allemande ou plutôt un mélange, E. SPAGNESI, *Wernerius Bononiensis Iudex. La figura storica d'Irnerio*, Firenze, 1970; et G. DOLEZALEK, « réc. de E. Spagnesi, Wernerius Bononiensis Iudex », *ZSS*, RA 88 (1971), p. 493-497; K.W. NÖRR, « Zur Herkunft des Irnerius », *ZSS*, RA 81 (1965), p. 327-329; G. PACE, « Garnerius Theutonicus. Nuove fonti su Irnerio e i 'quattro dottori' », *Rivista Internazionale di diritto comune* 2 (1991), p. 123-133 (aussi *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia, ius, studium*, vol. I curantibus Alfonso García y García- Peter Weimar, Goldbach, 1995, p. 91-102); E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale, I Il basso medioevo*, Roma 1995, notamment p. 58, où on n'exclut pas qu'il soit d'ascendance allemande bien qu'on admette qu'il s'agissait d'un nom désormais assimilé par les usages italiens, qui n'était plus guère trouvable dans les documents de l'Italie du centre-nord; plus récemment G. MAZZANTI, dans l'introduction à *Guarnerius Iurisperitissimus, Liber divinarum sententiarum*, éditeur G. Mazzanti, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto, 1999, notamment p. 74, a adhéré à l'opinion qui penche au contraire pour « Garnerius Theutonicus », même si dans l'introduction sont soulignés les liens de l'ouvrage attribué à Irnerius (le *Liber divinarum sententiarum*) avec la réalité milanaise, mis en évidence par l'intervention supposée par Mazzanti de l'archevêque de Milan Petrus Crosolanus dans la transcription du colophon et par la présence à Milan de deux manuscrits

Bulgarus, l'un ennemi de l'autre, qui enseignaient la plaidoirie à l'université et au Barreau selon des doctrines différentes. Le penchant de Verri pour l'humanisme juridique trouve ici un appui éloquent. La suite de l'histoire des sources et des écoles, des glossateurs aux commentateurs, et enfin des humanistes, est tressée de critiques sur la méthode du bartolisme, créant plus de confusion que de clarté.

Un pêle-mêle d'intérêts politiques et culturels, semblables à ceux que nous avons observé dans les autres essais, s'exprime aussi en 1765 dans la *Deduzione storico-legale del Marchesato di Pregola e sue appartenenze*, écrite par Gabriel, désormais en pleine maturité, sous les ordres supérieurs et donnée le 9 février 1765 à la Cour Autrichienne par le ministre plénipotentiaire comte de Firmian : elle porte sur l'appartenance à l'Empire du fief de Pregola, qui était réclamé par le Royaume de Sardaigne et même par l'État de Milan<sup>48</sup>.

À travers un discours très serré et solidement argumenté, en s'appuyant sur plusieurs sources documentaires, dont mentionne aussi l'origine, en véritable et scrupuleux historien du droit, il reconstruit l'histoire institutionnelle du territoire de la Couronne de Lombardie à partir des premiers temps, des Gaules celtiques aux Romains, des Goths aux Lombards, des Francs il aux Germains (c'était une histoire, nous l'avons déjà vu, qu'il connaissait bien). Il en souligne plusieurs fois la soumission à l'Empire, attestée par de nombreuses investitures – au moins treize par les Empereurs qui s'étaient succédés à travers les siècles – afin d'en déduire l'appartenance du marquisat de Pregola aux domaines impériaux et, en particulier, au Royaume de Lombardie. Cela fut une habile opération politique diplomatique, très pragmatique, menée en asseyant la position plaidée sur beaucoup de preuves tirées par l'histoire. G. Verri témoigne à ce moment-là encore d'un élan tout à fait vif et extraordinaire pour les anciennes sources que l'on publiait afin d'en promouvoir la connaissance et d'inciter à l'amour pour la patrie. Il utilise donc principalement – il le fait sans épargner ses forces – Muratori et les *Antiquitates italicæ Medii Aevi*, ses *Annales*, Sigonius et ses *Historiae de Regno Italiae*, mais aussi Lünig avec son précieux *Codex diplomaticus*, les auteurs plus proprement milanais, qui avaient écrit sur Milan, son histoire et ses institutions, de Bernardino Corio à Bartolomeo Calco, de Benaglio dont on citait la *Relazione del Magistrato di Milano*, à Ambroise Oppizzone qui avait lié sa réputation à un traité consacré aux charges fiscales. Il ne manque pas de recourir à l'École du droit naturel, à commencer par Grotius et par les auteurs allemands de droit public et de droit féodal qui lui servent à soutenir son raisonnement.

Si dans la pensée de Gabriel Verri le penchant pour l'histoire du droit et l'histoire tout court va de pair avec un esprit de conservation et de valorisation du vieux régime, afin de promouvoir la croissance d'une conscience d'identité juridique « lombarde », les mêmes passions, cultivées par ses fils, Pierre et Alexandre, bien qu'ils soient liés par certains côtés au passé, également patriciens mais hommes des Lumières, qui appartiennent à une autre génération plus ouverte au futur, les portent

---

(le Y 43 sup. et D. 40 sup. ), depuis leurs origines au XII<sup>e</sup> siècle, et conservés à la Bibliothèque Ambrosienne dès son institution.

<sup>48</sup> Un exemplaire est conservé chez AV, 334.1 e 334.2. Voir à ce point de vue PANIZZA & COSTA, *L'Archivio Verri*, parte seconda, p. 32.

en revanche au dépassement, à la réforme de l'ancien système des sources, désormais vu comme cause de chicane, d'injustice, en attendant un nouveau « prince philosophe législateur » qui peut bien changer les choses et simplifier le droit...<sup>49</sup> Mais le cheminement des idées n'est pas rapide; il y aura encore plusieurs années avant que le nouveau fasse irruption.

---

<sup>49</sup> Je pense à certaines pages de *Il caffè*, écrites notamment par Alexandre Verri, où il y a un résumé d'histoire du droit afin de mettre en évidence tous les vices du système en vigueur; aux ouvrages historiques d'une part de Pierre Verri qui écrit la *Storia di Milano* (v. éd. Milan 1850), en rivalisant avec le père, à Alexandre d'autre part, auteur du *Saggio sulla storia d'Italia* (éd. B. Scalvini, Roma, 2001). À cet égard, concernant l'aspect plus proprement juridique, que l'on me permette de citer mes essais « Giuristi, cultura giuridica e idee di riforma nell'età di Beccaria », Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa (Convegno di studi per il 250<sup>e</sup> anniversario della nascita promosso dal comune di Milano), Bari, 1990, notamment p. 241 s.; « “Sembra che il modo vada migliorando”. Pietro Verri e la famiglia tra tradizione giuridica e innovazione », *Pietro Verri e il suo tempo* (Convegno ottobre 1997), Milano, 1999, p. 147-270; VERRI, « Martini e il Regolamento giudiziario. Riflessioni sparse in tema di “conservare” o “distruggere” », *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2001, p. 641-718; « Un buon giudice, un buon giurista, un buon legislatore. Pietro Verri, Spannocchi e il ‘Sistema Giudiziario’ », *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P.Massetto (dir.), Milano, 2003, p. 831-913.



## CLAUDE-JOSEPH DE FERRIERE, UN PRÉCURSEUR ?

JACQUELINE DAVID-MOREAU

L'histoire du droit est une matière juridique dont la création en tant qu'enseignement ne remonte qu'à l'année 1859. Pourtant plusieurs tentatives avaient été faites depuis 1800, qui avaient toutes échoué. Dès le Consulat en effet, des cours « d'histoire et antiquité du droit » avaient été proposés par l'Académie de législation et par l'Université de jurisprudence, ces instituts supérieurs privés créés respectivement en l'an X et en l'an XI pour suppléer la suppression des Ecoles de droit durant la Révolution<sup>1</sup>. L'Empire, avec la loi du 22 ventôse an XII, qui créait les Ecoles de droit, avait mis fin à l'expérience mais n'avait prévu que l'enseignement des codes. La Restauration n'était pas restée indifférente à la question : en 1819, Royer-Collard<sup>2</sup>, alors président du Conseil de l'Instruction publique au Conseil d'État, avait proposé dans le but d'enrichir les études juridiques, la création de plusieurs chaires dans les facultés de droit, dont une « d'histoire philosophique du droit romain et du droit français »<sup>3</sup>. La politique ayant éloigné Royer-Collard du pouvoir, le cours n'avait pas vu le jour, et la chaire avait été supprimée en 1822 « par préterition ». Sous la monarchie de Juillet, Salvandy, ministre de l'Instruction publique avait tenté à son tour de faire élaborer un programme plus ambitieux que le programme institué par la loi de ventôse an XII. Une commission des Hautes études de droit devait proposer « un enseignement philosophique du droit comprenant toutes les parties élevées de la science, remontant au droit antérieur à toute législation ». Cet enseignement aurait compris des leçons de droit romain, de droit ecclésiastique, de vieux droit français etc. Le ministère ayant changé, le projet n'avait pas eu le temps d'aboutir, mais Salvandy retrouvant son portefeuille en 1845, avait alors proposé un projet plus limité, dans lequel figurait néanmoins un cours « d'histoire du droit ancien et moderne ». C'est la Révolution de 1848 qui avait mis

---

*Professeur à l'Université René Descartes Paris V.*

<sup>1</sup> P.REMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX<sup>ème</sup> siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, la publication prend le nom de *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* (désormais *RHFDSJ*), n°2, 1985, p. 92 s. Cf. *Jurisprudence générale Dalloz*, v° « Organisation de l'Instruction publique ». Voir également C. CHENE, « La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles », *Annales [...]*, n°2, 1985, p. 60-61.

<sup>2</sup> Pierre-Paul Royer-Collard (1763-1845), juriste de formation, est nommé en 1811 professeur d'histoire de la philosophie à la Sorbonne. Il est directeur de la Librairie en 1814, entre au Conseil d'Etat en 1815. Il y est affecté à la Section de législation. Il est révoqué en 1820 pour ses prises de position politiques. M. BARBET, « Notice biographique », *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, 1974, p. 305-306.

<sup>3</sup> P.REMY, *Ibidem*.

fin à cette ambition<sup>4</sup>. L'objectif était pourtant justifié car l'introduction de l'Histoire du droit, tout comme celle de matières « modernes » : le droit constitutionnel, l'économie politique ou le droit maritime, apparaissait comme une volonté d'offrir aux étudiants une formation scientifique supplémentaire propre à élever le niveau des études de droit consacrées jusque là aux matières de droit positif au sens strict de l'époque (droit romain, droit privé, droit public et droit criminel). Le tout était largement dominé par l'exégèse du Code civil.

Ces échecs de la création de cours d'Histoire du droit sont pourtant contemporains de l'apparition d'un courant historique, sans doute inspiré de l'école historique allemande, conduit entre 1820 et 1830, par les fondateurs de la *Thémis*, Jourdan et Ducaurroy. Quand la revue disparaît, le flambeau est repris par les collaborateurs de la *Revue Foelix* et de la *Revue Wolowsky*, qui continuent le combat des partisans de l'histoire du droit<sup>5</sup>. Ce courant est également illustré par H. Klimrath, dont la thèse *Essai sur l'étude historique du droit* est un témoin de cette nouvelle préoccupation scientifique<sup>6</sup>.

Ainsi, malgré des intérêts croisés et simultanés, la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle ne voit pas la mise en place d'un enseignement systématique d'Histoire du droit. Il faut attendre 1855 pour que la matière apparaisse dans les « spécialités » du concours de l'agrégation nationale qui assure désormais le recrutement des professeurs<sup>7</sup>. Ces spécialités sont alors le droit privé, le droit public, l'histoire du droit et l'économie politique. En 1859 toutefois, l'enseignement d'histoire du droit n'est créé qu'à Paris et à Toulouse. Pourtant, l'on peut dire qu'en un sens les tentatives de Royer-Collard et de Salvandy n'ont pas été vaines : elles ont sans doute préparé les esprits.

Créer un cours d'histoire du droit dans les facultés de droit, est en effet une véritable innovation car un tel enseignement ne figurait pas parmi les cours professés dans les Ecoles de droit de la fin de l'Ancien Régime. Il ne semble pourtant pas que le sujet ait été absent des préoccupations des juristes de ce temps. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est le droit romain, source du droit positif, que l'on enseigne dans les universités. Il semble par ailleurs que toute étrangère qu'elle soit à cet enseignement, l'histoire romaine soit en vogue<sup>8</sup>. La fin du siècle en est l'illustration : la Révolution et plus encore l'Empire vont puiser abondamment dans les concepts et dans la sémantique romaine. L'idée d'État est depuis longtemps au cœur des discours. En parler sans se référer au droit romain, mais également à l'histoire romaine, n'est pas envisageable. Les penseurs politiques des Lumières n'abordent pas pour autant l'Antiquité sous l'angle de l'histoire du droit. On sait pourtant que les professeurs de droit du XVIII<sup>e</sup> siècle qui enseignent le droit civil, introduisent leur cours d'*Institutes*, le cours de première année, par de brefs mais nécessaires développements historiques<sup>9</sup>. En outre, un professeur de la Faculté de droit de Paris, Claude-Joseph de Ferrière, publie en

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 97-99.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 102-103.

<sup>6</sup> J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, 2001, p. 371.

<sup>7</sup> P. REMY, *ouv. cité.*, p. 95.

<sup>8</sup> J. PORTEMER, *RHFDSJ*, n°7, 1988, p. 27.

<sup>9</sup> M.-A. LEMASNE-DESJOBERT, *La Faculté de droit de Paris aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, éd. Cujas, 1966, p. 83.

1719 une *Histoire du droit romain*<sup>10</sup>. Il la présente comme « un préliminaire » à la traduction qu'il a révisée des Institutes de Justinien autrefois donnée par son père.

Claude-Joseph de Ferrière fait en effet partie d'une dynastie de professeurs de droit. On en recense quatre générations. Quand on parle de Ferrière, il faut toujours préciser et indiquer quand on le peut, le prénom de celui auquel on a affaire, car de 1690 à 1789, il y aura toujours un professeur de Ferrière en activité. Les deux premiers d'entre eux sont les plus connus. C'est le père, Claude de Ferrière et son fils Claude-Joseph, notre auteur, parfois prénommé Joseph<sup>11</sup>. Ce que l'on sait des deux autres tient en quelques lignes. Un docteur agrégé de l'Université de Paris, « Ferrière, médiocre rejeton d'une illustre dynastie », comme le qualifie M. Rials<sup>12</sup> meurt durant l'été 1789; il n'a toujours pas été remplacé au début de l'année 1791. Il pourrait se prénommer Antoine<sup>13</sup> ou Jean-Antoine. L'Abbé G. Ferriès<sup>14</sup> signale à plusieurs reprises la présence de docteurs membres de cette famille dans des jurys de thèses de la faculté, en 1736, 1760, 1764, 1765, 1768, puis en 1780 et 1786, sans que l'on puisse savoir exactement de qui il s'agit car les prénoms de ces assesseurs n'apparaissent pas. De même, un « de Ferrière », docteur régent, rédige avec un de ses collègues un rapport s'opposant au transfert de la Faculté de droit de Paris à Versailles en 1779<sup>15</sup>. C'est sans doute lui qui disparaît au début de la Révolution.

La vie, les œuvres et la réputation des deux premiers, Claude et Claude-Joseph de Ferrière, sont étroitement mêlées. On connaît assez bien celles du père. Claude de Ferrière est né en 1639 et mort en 1714. C'est un homme sûr de lui, ses préfaces en témoignent<sup>16</sup>. Certains critiques le disent sensible au gain<sup>17</sup>, c'est un auteur

<sup>10</sup> Publiée à Paris, chez Durand, 584 p. Nous utilisons l'édition de 1783, « revue, corrigée et augmentée », sans que soit indiqué le nom du continuateur de l'ouvrage.

<sup>11</sup> CAMUS et DUPIN, *Profession d'avocat, Bibliothèque choisie des livres de droit, par Camus, revue et augmentée d'un grand nombre d'articles et de notices biographiques par Dupin Aîné*, t.2, Paris, 1832. C'est ainsi qu'il est présenté p. 10 de cet ouvrage, à propos de ses additions aux *Vies de jurisconsultes* de P.TAISAND, n°42.

<sup>12</sup> S. RIALS, « Un épisode de l'agonie de la Faculté des droits de Paris sous la Révolution : Les docteurs agrégés parisiens à la barre de la Constituante », *RHFDSJ*, n°7, 1988, p. 47; M. RIALS indique qu'il tient l'information de M. G. ANTONETTI.

<sup>13</sup> CAMUS et DUPIN, ouv. cité, n°1485, p. 324, indiquent l'existence d'un *Traité des tutelles* d'Antoine de FERRIERE, paru à Toulouse en 1766. Les dernières éditions du *Dictionnaire de droit et de pratique* de Claude et Claude-Joseph de FERRIERE sont également éditées à Toulouse.

<sup>14</sup> L'Abbé G. PERIES, *La Faculté de droit dans l'ancienne université de Paris (1160-1793)*, Paris, 1890, p. 270-275.

<sup>15</sup> Ch. JOURDAIN, *Histoire de l'Université de Paris au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Hachette, 1862-1866, p. 469.

<sup>16</sup> Dans la préface à sa *Nouvelle Institution coutumière*, il n'hésite pas à écrire : « Je me persuade sans préventions que [cet ouvrage] sera bien reçu du public, nonobstant le sentiment de quelques-uns, qui ne jugent jamais bien des ouvrages d'autrui dans le dessein de passer pour d'habiles gens, ou qui croient s'attirer de l'estime en condamnant d'erreur les sentiments des autres, ou faire valoir leurs ouvrages sur la coutume de Paris que le public ne goûte pas, en publiant que ceux d'autrui lui font déshonneur, en la remplissant d'obscurité et de confusion ». Un tel texte est manifestement destiné à des personnes qui ont dû à l'époque se reconnaître. La notice donnée par l'abbé G. PERIES, ouv. cité, p. 260 est très explicite sur son caractère.

infatigable. Il commence à écrire des ouvrages juridiques alors qu'il est docteur et avocat, devient docteur agrégé à la Faculté des droits de Paris en 1690, postule pour une chaire de professeur à Bourges, mais il est appelé à Reims en cours d'épreuve, en 1695, pour se voir attribuer une chaire de droit civil et de droit canon, à laquelle vient très vite s'ajouter la chaire de droit français que le chancelier Boucherat lui confie. Le cumul de trois chaires est alors possible. Ces activités ne l'empêchent pas d'écrire dix-huit ouvrages, de droit romain, de droit français, de droit ecclésiastique, des traductions et des commentaires comparatifs de ces droits. Ses biographes lui reprochent d'avoir écrit un trop grand nombre d'ouvrages au détriment de leur qualité, car ils ne les jugent « pas assez travaillés »<sup>18</sup>. Selon Dupin, « Joseph » de Ferrière aurait dit des *Institutes de Justinien* traduites par son père : « qu'on souhaiterait dans les ouvrages de Ferrière beaucoup moins de vitesse et plus d'exactitude »<sup>19</sup>.

Claude-Joseph de Ferrière est manifestement moins bien connu. Né, semble-t-il en 1680, il meurt en 1747. Devenu professeur en 1703, il a occupé pendant quarante-quatre ans une chaire à Paris et il a été doyen des professeurs pendant vingt-huit ans<sup>20</sup>. Il est connu pour avoir remanié tous les ouvrages de son père, qu'il a d'ailleurs amplement développés, et s'il a écrit peu d'œuvres qui lui soient propres, il nous a en revanche donné l'*Histoire du droit romain* qui nous occupe.

La famille de Ferrière a donné à l'enseignement du droit des docteurs agrégés, des professeurs, un professeur de droit français, un doyen et syndic des professeurs (en 1726)<sup>21</sup>. Elle a eu l'honneur de voir le tableau d'un de ses membres, l'ancêtre Claude, accroché dans une des salles de la nouvelle faculté de droit en 1788. P. Viollet indique en effet l'existence « d'un portrait de Claude Deferrière (sic), qui, sans avoir professé à Paris, se rattachait par ses origines et ses relations à l'École de Paris »<sup>22</sup>. Le tableau disparaît pendant la Révolution.

---

<sup>17</sup> A. TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine, contenant son origine et ses progrès depuis la fondation de Rome jusqu'à présent*, Paris, 1750, p. 483. « Le projet de faire en même temps les deux professions [docteur en droit et avocat] ne lui ayant pas apparemment paru assez vaste pour lui fournir une honnête subsistance, il s'avisa d'adjoindre le métier d'auteur à ces deux emplois. Le succès de ses premiers ouvrages et l'espérance qu'il pût obtenir un poste avantageux qu'il croyait mériter le flattèrent au point qu'il négligea de postuler en l'année 1680 une des places d'agrégé qui furent alors établies dans la faculté des droits ».

<sup>18</sup> A. TERRASSON, ouv. cité, p. 484; MICHAUD (dir.), *Biographie ancienne et moderne*, 1856, t.14.

<sup>19</sup> CAMUS et DUPIN, ouv. cité, t.2, n°589, p. 108.

<sup>20</sup> G. ANTONNETTI, « Traditionalistes et novateurs à la Faculté des droits de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Annales d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n°2, p. 38-42.

<sup>21</sup> Ch. JOURDAIN, *Histoire de l'Université de Paris au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1862-1866. JOURDAIN, p. 345, indique en effet : « Le syndic de la Faculté de droit, Joseph de Ferrière, avait indiqué les dépendances du Collège Sainte-Barbe, qui comprenait un vaste emplacement encore non utilisé ». Il s'agissait alors, en 1726, de construire une bibliothèque de l'Université. A cette date, Claude-Joseph était déjà doyen.

<sup>22</sup> P. VIOLLET, « La bibliothèque et les archives de la Faculté de droit de Paris (XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>) », *Bulletin de la société d'histoire de Paris*, 1912, p. 218. Viollet précise « une salle que je crois être celle qu'on appelle aujourd'hui salle des Actes ».

C'est pourtant une famille très critiquée, sur laquelle les juristes contemporains et leurs successeurs s'acharnent. Camus et Dupin se sont illustrés dans cette activité. À propos des *Commentaires de droit français* de Claude de Ferrière, Camus note : « On se servira de la compilation de Ferrière comme d'un répertoire pour ce que les autres ont dit. Il n'y a d'estimé dans son livre que ce qui n'est pas de lui »<sup>23</sup>. À propos de sa *Nouvelle Institution coutumière*, « Monsieur de Ferrière n'était pas assez fort jurisconsulte pour composer une institution coutumière »<sup>24</sup>. Les auteurs sont généralement plus indulgents pour le fils, Claude-Joseph. A. Terrasson, un concurrent pourtant, écrit : « Les ouvrages de cet auteur [le père], ont acquis plus d'exactitude par le soin que Claude-Joseph de Ferrière son fils a pris de les revoir [...] quelques personnes ont prétendu que ce dernier a plus grossi les écrits de son père qu'il ne les a corrigés. Mais je ne puis m'empêcher de convenir que les dernières éditions données par le fils sont préférables à celles données par le père »<sup>25</sup>. Terrasson après avoir présenté des auteurs comme le grand Cujas, s'attarde sur des jurisconsultes de moindre importance parmi lesquels les Ferrière, et remarque avec lucidité que « leurs ouvrages ne laissent cependant pas que d'être d'un plus grand usage (sous-entendu que ceux de Cujas etc.) dans les universités et les tribunaux » et il explique peu après « les plus sévères de leurs critiques ne s'en servent pas moins que ceux qui s'en sont toujours déclarés partisans »<sup>26</sup>. Au XIX<sup>e</sup> siècle, Tardif, exécutera néanmoins Claude-Joseph dont il dit : « il n'aurait écrit que deux petits traités sans importance », parmi lesquels son *Histoire du droit romain* qu'il qualifie ainsi : « Ce n'est presque qu'une traduction de Vincent Gravina »<sup>27</sup>.

Si nous avons affaire à des professeurs qui publient et dont nous connaissons la production, les travaux anciennement menés sur la Faculté de droit de Paris, ou sur l'Université de Paris nous donnent par ailleurs des indications sur les services d'enseignement de Claude-Joseph de Ferrière<sup>28</sup>. On connaît les thèmes de certains de ses cours<sup>29</sup>, on sait quelles questions il a posées lors de concours de recrutement aux

<sup>23</sup> CAMUS et DUPIN, t.1, p. 69.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>25</sup> A. TERRASSON, ouv. cité, p. 484.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Il continue : « On regarde les écrits de cet auteur [le père] comme très utiles pour les étudiants en ce qu'on y trouve les définitions assez nettement présentées. Les personnes plus expérimentées s'en servent aussi quelque fois comme de répertoires où l'on trouve les matières indiquées », mais il modère la louange en précisant très vite « bien entendu que comme ils ont été faits avec trop de précipitation pour qu'ils puissent être exacts, il serait dangereux de s'y fier sans recourir aux sources qu'ils indiquent ».

<sup>27</sup> A. TARDIF, *Histoire des sources du droit français*, Paris, 1890, p. 498. Camus et Dupin auront encore une piètre opinion de J. de Ferrière qui réédite en l'augmentant la *Vie des jurisconsultes français* de P.Taisand, en 1737. Ils commentent : « Les additions de Ferrière sont presque toutes prises des *Mémoires* de P.Nicéron ». Ils veulent parler de Joseph, c'est-à-dire Claude Joseph de Ferrière.

<sup>28</sup> L'ouvrage de M.-A. LEMASNE-DESJOBERT, déjà citée ainsi que celui de l'abbé G. PERIES, ouv. cité.

<sup>29</sup> Abbé G. PÉRIÈS, ouv. cité, p. 334-336. En 1709, Il consacre son cours au Décret de Gratien en 1713 et 1715, aux Institutes de Justinien. La Faculté de Paris applique manifestement la réforme des études juridiques édictée par l'Edit de Saint-Germain.

chaires vacantes à Paris<sup>30</sup>. On possède même le manuscrit d'un de ses cours, un commentaire du *Digeste* consacré à la majeure partie de l'Infortiat<sup>31</sup>. En revanche, nous ne savons pas s'il a professé d'une manière ou d'une autre de l'histoire du droit. Nous possédons pourtant ce titre qui pourrait être celui d'un manuel, l'*Histoire du droit romain* et nous n'ignorons pas que les manuels des professeurs sont souvent le fruit de leur enseignement<sup>32</sup>.

L'*Histoire du droit romain* est publiée en 1719. Le bref avis qui introduit le texte déclare qu'il ne faut voir là qu'un préliminaire à la traduction des *Institutes de Justinien*. L'ouvrage qui comporte trente-six chapitres, fait tout d'abord l'histoire du droit romain proprement dite, puis décrit la réception du droit romain et ses conséquences en France et se termine par des conseils pour mener à bien l'étude du droit romain. C'est un livre qui s'adresse manifestement à des étudiants, de la même manière que Camus, dans sa *Profession d'avocat*, s'adresse à de futurs avocats. C'est un livre d'histoire du droit à une époque où cette matière ne fait pas l'objet d'un enseignement, et il est tentant de voir en Ferrière un précurseur car l'ouvrage - osons l'appeler un manuel d'histoire du droit - permet de dégager la silhouette moderne d'un professeur d'histoire du droit, professeur et manuel sur lesquels nous allons nous arrêter.

#### I — CLAUDE-JOSEPH DE FERRIERE, UN PROFESSEUR MODERNE D'HISTOIRE DU DROIT.

L'auteur de l'*Histoire du droit romain* est sans doute un précurseur. Le sujet auquel il se consacre commence toutefois à être « dans l'air du temps » et participe d'un courant d'intérêt qui se dessine nettement. Ses préoccupations pédagogiques en revanche, paraissent plus originales.

##### *Un sujet dans l'air du temps.*

L'histoire du droit romain n'est peut-être pas un sujet absolument neuf lors de la parution de cette publication. On ne peut ignorer l'influence des Humanistes du XVI<sup>e</sup> siècle, l'autorité de Cujas et des romanistes de l'École historique, mais la perspective de cette époque n'était pas de même nature que celle d'un ouvrage d'histoire du droit retraçant l'histoire des institutions et des sources romaines.

L'analyse des œuvres recensées dans la *Bibliothèque choisie des livres de droit* de Camus, augmentée et publiée par Dupin<sup>33</sup>, nous permet cependant d'affirmer que l'histoire du droit romain est un sujet assez nouveau quand Ferrière l'aborde. Peu d'ouvrages de ce type ont été publiés. On recense au XVI<sup>e</sup> siècle celui d'Aymar de Rivail<sup>34</sup>, et au XVIII<sup>e</sup> siècle deux titres contemporains de celui de Ferrière. Le premier est l'ouvrage du juriste italien Jean-Vincent Gravina, *Originum juris civilis, libri tre* (paru, pour M. Antonetti en 1708) qu'il dédie au Pape Clément XI, son

<sup>30</sup> En 1702, il propose la lex *De societate*, 6 C. *Pro socio*, lors d'un concours ouvert pour recruter un régent. On sait quels cours il demandait de conserver au-delà des trois années qui lui étaient imparties.

<sup>31</sup> M.-A. LEMASNE-DESJOBERT, ouv. cité, p. 86-87.

<sup>32</sup> F. OLIVIER-MARTIN, « Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français », *Mélanges juridiques Sugiyama*, Tokio, p. 264

<sup>33</sup> Ouv. cité.

<sup>34</sup> G. ANTONNETTI, *Annales*, ouv. cité, p. 39.

second bienfaiteur<sup>35</sup>, le Pape Innocent XII, lui ayant précédemment fait obtenir une chaire de droit à Rome, à la Sapienza<sup>36</sup>. Les travaux complets de Gravina sont réédités en 1717, comprenant outre les *Originum juris civilis, libri tre*, les traités et les nombreuses études de jurisprudence déjà publiées par ce fameux jurisconsulte. Requier a donné en 1775 une traduction en français de ces ouvrages, mais on connaît l'édition de cette traduction publiée au XIX<sup>e</sup> siècle. Ce sont ces fameux *Originum juris civilis, libri tre*, que Tardif soupçonne Ferrière d'avoir recopiés. Le second titre est contemporain, c'est l'*Historia juris romani* de Hoffmann<sup>37</sup>, une histoire du droit en latin.

D'autres histoires du droit romain verront le jour ultérieurement. Dans l'ordre chronologique, il faut citer tout d'abord celle de Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*, datée de 1750, en français. Elle accorde une place importante à la vie et aux travaux des jurisconsultes. Puis une *Vie des plus célèbres jurisconsultes* de Taisant (1644-1715), dont on ne possède que l'édition de 1737 complétée par Ferrière. Enfin, Bouchaud publie en 1787 un *Commentaire de la Loi des XII Tables*, dont le sujet est évidemment plus limité que celui de Ferrière, mais traité dans le même esprit.

A l'étranger, à l'exception de Gravina et de Hoffmann, le mouvement est un peu plus tardif. Il est représenté en Allemagne par Heineke, dont l'*Historia juris civilis*, paraît en 1733, en latin<sup>38</sup>. Vers la fin du siècle, une *Histoire du droit romain* de Hugo est publiée en 1790 et traduite par Jourdan en 1821-1822<sup>39</sup>. C'est déjà une autre époque<sup>40</sup>. En Angleterre, Alex Schomberg publie en 1785 à Oxford un *Précis historique et chronologique* sur le droit romain qui sera traduit en français en 1793.

Par conséquent, Ferrière peut apparaître effectivement comme un précurseur français de l'histoire du droit romain. Toutefois, ce qui est vrai pour le droit romain n'est pas vrai pour le droit français, car existe déjà l'*Histoire du droit français* de l'Abbé Claude Fleury, écrite en 1674 par celui qui est alors précepteur du fils du Prince de Conti. Elle est réimprimée en 1692 en tête de l'*Institution au droit français* d'Argou<sup>41</sup>. Dans son introduction, Argou insiste sur l'intérêt de l'histoire du droit « nécessaire pour l'introduction au droit français et au droit ecclésiastique » mais il n'a pas jugé utile d'écrire lui-même un traité<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> A. TARDIF, ouv. cité, p. 499, date l'ouvrage de 1701.

<sup>36</sup> A. TERRASSON, ouv. cité, p. 425-426.

<sup>37</sup> G. ANTONETTI, *ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> CAMUS et DUPIN, ouv. cité, p. 84.

<sup>40</sup> Camus et Dupin signalent encore un *Tableau historique de la jurisprudence romaine depuis la fondation de Rome jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle* par GOUJON, Paris, An XII.

<sup>41</sup> En réalité, ce n'est qu'en 1719 qu'apparaît le nom de Fleury.

<sup>42</sup> ARGOU, *Institution au droit français*, éd. de 1771. Dans les pages VI et VII de cette édition, l'éditeur note : « M. Argou observe dans sa préface qu'il avait prié M. l'Abbé Fleury de permettre qu'il joignît cette histoire à son ouvrage; il pensait avec raison que pour bien comprendre la relation que les lois ont les unes avec les autres, il est nécessaire d'en connaître l'auteur, de savoir ce qui y a donné lieu et les conjectures où elles ont été faites; que cette connaissance de l'Histoire n'était pas moins nécessaire pour l'introduction au droit français que pour le droit ecclésiastique et qu'il ne pouvait mettre en tête de son ouvrage une meilleure histoire abrégée du droit français que celle de l'Abbé Fleury ».

La fin du règne de Louis XIV et le début du XVIII<sup>e</sup> siècle connaissent donc l'édition d'ouvrages historiques de droit. C'est dans ce courant que se situe Claude-Joseph de Ferrière. Il est un précurseur, mais on pourrait préférer dire qu'il est un éclairé, dans tous les sens du terme, car il se distingue de ses contemporains par le caractère résolument pédagogique de son petit traité.

*Les préoccupations pédagogiques d'un professeur.*

Claude-Joseph de Ferrière a les préoccupations d'un professeur. Elles apparaissent dès l'avant-propos de son *Histoire*, et resurgissent dans ses derniers chapitres. Son livre est une introduction à l'étude du droit, écrite en français, dans laquelle il donne les conseils du professeur.

L'*Histoire du droit romain* veut être une introduction à l'étude du droit. Le professeur annonce dans les premières lignes de son avant-propos : « c'est un principe généralement reçu qu'on ne peut guère parvenir à connaître parfaitement une science sans en avoir auparavant étudié les origines et le progrès »<sup>43</sup>. Cette exigence générale lui apparaît encore plus grande dans l'étude du droit romain « à cause de la diversité des lois qui ont été successivement faites sur un même sujet » et « à cause des diverses qualités qu'ont eu les législateurs à qui Rome a été assujettie en différents temps ». Il précise : « cet ouvrage [...] servira d'introduction à l'étude du droit civil [...] aussi ne l'ai-je entrepris que comme un préliminaire de ma traduction des *Institutes de Justinien* »<sup>44</sup>. Pour expliquer les difficultés qu'induit l'interprétation de la loi dans la recherche de la justice, Ferrière énonce dans cet avant-propos cette phrase que l'on croirait tirée du *Discours Préliminaire* de Portalis : « les contestations qui donnent ordinairement naissance aux lois ne viennent jamais toutes ensemble; il n'est pas possible aux hommes, de prévoir toutes les conséquences des principes généraux qu'ils établissent, ni de les ajuster d'abord à tous les cas particuliers qui peuvent survenir »<sup>45</sup>. L'étude du droit sera facilitée par la connaissance de l'origine et de l'évolution des lois romaines, « l'intelligence des lois dépend beaucoup de la connaissance du gouvernement sous lequel était le peuple romain au temps qu'elles ont été faites... » enfin, « la conclusion de cette histoire enseignera les moyens de l'appliquer utilement à l'étude de la jurisprudence romaine »<sup>46</sup>.

C'est le professeur qui parle, et pour faciliter cette étude, il parle en français. À première vue, cette caractéristique ne nous apparaît pas. L'auteur ne la souligne pas. Elle peut avoir étonné les contemporains car elle est résolument moderne. Gravina, Hoffmann et Heineke écrivent, eux, en latin.

Plusieurs raisons peuvent avoir justifié le choix de Claude-Joseph de Ferrière d'écrire en français. Tout d'abord, il a sans doute subi l'influence de son père. Claude de Ferrière a publié en effet dès 1671 *La jurisprudence du Digeste conférée avec les ordonnances* en français. C'est pourtant en latin qu'il avait commencé à rédiger ce travail, « mais, comme l'écrit C. Chêne, des magistrats « éclairés » lui ont « conseillé de le rendre plus familier par un langage vulgaire, la langue latine n'étant plus en usage que dans les Ecoles publiques, et le droit se devant ainsi enseigner

<sup>43</sup> *Histoire* [...], p. 1.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 2. Cf. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t.1, p. 466-471.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 6.

pour le rendre plus intelligible et plus facile »<sup>47</sup>. Ferrière précédait donc Domat, qui dans sa Préface des *Lois civiles*<sup>48</sup>, jugeait encore nécessaire de se justifier : « il est peut-être nécessaire pour quelques personnes de rendre compte de ce que l'on a mis les lois en langue française [...] [ La langue française], continue-t-il, a singulièrement la clarté, la justesse, l'exactitude et la dignité qui sont les caractères essentiels aux expressions des lois ». Claude de Ferrière avait tiré les conclusions de ce qui apparaît comme une situation nouvelle en publiant encore en 1692 la traduction des *Institutes*, que son fils reprendra quinze ans plus tard. Camus et Dupin en disaient : « si l'on a besoin d'une traduction française pour entendre les *Institutes*, ce qui ne ferait pas beaucoup d'honneur à un jeune jurisconsulte, il faut recourir à la traduction de Ferrière »<sup>49</sup>. On a peut-être là une explication de l'animosité qui poursuit les Ferrière. Ils ont choisi le camp des modernes, le camp aussi des professeurs de droit français, qui sauf exception<sup>50</sup>, font leur cours en français. Le premier professeur de droit français à Paris, Monsieur de Launay, avait courageusement fait remarquer que le français valait bien le latin, en prenant Montaigne pour caution<sup>51</sup>.

Claude-Joseph de Ferrière n'était pas professeur de droit français. Il faisait ses cours en latin. Il avait néanmoins retenu la leçon de son père. En outre, il est possible qu'un argument éditorial, pour ne pas dire commercial, ait été présent dans les préoccupations familiales, car quand on prête attention aux privilèges du roi lors de l'édition des ouvrages de ces professeurs, l'on remarque que contrairement à l'habitude, ces privilèges ne sont pas attribués aux éditeurs mais leur sont personnellement accordés. En 1739, Claude-Joseph de Ferrière obtient notamment du roi le privilège « de faire imprimer et réimprimer par tels libraires et imprimeur qu'il choisira, les œuvres de feu son père et les siens, savoir [...] [suit la liste des ouvrages]...et autant de fois que bon lui semblera, et de les faire vendre et débiter par tout notre royaume...pendant le temps de 25 années consécutives à compter du jour de l'expiration du précédent privilège [...] »<sup>52</sup>. Ils ont peut-être eu l'intuition de ce que l'on appelle aujourd'hui la propriété intellectuelle, ils ont cherché, et les contemporains l'indiquent, à recevoir la juste rémunération de leur travail. Il n'est pas certain qu'ils y aient réussi car l'auteur de leur notice biographique dans la *Biographie universelle ancienne et moderne* dirigée par Michaud, dit du père : « On ne peut nier que les ouvrages de Claude de Ferrière n'aient servi à répandre la connaissance du droit; ils eurent beaucoup de cours, et quoiqu'il travaillât pour vivre, les libraires en tirèrent plus de profit que lui »<sup>53</sup>. Les Ferrière avaient peut-être constaté que le marché des ouvrages en français était plus ouvert et plus lucratif que

<sup>47</sup> C. CHENE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit*, Genève, 1982, 365 p. 286 et note 28.

<sup>48</sup> DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689, Préface.

<sup>49</sup> CAMUS et DUPIN, ouv. cité, p. 108.

<sup>50</sup> A. de CURZON, *L'enseignement du droit français dans les Universités de France au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup>*, Paris, 1920, 155 p., p. 79, précise qu'à la faculté de droit d'Avignon, le cours est fait en latin.

<sup>51</sup> « Il n'y a pas de chose plus étrange que de voir un peuple obligé de suivre des lois qu'il n'entend point, de le voir attaché à des règles et à des maximes qui ne sont ni écrites, ni publiées en sa langue », *ibidem*.

<sup>52</sup> C.-J. de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd. de 1769, Approbation et Privilège du Roi.

<sup>53</sup> *Biographie universelle ancienne et moderne* dirigée par MICHAUD, tome 14, *verbo* Ferrière.

celui des ouvrages en latin.

Enfin le professeur qui offre ainsi un outil de travail pratique pour ses étudiants, leur prodigue dans deux chapitre<sup>54</sup> de son opuscule des conseils éclairés pour qu'ils réussissent dans leur apprentissage du droit romain<sup>55</sup>. Ces conseils ne sont pas une création pure de Claude-Joseph, Madame Lemasne-Desjobert a signalés de tels conseils et les a analysés, il n'est en revanche pas habituel de les publier. Quels sont-ils ?

En premier lieu, il faut commencer par étudier ce qu'il y a de plus simple dans le *Corpus juris civilis*, les *Institutes* de Justinien qui « ont été faites en faveur de la jeunesse qui souhaite s'adonner à l'étude des Lois »<sup>56</sup>. Il faut ensuite apprendre par cœur, il écrit « apprendre par mémoire », les définitions, le texte même des *Institutes* et les divisions des titres<sup>57</sup>. Pour faciliter cette tâche, il publie à la fin de son ouvrage les listes des « rubriques »<sup>58</sup> des *Institutes*, du *Code*, du *Digeste* et des *Authentiques*. Car outre les *Institutes*, l'étudiant doit apprendre « par mémoire » les deux derniers titres du *Digeste*<sup>59</sup>.

Cet apprentissage ne peut se faire sans l'aide de deux types de guides : les écrits de ceux qui en ont traité, pour ainsi dire les manuels, et les « leçons que donnent de vive voix les personnes qui font profession de les enseigner »<sup>60</sup>. Ferrière fait alors l'apologie du cours magistral, plus brillant et plus intéressant que le cours « en particulier ». On a là un écho assourdi de la concurrence que se font les professeurs et les docteurs, voire des répétiteurs peu compétents, les « siffleurs ». Le conflit a été important et le roi a dû intervenir dans ce conflit<sup>61</sup>. Enfin, le bon étudiant ne doit pas avoir pour seul objectif « et pour unique vue d'avoir des attestations »<sup>62</sup>.

Ces conseils sur la manière d'étudier sont pour la plupart toujours pertinents. « Les règles qui servent à entendre les lois les plus difficiles » également. Là encore, les recommandations du professeur restent d'actualité. Il faut analyser les textes, les situer dans leur contexte, recourir aux instruments de recherche, à l'époque on se réfère à la Glose et aux travaux de Cujas entre autres, ne pas omettre la critique des textes, l'analyse sémantique (Ferrière parle de « parfaite intelligence des termes »), tout cela bien sûr suivant les techniques du temps<sup>63</sup>. Pour faciliter encore le travail de l'étudiant, l'auteur consacre un chapitre aux citations du *Corpus* - il en indique les règles - et aux abréviations usuelles. Ces conseils, on parlerait aujourd'hui d'outils pédagogiques, interviennent dans ce qui apparaît comme une introduction historique au droit romain. Ce livre se présente comme un manuel et non comme un ouvrage

<sup>54</sup> CL.-J. de FERRIERE, ouv. cité, Chap.XXXIV, p. 496, « De la manière d'étudier le droit romain »; Chap.XXXV, p. 506, « Des règles qui servent à entendre les lois les plus difficiles ».

<sup>55</sup> M.-A. LEMASNE-DESJOBERT, ouv. cité, p. 71 s.

<sup>56</sup> C.-J. de FERRIERE, ouv. cité, p. 496-497.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*., « Rubricae », p. 523-584.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 499.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 501-505; M.-A. LEMASNE-DESJOBERT, ouv. cité, p. 72-74; A. de CURZON, *L'enseignement du droit français dans les universités de France au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sirey, 1920, p. 81- 82.

<sup>62</sup> C.-J. de FERRIERE, ouv. cité, p. 505.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 506-514.

d'érudition, bien que l'érudition n'en soit pas absente, cela aussi est moderne, et c'est bien à un authentique manuel d'histoire du droit romain que nous avons affaire.

## II — UN MANUEL D'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

La partie purement historique, par opposition à la partie pédagogique, de cet ouvrage se divise en deux thèmes principaux : une histoire des institutions et des sources du droit romain d'une part, et d'autre part une histoire du droit romain en France, qui introduit elle-même des éléments d'histoire du droit français.

### *L'histoire des institutions et des sources du droit romain*

La partie consacrée à l'histoire des institutions et des sources du droit romain suit un plan régulier. Ferrière déroule l'histoire politique romaine du temps des rois à l'Empereur Justinien en alternance avec des développements sur chaque type de source : les lois, les plébiscites, l'interprétation des jurisconsultes, les édits des préteurs, ceci pour la République<sup>64</sup>. En ce qui concerne l'Empire et ce qu'il ne nomme pas le Bas-Empire, une dissertation générale sur la jurisprudence romaine sous les empereurs<sup>65</sup> précède un long passage en revue de tous les empereurs dans lequel l'auteur donne quelques détails sur l'origine de chacun d'eux, leur accession au pouvoir et parfois leur vie. Il relève enfin leurs constitutions les plus importantes<sup>66</sup>. Un critère le retient fréquemment, qui est leur attitude, et en particulier leur cruauté à l'égard des chrétiens<sup>67</sup>. Ensuite, il étudie les autres sources du droit de l'Empire et du Bas-Empire, les sénatus-consultes<sup>68</sup>, les *responsa*, des jurisconsultes<sup>69</sup>, puis il s'attarde évidemment sur les plus célèbres jurisconsultes romains<sup>70</sup>. Enfin, il étudie les compilations antérieures à Justinien<sup>71</sup> et les compilations de Justinien elles-mêmes<sup>72</sup>. Puis, après avoir fait un état des lieux en Occident et en Orient à la mort de Justinien, Ferrière passe à la réception du droit romain en France. Il raconte la redécouverte du *Corpus*, plus précisément du Digeste, à Melphes, mais fait remarquer qu'avant même cette découverte, l'on rencontrait déjà des termes manifestement empruntés aux *Novelles* de Justinien dans des capitulaires de Charlemagne, dans un texte de Charles le Chauve et dans le *Décret* d'Yves de Chartres<sup>73</sup>.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 35 à 64.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 71 à 164.

<sup>67</sup> C'est le cas de Nerva, *ibidem*, p. 86, de Décius, p. 102, de Claude, p. 106, de Dioclétien, p. 111, de Galère, p. 113. A l'inverse, il signale p. 109, qu'Antonin « ne fit aucun édit contre les chrétiens, quoiqu'ils fussent regardés alors comme les ennemis de l'Etat ».

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 175, Du Sénat romain, p. 200, Des sénatus-consultes.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 221

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 271 : Du Code de Justinien, p. 283, Du Digeste, ou des pandectes, p. 312, Des Institutes de l'empereur Justinien, p. 336, Des dernières constitutions de l'empereur Justinien appelées *Novelles*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 362-363.

*La réception du droit romain en France et ses conséquences.*

Quand Ferrière aborde la question de la réception du droit romain en France, il en distingue les effets selon que l'on se trouvait en pays de droit écrit ou en pays coutumier. Il précise en introduction de ce chapitre que « les rois de France [...] après qu'ils eurent réduit tous les peuples de Gaules sous leur obéissance, permirent à ceux qui vivaient sous les lois romaines de continuer de s'en servir »<sup>74</sup>, affirmant par-là le monopole normatif du roi. Cependant, il insiste vigoureusement sur la nécessité d'avoir recours au droit romain même en pays de coutume et par conséquent de l'étudier « puisqu'à défaut des ordonnances et des coutumes, ce sont les lois romaines, comme étant la source de tous les principes de la raison et de l'équité que l'on est dans l'obligation de consulter pour rendre les décisions justes et équitables »<sup>75</sup>. L'analyse de cet ouvrage montre que le fils du professeur de droit français consacre une part importante de son manuel à un plaidoyer pour « l'excellence » du droit romain. En contrepoint, il traite d'une question qui lui tient à cœur, celle de l'enseignement du droit romain à Paris : il défend l'idée que contrairement à une croyance erronée, l'enseignement du droit romain a toujours été offert aux étudiants parisiens et s'attache à la prouver en deux chapitres<sup>76</sup>. Il analyse alors avec soin la Décrétale *Super specula* par laquelle le pape Honorius III interdit l'enseignement du droit romain à Paris. Il reconstitue la décrétale dans son architecture originale et en présente une interprétation qui n'a pas grand-chose à envier aux analyses modernes<sup>77</sup>. La décrétale n'a laissé à Paris qu'une faculté de Décret, mais Ferrière note que les études en droit canon exigent une bonne connaissance du droit romain et en particulier des *Institutes*. Puis il fait l'analyse de la réitération de l'interdiction d'étudier le droit romain à Paris que l'on trouve dans l'ordonnance de Blois, il décrit les circonstances de la rédaction de l'article 69, l'article reprenant la prohibition. Il affirme que cet article n'avait pas « été arrêté dans l'assemblée des Etats » mais « avait été ajouté à l'ordonnance par la chancelier de Chiverny pour favoriser la ville d'Orléans dont il était le gouverneur »<sup>78</sup>. Il rend alors grâce à Louis XIV d'avoir mis fin à cette anomalie par l'édit de Saint-Germain de 1679. Ces quarante pages de son ouvrage sont un plaidoyer pour la faculté dans laquelle il enseignera si longtemps.

Enfin, semblable à ses confrères auteurs d'histoires du droit romain, il dresse un inventaire « des plus célèbres interprètes du droit romain »<sup>79</sup>. « Ce n'est pas une bibliothèque historique de tous ceux qui ont travaillé sur ce sujet, écrit-il, mon dessein n'est que de faire connaître à tous ceux qui commencent, les auteurs qui se sont rendus les plus recommandables en ce genre et dont ils entendent parler tous les jours »<sup>80</sup>. Son recensement, assez succinct, suit approximativement l'ordre alphabétique de Azon à Taisand, un contemporain dont il fait l'éloge. Il cite en cours de

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 363.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>76</sup> *Ibidem*, chap. XXIX, p. 381 et chap. XXX, p. 401.

<sup>77</sup> Voir notre article « La querelle de l'enseignement du droit romain à Paris : Le point de vue de Claude-Joseph de Ferrière », communication faite aux Journées Internationales d'Histoire du Droit de L'Escorial, L'Escorial, 3 juin 1999, publiée dans les *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 295-309.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

route, une « *Bibliothèque des interprètes du droit de Monsieur Simon* »<sup>81</sup>. Cette deuxième partie ne concerne plus l'histoire du droit romain, mais l'histoire française des sources romaines.

De son avant-propos à ses derniers chapitres, Ferrière se place toujours dans la perspective de l'histoire du droit comme outil de compréhension du droit romain et du droit de son temps. Nul doute que l'auteur de ce « manuel » a dispensé à ses étudiants, dans les cours magistraux qu'il défend si bien, le résultat de ses réflexions à ce sujet.

Claude-Joseph de Ferrière a-t-il été un précurseur ? Le mot est peut-être un peu fort. Ce professeur apparaît en tout cas comme l'interprète d'un courant de pensée en train de s'établir à son époque, selon lequel il est nécessaire de bien comprendre les conditions politiques, intellectuelles et juridiques qui ont présidé à l'élaboration des sources de notre droit. Et ceci, un siècle et demi avant que des cours d'histoire du droit ne soient prévus dans les programmes officiels des enseignements des écoles de droit en France.

---

<sup>81</sup> C'est un ouvrage que nous n'avons pas pu consulter et qu'il est difficile de dater car CAMUS et DUPIN, ouv. cité, p. 8, le citent : *Nouvelle bibliothèque historique et chronologique des principaux auteurs et interprètes du droit civil*, 1692-1695, avec un supplément daté de 1686 (sic).



**II**  
**XIX<sup>e</sup> SIÈCLE :**  
**FONDATION D'UNE DISCIPLINE**



ÉCRIRE L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS :  
SCIENCE DU POLITIQUE, HISTOIRE ET GÉOGRAPHIE  
CHEZ HENRI KLIMRATH (1807-1837)

Frédéric AUDREN

Que faire de Henri Klimrath ? Génie méconnu de la science du droit ou précurseur de l'école scientifique ? « Étoile filante de l'histoire du droit » ou « Évariste Gallois de la science juridique » ? Les catégories mobilisées pour décrire traditionnellement la place particulière du jeune juriste dans l'histoire juridique rendent difficiles à penser son originalité. Henri Klimrath apparaît le plus souvent sous les traits d'un héros romantique : persécuté, isolé, avant-gardiste, inspiré. Ainsi brossé, le portrait remplit une fonction stratégique dans le grand récit de la science juridique contemporaine. Il s'agit moins d'éclairer l'œuvre doctrinale de Klimrath en elle-même que de dénoncer le travail et la méthode des commentateurs officiels du Code civil dans le premier XIX<sup>e</sup> siècle. De Laboulaye à Bonneau, les critiques de « l'école de l'exégèse » ont élevé le juriste strasbourgeois au rang de « mauvaise conscience » de toute une génération d'auteurs de la doctrine française. Toute une tradition historiographique s'est, en définitive, plus préoccupée de peindre Klimrath en anti-modèle de l'exégèse que de saisir les ressorts spécifiques de son œuvre<sup>1</sup>.

Pourtant, nul ne le conteste : l'entreprise de Klimrath échappe, avec une agilité insolente, aux pesanteurs et aux routines de la science juridique de son temps. Et chacun de s'étonner du détachement qu'il affecte vis-à-vis des réflexes de la communauté des juristes, de la hauteur de vue qu'il professe. L'originalité et l'inventivité du jeune juriste demeure cependant un angle mort de l'histoire de la science juridique. L'historiographie romantique se satisfait, il est vrai, du mystère entourant son champion. L'étrangeté est ici une garantie supplémentaire de la pureté et de la profondeur des intentions de Klimrath. Tout juste reconnaît-on que son œuvre est le produit de l'interculturalité franco-allemande. Ses adversaires ne se contenteront pas, à cet égard, de souligner l'étrangeté de sa démarche ; ils dénonceront une démarche étrangère à la tradition nationale : la « secte des germanistes ». En somme, pour toute explication, les analystes se contentent le plus souvent de souligner la distance qui sépare l'œuvre de Klimrath des travaux et des méthodes de ses contemporains. Mais, le nouveau territoire de l'histoire du droit qu'il s'est

---

Chargé de recherche au CNRS.

<sup>1</sup> Sur Henri Klimrath [désormais H.K.], O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français au XIX<sup>e</sup> siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Bouvier Verlag, tome 2, 1990, p. 1005-1107.

efforcé de tracer, articles après articles, pendant sa brève carrière, demeure, en réalité, particulièrement difficile à localiser ; les contours en sont encore quelque peu flous pour l'historiographie contemporaine. La nature exacte de son projet scientifique et les conditions de sa réalisation n'ont sans aucun doute pas suscité l'intérêt qu'il mérite<sup>2</sup>. Il y a donc bien, de ce point de vue, une « utopie Klimrath » : le rêve persistant d'un territoire idéal de l'histoire du droit, certes utile à la critique des formes contemporaines du savoir juridique, mais que nul ne parvient encore à situer avec précision dans l'espace des savoirs juridiques.

On a souvent attribué à Klimrath la paternité de l'introduction de la méthode historique dans la science du droit. Pourtant, se fondant exclusivement sur un face à face entre deux méthodes irréductibles, une telle présentation ne rend nullement compte de la démarche du jeune juriste. Car, chez lui, nulle opposition entre histoire et exégèse. Le projet de Klimrath est surtout de proposer une manière d'articuler l'une et l'autre, seule démarche susceptible de satisfaire sérieusement les besoins de l'interprétation juridique. Surtout, une telle originalité s'explique autant par les doutes que le juriste nourrit à l'égard des méthodes traditionnelles des facultés de droit que par l'enthousiasme que suscitent chez lui les travaux de juristes allemands et d'intellectuels français engagés dans la promotion des sciences morales et politiques. De ce point de vue, c'est à tort que l'historiographie a confiné Klimrath derrière les murs de la faculté de droit : ce qui le caractérise principalement c'est sa formidable capacité à traverser les différents champs du savoir (histoire, géographie, philosophie, histoire naturelle) pour nourrir sa réflexion de juriste et offrir les instruments nécessaires à une écriture renouvelée de l'histoire du droit. C'est au prix de plusieurs déplacements historiographiques importants que l'histoire devient la base de l'interprétation juridique.

#### I – « SCIENCE SOCIALE » : HENRI KLIMRATH, LES SCIENCES MORALES ET LA VOCATION POLITIQUE DU JURISTE.

Né à Strasbourg le 1<sup>er</sup> février 1807 dans une famille de négociants, Henri Klimrath fait ses études à Paris au Collège Louis Le Grand. À la suite d'une grave maladie, il retourne en 1821 à Strasbourg où il devient élève au collège royal de la ville. Quelques années plus tard, il débute ses études académiques à la Faculté de droit de Strasbourg et obtient sa licence en droit en novembre 1828. Il décroche également une licence ès lettres en août 1829. Entre 1829 et 1832, attaché comme gouverneur de la famille de Serre, Klimrath partage son temps entre Paris et Metz. Il quitte cette place pour se rendre pendant un an à Heidelberg (mai 1832-Pâques 1833). Il revient en Alsace soutenir sa thèse de doctorat, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil* (1833).

Pendant toute cette période de formation intellectuelle, Klimrath se passionne

---

<sup>2</sup> Malgré les travaux précurseurs de J. POUMAREDE, « Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse (Les débuts de l'école française du droit historique) », C. JOURNES (dir.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Lyon, PUL, 1986, p. 95-107 et de L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutume savante et droit rustique. Sur la légalité paysanne », *Études rurales*, 1986, 103-104, p.105-137 et *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 127-131. Plus récemment, à propos de la saisine chez Klimrath, la très brillante analyse de M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

pour le mouvement des idées et les questions politiques. Comme d'autres jeunes intellectuels de sa génération, il pourra dire que « la monarchie de Juillet combla, au-delà de toute attente, nos vœux les plus chers »<sup>3</sup>. Espoirs déçus, il est vrai. Cependant, il porte haut et loin les couleurs de la « jeune France libérale ». Lors de son voyage en Allemagne, il s'efforce de rendre compte auprès de ses interlocuteurs français de la progression du constitutionnalisme libéral pendant la période du Vormaz. Très sensible aux thèses du libéralisme organique, il témoigne à l'inverse d'une vive hostilité contre les thèses du libéralisme rationaliste de Charles de Rotteck<sup>4</sup>. Il juge également ses professeurs de l'Université de Heidelberg à l'aune de leur « caractère politique ». Les enseignants les plus recommandables sont, à ses yeux, ceux qui sont animés par d'authentiques convictions libérales. D'où les jugements positifs portés sur Carl Joseph Anton Mittermaier, « connu de tous, décrié même chez plusieurs pour ses opinions libérales » ou même sur Anton Friedrich Justus Thibaut, esprit aristocratique, dont les idées « n'en renferment pas moins le germe d'un libéralisme véritable »<sup>5</sup>. À l'inverse, il n'hésite pas à pointer les dangers politiques qui menacent l'école historique allemande. Si elle a bien initié l'intelligence du passé, elle présente le grave défaut d'être « préoccupée du passé, ne donnant aucune règle pour le présent et l'avenir ; elle condamne la science et la vie à l'immobilisme »<sup>6</sup>.

Henri Klimrath se refuse, dans toute son œuvre, à séparer la science juridique de ses implications politiques et sociales. À la charnière de la théorie et de la pratique, le rôle du juriconsulte est de prendre une part active dans l'organisation et le progrès de la société<sup>7</sup>. Il ne peut se retrancher derrière les murs de la faculté de droit et le travail d'interprétation pour prétendre échapper à sa mission civilisatrice. Fort explicitement l'un de ses articles les plus importants s'intitule « Importance scientifique et sociale d'une histoire du droit français ». On ne s'étonne guère d'apprendre que, pour la réalisation de sa thèse, l'approche historique du droit lui a été suggérée par le professeur strasbourgeois Georges-Philippe Hepp, titulaire de la chaire de droit des gens et auteur d'un *Essai sur la théorie sociale et du gouvernement représentatif pour servir d'introduction à l'étude de la science sociale ou du droit et*

<sup>3</sup> H. K., « Henri Lagarmitte », *Nouvelle revue germanique*, 1834, tome 17, 2<sup>e</sup> série, p.173

<sup>4</sup> H. K., « Pensées sur le but et les devoirs du libéralisme allemand par P.A. Pfizer », *Nouvelle revue germanique*, 48<sup>e</sup> n<sup>o</sup>, 1932, p. 333-344 ainsi que son compte-rendu sur « le Manuel du droit rationnel et des sciences politiques (tomes 3 et 4) par Charles de Rotteck, Stuttgart, 1834 », *Nouvelle revue germanique*, 2<sup>e</sup> série, tome 3, octobre 1834, pp. 186-196. H. K., « Lettres écrites de l'Allemagne. Première lettre. De l'état politique du midi de l'Allemagne », *Nouvelle revue germanique*, juin 1832, pp. 97-116 ; « Lettres écrites de l'Allemagne. Deuxième lettre. De l'état social du midi de l'Allemagne », novembre 1832, p. 193-210. Voir, sur cette question, J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002.

<sup>5</sup> Sur le positionnement politique de ces professeurs : H.K., « Lettre au directeur de la *Revue Encyclopédique* sur l' Université de Heidelberg. Cours de droit de M. Thibaut », *Revue Encyclopédique*, juillet 1832, p. 107-125 ; « Deuxième lettre sur l' Université de Heidelberg. Zachariae, Mittermaier, Morstadt », *Revue Encyclopédique*, septembre 1832, p. 611-631.

<sup>6</sup> H.K., « Lettre au directeur de la *Revue Encyclopédique* », *op. cit.*, p. 110-111

<sup>7</sup> Selon la conviction de Henri KLIMRATH, « la science peut beaucoup pour organiser » : Cours libre du droit français, Académie de Strasbourg. Leçon 23, 31 mai 1834, Bibliothèque nationale et universitaire de Strasbourg, ms 3322, cours libre de Klimrath [désormais, BNUS cours Klimrath]

*des sciences politiques* (1833)<sup>8</sup>. Klimrath soutient également que la science juridique est une branche de la « science sociale », de la « science morale ». Comme quelques autres juristes libéraux, il adhère à ce mouvement de promotion des « sciences morales et politiques » qui voit notamment renaître en 1832, à l'initiative de Guizot, une académie du même nom. Il devient alors indispensable de rationaliser l'activité politique en dotant le gouvernement des savoirs adaptés à son action publique. Attentive aux données certaines et positives, la science politique devient un instrument d'ingénierie capable de moraliser les rapports sociaux. La science sociale est une science de l'organisation sociale<sup>9</sup>. Klimrath partage cette croyance en la nécessité d'un gouvernement animé par une « religion des faits », adossant son action quotidienne à une pratique « désintéressée » de la science<sup>10</sup>. Une telle approche est la plus à même de satisfaire les besoins profonds exigés par la direction de la Cité. « Positive et concrète de (sic) sa nature, la vraie science sociale adapte ses préceptes à une situation donnée et les modifie suivant les faits qu'elle est appelée à régir »<sup>11</sup>. À l'inverse, le jeune juriste condamne violemment ceux qui réduisent « le droit et la politique et la science sociale toute entière » à des « impuissantes abstractions » plutôt que de chercher la « vérité féconde de leur nature concrète »<sup>12</sup>.

Comment un observateur peut-il accéder à cette nature concrète d'une société particulière ? Il convient de reconnaître qu'elle résulte « de tout le développement social et politique d'un peuple, de ses mœurs, de ses besoins, et, pour appeler les choses par leur nom, de son histoire »<sup>13</sup>. Très tôt, le jeune Henri s'est d'ailleurs passionné pour l'histoire et la géographie, guidé notamment par les conseils de l'aumônier au Collège Louis-le-Grand, Charles Cuvier, futur professeur d'histoire à la faculté des Lettres de Strasbourg qui le mettra notamment en relation avec Michelet<sup>14</sup>. « L'histoire, rappelle Klimrath, et en particulier l'histoire des institutions, l'histoire du droit, qui éclaire l'état présent par la déduction du passé,

<sup>8</sup> De l'aveu même de Klimrath lors de sa soutenance de thèse : lettre de Henriette Louise Schertz à Leopold August Warnkönig, 10 décembre 1842 (Bibliothèque nationale et universitaire de Strasbourg, fonds L. A. Warnkönig) [désormais, BNUS Warnkönig]

<sup>9</sup> Sur l'institution des sciences morales et politiques en France, voir D. DAMAMME, *Histoire des sciences morales et politiques et leurs enseignements des Lumières au scientisme*, thèse pour le doctorat en science politique, Université Paris I, 1982 et C. DELMAS, *Les rapports du savoir et du pouvoir. L'Académie des sciences morales et politiques de 1832 à 1914*, thèse pour le doctorat en science politique, Université Paris IX – Dauphine, Paris, 2000, 2 tomes.

<sup>10</sup> H.K., « Programme d'une histoire du droit français (1835) » dans *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, recueillis, mis en ordre et précédé d'une préface de L. A. Warnkönig, Paris-Strasbourg, 1843, tome 1, p. 90 [désormais, *Programme*]

<sup>11</sup> H. K., « Importance scientifique et sociale d'une histoire du droit français (1834) », *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, recueillis, mis en ordre et précédé d'une préface de L. A. Warnkönig, Paris- Strasbourg, 1843, tome 1, p. 82 [désormais, *Importance scientifique*]

<sup>12</sup> H.K., « Manuel du droit rationnel », ouv.cité, p. 188

<sup>13</sup> *Programme*, p. 93

<sup>14</sup> C'est dans le salon de son oncle, le Recteur Levraut, que Henri Klimrath rencontre Charles Cuvier et, plus tard, Edgar Quinet dont il devient un proche. Cuvier rendra hommage à son jeune ami décédé dans « Mes souvenirs sur Henri Klimrath », *Nouvelle revue germanique*, troisième série, année 1837, tome 12, p. 103-107. Sur Cuvier, on consultera le travail d'A.-L. SALOMON (apparentée à Klimrath), *Charles Cuvier*, Strasbourg, 1922.

est donc l'auxiliaire indispensable de la science sociale : sans elle il n'y a plus de point de départ assuré, parce que seule elle peut faire comprendre quelle est véritablement la *chose nécessaire* »<sup>15</sup>. Pour pénétrer la « physionomie morale d'un peuple »<sup>16</sup>, l'homme de science ne doit donc pas se complaire dans des récits pittoresques ou des détails dramatiques. « Tout l'art de l'historien consistera, insiste le jeune strasbourgeois, donc à choisir, d'une manière naturelle et vraie, les points de repos où les sentiers divers qu'il aura successivement parcourus, viendront se rejoindre et se rallier à la grande voie de la progression générale »<sup>17</sup>. Bref, à la suite des perspectives tracées par Guizot, Mignet ou Thierry, la vocation de l'histoire est de pénétrer la loi du progrès de la civilisation, du développement des mœurs et des institutions<sup>18</sup>. Encore convient-il d'ajouter qu'une telle « histoire philosophique » ne peut faire l'économie d'une recherche approfondie sur l'histoire du droit : « Sans l'histoire du Droit, la science sociale court grand risque de n'aboutir jamais qu'à des abstractions creuses ou à de brillantes utopies »<sup>19</sup>. Car le droit, comme le langage, est une des formes principales de l'activité du peuple. En faire l'histoire, c'est pénétrer le génie de ce peuple, révéler son caractère national. À cette condition, il devient alors possible de s'assurer de ce que le droit peut et doit être au temps présent, en vertu même du développement qui a précédé. En 1840, Firmin Laferrière, fidèle au programme tracé par Klimrath, brandit fièrement ce même étendard : « La science du droit est la science sociale par excellence »<sup>20</sup>.

« L'histoire du Droit est à faire » : tel est le credo de Klimrath. En d'autres termes, il est indispensable de faire pour l'histoire du Droit ce que le siècle a commencé à faire pour l'histoire générale<sup>21</sup>. Le mouvement de régénération historique doit porter aussi bien sur l'histoire politique (les grands ressorts de l'organisation politique de la société, la condition des personnes et des biens) que sur l'histoire du droit (le « détail des institutions civiles pour elles-mêmes »)<sup>22</sup>. Ce mot d'ordre récurrent est, en réalité, particulièrement polémique : il vise à disqualifier l'histoire du droit telle qu'elle se pratique alors par quelques juristes érudits. Car, bien loin d'être un domaine déserté, l'histoire du droit continue de retenir, après la promulgation du Code civil, l'attention de professionnels du droit. Ainsi, Louis-Barnabé Cotelle, professeur à la Faculté de Paris, peut légitimement écrire en 1813 : « On connaît assez bien l'histoire du droit romain et celle du droit

<sup>15</sup> *Importance scientifique*, p. 82

<sup>16</sup> *Nouvelle revue germanique*, mars 1832, p. 194

<sup>17</sup> H.K., « Histoire du droit public et privé de la France (1836-1837) », *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, recueillis, mis en ordre et précédé d'une préface de L. A. Warnkönig, Paris-Strasbourg, 1843, tome 1, p.184-82 [désormais, *Histoire du droit public et privé*]

<sup>18</sup> Sur la prééminence de « l'histoire philosophique » sous la monarchie de Juillet, Y. KNIBIEHLER, *Naissance des sciences humaines : Mignet et l'histoire philosophique au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Flammarion, 1973, p. 337-349. Voir la synthèse de C. DELACROIX, F. DOSSE, P. GARCIA, *Les courants historiques en France. 19<sup>e</sup>-20<sup>e</sup> siècle*, Paris, Armand Colin, 2002, p. 26-41.

<sup>19</sup> *Importance scientifique*, p. 67.

<sup>20</sup> F. Laferrière, « Introduction », *Revue bretonne de droit et de jurisprudence*, volume 1, mai-août 1840, p. III. Sur cette revue et son programme, voir l'article de Y.-A. Durelle-Marc dans ce volume.

<sup>21</sup> *Importance scientifique*, p.66.

<sup>22</sup> *Programme*, p. 95

français ; ni l'une ni l'autre n'ont manqué d'être écrites, et de l'être par différentes plumes et de différentes manières »<sup>23</sup>. Les travaux d'Alexandre Cérésa-Bonvillaret (*Précis historique de législation française*, 1811), de Joseph-Dominique Eléazar de Bernadi de Valernes (*De l'origine et des progrès de la législation française*, 1816) ou encore de Thomas Pascal Boulage (*Introduction à l'histoire du droit français et à l'étude du droit naturel*, 1821), pour ne prendre que trois exemples, illustrent bien un tel intérêt pour la démarche historique. Mais, cette dernière est encore très fortement marquée par la tradition historiographique et érudite de l'Ancien Régime. On ne s'étonne donc guère de voir l'avocat André Dupin rééditer et compléter en 1818 les *Lettres sur la profession d'avocat et bibliothèque choisie* d'Armand Gaston Camus offrant un panorama complet des travaux consacrés aux grands monuments du droit romain, canonique et français, publiés par les mauristes, les bollandistes, les historiens officiels ou non de la monarchie<sup>24</sup>. La persistance de cette tradition des antiquités du droit explique également le succès rencontré, dans les premières décennies du XIX<sup>e</sup> siècle, par le petit opuscule de l'abbé Claude Fleury, *Histoire du droit français*, ouvrage imité par certains juristes-historiens. À partir de 1817, Claude-Emmanuel Pastoret, figure importante du monde académique, consacre son énergie à la rédaction d'une monumentale *Histoire de la législation*<sup>25</sup>. Édouard Gans, lors d'un voyage en France en 1825, ne cache pas la déception que l'entreprise historique de cet ancien professeur au Collège de France lui inspire : « nous découvrîmes que nous avions tous les deux entrepris ce travail [*i.e.* une histoire universelle du droit] à partir de points de vue différents : lui afin de satisfaire une tendance littéraire, moi afin de combler une lacune dans le développement du droit. Telle est bien la raison pour laquelle son histoire en est toujours restée à l'Antiquité, sans réussir à en franchir le seuil »<sup>26</sup>. C'est bien une telle « tendance littéraire » que Klimrath ne cesse de dénoncer dans les travaux historiques de Fleury et de Bernardi, ses cibles privilégiées<sup>27</sup>. Ces derniers réduisent, à ses yeux, l'histoire à une « sèche chronique sans intelligence et sans animation », un « squelette des faits » alors même qu'il convient de restituer « la progression vivante des événements, le développement organique des institutions »<sup>28</sup>. Car, l'historien du droit se doit impérativement de travailler à la réconciliation du fait et de l'idée, d'établir les faits et d'en reconstituer le sens précis<sup>29</sup>. Soucieux du « développement

<sup>23</sup> L.-B. COTELLE, *Cours de droit français ou du Code Napoléon approfondi*, Paris, 1813, tome 1, p. XIII.

<sup>24</sup> Cette édition est publiée à Paris en 1818. La *Bibliothèque choisie* figure dans le second volume ; il ne contient pas moins de 2447 références sur le droit naturel, le droit romain, le droit français, le « nouveau droit français », le droit canonique, le droit étranger. Dans la 5<sup>e</sup> édition publiée à Bruxelles en 1833 par ce même Dupin (réédition Georg Olms Verlag, 1976), on compte 3703 entrées

<sup>25</sup> C.-E. PASTORET, *Histoire de la législation*, Paris, 1817-1837, 11 volumes.

<sup>26</sup> É. GANS, *Chroniques françaises*, textes présentés et édités par N. Waszek, Paris, Cerf, 1993, p.119.

<sup>27</sup> *Importance scientifique* p. 66.

<sup>28</sup> *Programme*, p. 94.

<sup>29</sup> Sur cette difficile conciliation, M. GAUCHET, « Les *Lettres sur l'histoire de France* d'Augustin Thierry. "L'alliance austère du patriotisme et de la science" », P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire. II. La Nation. 1. Héritage, historiographie, paysages*, Paris, Gallimard, 1986, p. 266-282.

providentiel de l'humanité entière »<sup>30</sup>, l'historien du droit ne saurait donc pour autant se dispenser de patientes recherches érudites dans les archives. Elles sont une condition indispensable pour écrire cette histoire totale du droit français. Klimrath forme le projet, resté inachevé par son décès prématuré, de donner « un corps complet des coutumiers français au Moyen Âge »<sup>31</sup>. Cependant, il ne prend pas moins une part active à l'effort de publication des monuments de l'histoire juridique française et présente ainsi en 1835 et 1837 à François Guizot, ministre de l'Instruction publique, deux mémoires sur les monuments inédits de l'histoire du droit français au Moyen Âge<sup>32</sup>. Le juriste décide également de préparer l'édition de plusieurs manuscrits originaux, trouvés notamment parmi les richesses de la Bibliothèque royale, en vue de leur publication dans la *Collection des documents inédits sur l'histoire de France*<sup>33</sup>.

Le « cas Klimrath » bouscule très sérieusement l'historiographie traditionnelle de la science juridique. Évolutionniste, cette dernière décrit le plus souvent la lente découverte, par les juristes français, du continent historique dans le premier XIX<sup>e</sup> siècle. Étrangère, voire purement et simplement hostile, à l'histoire, la science française du droit se serait convertie, à la suite de la révélation de l'école allemande, à la méthode historique. Une telle présentation a notamment été popularisée par les thuriféraires de « l'école scientifique ». Elle est également de nature à satisfaire les historiens du droit désireux, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, de rappeler leur rôle dans la rénovation des méthodes juridiques. Mais, cette vision héroïque méconnaît aussi bien la perpétuation, après l'ouverture des écoles de droit, d'une tradition attachée à l'exploration des antiquités du droit que le succès rencontré parmi les juristes par les sciences morales et politiques. En réalité, les années 1830 manifestent plutôt le passage d'une « régime de savoirs » à un autre<sup>34</sup>, c'est-à-dire l'apparition d'une nouvelle manière d'articuler analyse juridique et méthode historique. Jusqu'alors, les commentateurs du Code civil ne méconnaissent certes pas l'histoire. Mais, entre leurs mains, elle est un agréable récit, une ornementation. Car le juriste qui s'y livre se dépouille de ses attributs de professionnel du droit pour endosser les habits de l'homme de lettres. Entre la science du juriste et celle de l'historien, il faut choisir. Attaché à la reconstitution de frontières disciplinaires et institutionnelles, Napoléon Bonaparte a, il est vrai, impulsé un mouvement de distanciation et de spécialisation

<sup>30</sup> H. K., « Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil », *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, recueillis, mis en ordre et précédé d'une préface de L. A. Warnkönig, Paris-Strasbourg, 1843, tome 1, p. 5-62 [désormais, *Essai*]

<sup>31</sup> BNUS Warnkönig, Lettre de H. Klimrath à L. A. Warnkönig, 12 janvier 1837.

<sup>32</sup> H.K., *Mémoire sur les monuments inédits de l'histoire du droit français au Moyen Âge*, Paris, Strasbourg, 1835 ; *Mémoire sur les Olim et sur le Parlement, second mémoire sur les monuments inédits de l'histoire du droit français*, Paris, 1837.

<sup>33</sup> BNUS Warnkönig ; Lettre H. L. Schertz à L. A. Warnkönig, 29 mai 1838. Seul *Li livres de justice et de Plet* est retenu pour être édité dans cette *Collection* par P.-N. RAPETTI en 1850. Les autres sources sont les *Assises de la Basse Court du royaume de Jérusalem*, une copie de *Pierre de Fontaines, l'ancien Coutumier de Picardie* et seront publiées chez divers éditeurs à partir de 1839 par V. Foucher ou A.-I. Marnier.

<sup>34</sup> Sur cette notion de « régime de savoirs », voir D. PESTRE, *Science, argent et politique. Un essai d'interprétation*, Paris, INRA, 2003.

des savoirs<sup>35</sup>. À l'inverse, la monarchie de Juillet offre un visage fort différent. Marqués par le souvenir de « l'Encyclopédie vivante », Guizot et ses amis réactivent le rêve d'une science unitaire de l'homme au service du gouvernement de la cité, incompatible avec des barrières disciplinaires trop étroites. Certes, cet idéal ne mord encore que modérément sur le territoire des facultés de droit. Il ouvre néanmoins la voie à des pratiques scientifiques moins préoccupées de mettre des distances entre les savoirs et de dresser des murailles entre eux que de les faire converger en vue de rationaliser l'exercice du pouvoir et l'administration de la population. Dans ce processus de « caméralisation » des savoirs, l'histoire occupe la première place puisqu'elle est susceptible de révéler l'essence du peuple. Plutôt que de discipliner le droit et l'histoire, de les maintenir à bonne distance l'un et l'autre, Klimrath propose de nouer une alliance entre les deux : « l'histoire seule peut devenir la base d'une exégèse plus large, plus sûre, plus scientifique. Pour qui sait les lire, les textes comme les discussions ramènent constamment à l'histoire »<sup>36</sup>. Nulle opposition donc entre méthode historique et méthode exégétique mais un réaménagement complet des savoirs commandé par les impératifs de l'action politique et sociale. Surtout, ce nouveau « régime de savoirs » rend acceptables certaines orientations définies par l'école historique allemande. Klimrath accorde, comme celle-ci, le premier rang à la méthode historique. Mais, retenant les leçons de la nouvelle historiographie, il inverse la valeur du présent dans le discours historique<sup>37</sup>. À l'aune des nécessités présentes, l'histoire est un instrument de construction de l'avenir et non le ressassement nostalgique du passé. De fait, passé au filtre de l'historiographie libérale (valeur positive du présent), la méthode historique, fût-elle inspirée par son prestigieux modèle allemand, devient utile entre les mains du juriste sincèrement attaché au Code civil.

## II – « METHODE HISTORIQUE » : DE L'UNITÉ DU CODE CIVIL À LA RECHERCHE DE L'IDENTITÉ JURIDIQUE NATIONALE.

La méthode historique se développe sur le terreau des sciences morales et politiques. Chez Klimrath, l'intérêt pour Savigny et ses disciples est provoqué et consolidé par l'effervescence autour de la « science sociale ». À cet égard, sans mystère, il reconnaît, dans sa thèse, les mérites de la doctrine de Saint-Simon dans le domaine de la philosophie de l'histoire<sup>38</sup>. Plusieurs saint-simoniens contribuent, autour de 1830, d'une manière décisive, à l'introduction des thèses de l'école allemande en France : Eugène Lerminier, Henri Lagarmitte ou encore Jules Lechevalier, tous trois germanophiles déçus de l'éclectisme. Klimrath, non converti au saint-simonisme, n'en évolue pas moins dans des milieux fortement marqués par

<sup>35</sup> Sur ce mouvement de distanciation et de spécialisation des savoirs, la magistrale étude de J.-L. CHAPPEY, *La Société des Observateurs de l'homme (1799-1804). Des anthropologues au temps de Bonaparte*, Paris, Société d'études robespierristes, 2002.

<sup>36</sup> *Essai*, p. 18-19.

<sup>37</sup> Sur cette grille libérale d'intelligibilité de l'histoire, M. FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France, 1976*, Paris, Gallimard, 1997, p. 200-212.

<sup>38</sup> *Essai*, p. 9, n.1.

son enseignement<sup>39</sup>. En 1834, lorsque Henri Lagarmitte, très affaibli par une grave maladie, se trouve dans l'impossibilité de diriger seul le *Journal du Haut et du Bas-Rhin*, un des organes de la diffusion de la doctrine de Saint-Simon, Klimrath lui apporte son concours<sup>40</sup>. Le jeune historien du droit confie également des contributions à plusieurs périodiques animés par d'anciens saint-simoniens (la *Revue du progrès social* fondée par Jules Lechevalier et la *Revue encyclopédique* rachetée par Pierre Leroux). Les saint-simoniens français reconnaissent dans les travaux de Savigny et ses disciples une ressource salutaire pour penser l'historicité des sociétés humaines et l'identité nationale.<sup>41</sup>

Toutefois, à l'instar de Lagarmitte, Klimrath ne manque pas non plus de se rendre en Allemagne pour observer sur place les bienfaits de cette école historique sur le développement de la science juridique. Il part à Heidelberg, à partir de mai 1832, pendant une année et suit, à l'université, les cours de Mittermaier, de Thibaut et de Zachariae<sup>42</sup>. De retour en France, il expose, en 1834, aux lecteurs de la *Nouvelle revue germanique* les raisons de la supériorité du système des études juridiques en Allemagne<sup>43</sup> et leur donne un aperçu d'un cours sur le droit romain de Savigny fait à Berlin en 1832<sup>44</sup>. Klimrath ne manque jamais de reconnaître aux Allemands la paternité du travail historique appliqué au droit. « C'est, insiste-t-il dans sa thèse, le mérite incontestable de l'École historique d'Allemagne, d'avoir montré en quoi consistait véritablement l'utilité de l'histoire politique, comme de l'histoire du Droit »<sup>45</sup>. Tous les efforts du jurisconsulte tendent à faire de l'histoire une « source féconde d'interprétation », à « tirer parti des moyens d'interprétation qu'elle procure ». Rompant avec « l'interprétation grammaticale et logique »<sup>46</sup>, Klimrath invite, par conséquent, les juristes français à adopter cette démarche qu'il nomme « institution historique au Droit français »<sup>47</sup>. Accueillir une telle proposition méthodologique suppose une démystification de la Loi en reconnaissant notamment le caractère incomplet du Code civil<sup>48</sup>. Le Code « n'a point répudié des principes

<sup>39</sup> H.K., « Henri Lagarmitte », *op. cit.*, p. 173-174 : « Le saint-simonisme est jugé par l'événement ; comme secte, il n'existe plus, mais à plus d'un égard, la société entière est tout imprégnée de l'influence indirecte qu'il a exercé sur elle ».

<sup>40</sup> BNUS Warnkönig, Lettre de H. L. Schertz à L.A. Warnkönig, 17 mars 1843. Voir M. EMERIT, « Les saint-simoniens à Strasbourg », *Annales de l'Est*, 1976, sér. 5, a. 28, n°1, p. 73-75.

<sup>41</sup> P. REGNIER, « Les saint-simoniens et la philosophie allemande ou la première alliance intellectuelle franco-allemande », *Revue de synthèse*, t. CIX, 4<sup>e</sup> série, 1988, n°2, p. 231-245. Sur l'école historique allemande, O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005.

<sup>42</sup> Klimrath profite de ce séjour pour faire un voyage à Vienne pendant l'été 1832. Il retourne, une seconde fois, à Heidelberg en 1836. Sur l'université d'Heidelberg et ses enseignants, voir les articles précités publiés dans la *Revue encyclopédique* ainsi qu'O. MOTTE, *ouv. cit.*

<sup>43</sup> H.K., « De l'étude du droit en Allemagne », *Nouvelle revue germanique*, 2<sup>e</sup> série, tome 1, janvier 1834, p. 21-42 ; avril 1834, p. 305-337 ; tome 3, septembre 1834, p. 43-61 ; tome 3, octobre 1834, p. 145-163.

<sup>44</sup> H.K., « Aperçu de l'histoire extérieure du droit romain d'après M. de Savigny », NRG, 2<sup>e</sup> série, tome 3, novembre 1834, p. 229-259 ; décembre 1834, p. 309-339 (il s'agit d'un cours fait à Berlin pendant l'été 1832).

<sup>45</sup> *Essai*, p. 9.

<sup>46</sup> *Programme*, p. 92.

<sup>47</sup> *Programme*, p. 101.

<sup>48</sup> N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

transmis par l'histoire, éprouvés par l'expérience et produits par le libre développement des mœurs nationales »<sup>49</sup>. À la différence des premiers commentateurs, le Code civil n'a donc pas seulement une origine (la « volonté du législateur ») ; il a également des sources historiques<sup>50</sup>. Autrement dit, le Code civil est l'œuvre du Législateur au sens où ce dernier hérite de dispositions de l'ancien droit qui ne sont pas « nées au hasard, sans causes et sans antécédents » et qu'il lui faut reconnaître<sup>51</sup>. L'œuvre codificatrice ne marque donc pas une rupture entre un avant et un après dans le développement juridique ; elle prend elle-même place dans la « chaîne du temps » qui contraint à reconnaître toute chose comme le produit d'une nécessité historique. Cette constatation est si vraie qu'il convient d'admettre honnêtement que les rédacteurs du Code « se sont bornés [...] à de simples changements de rédaction, respectant les usages établis et les habitudes locales, malgré le désir d'uniformité »<sup>52</sup>. Ainsi, puisque l'histoire fait la matière même du Code, c'est par l'histoire que la science juridique en explique les dispositions obscures et supplée à toutes les lacunes.

Une telle position méthodologique soulève, en réalité, plus de difficultés qu'elle n'en résout. Car, l'exégèse a incontestablement le mérite de la cohérence. La rationalité de la Loi trouve son fondement dans son unité et sa complétude. Ces dernières sont assurées par la « volonté du législateur » qui s'exprime notamment à travers la parole professorale. Mais, Klimrath, plus préoccupé des « sources » que de « l'origine », abandonne aussitôt le terrain stable de l'unité du Code pour celui, plus mouvant, de la pluralité de ses sources. Insister sur une telle pluralité, n'est-ce pas prendre le risque d'un retour du multiple si redouté, d'une dislocation de cette unité du Code et de son interprétation si patiemment construite ? Ce qui justifie, aux yeux de Klimrath, une telle attention à la multiplicité des sources, c'est que celles-ci ne peuvent masquer l'esprit commun qui les anime et en forme la substance. Les lois doivent être interprétées « de la même manière, c'est-à-dire historiquement, parce que toutes dérivent d'une source commune qui est l'histoire »<sup>53</sup>. Elles sont toutes le produit d'une histoire commune, plus précisément encore de l'histoire de la nation française. Au-delà de leurs différences parfois profondes, il y a pourtant entre toutes les dispositions du Code civil une identité spécifique dérivant de leur commune inscription dans le creuset national. En somme, au couple origine/unité structurant la démarche de l'exégète-logicien, l'historien du droit substitue le couple sources/identité qui légitime sa démarche et écarte les dangers dénoncés par ses adversaires. Le succès de « l'institution historique au droit » est subordonné à l'écriture d'une histoire du droit national qui démontre la pérennité de l'identité juridique française. Les temps sont, il est vrai, à l'histoire de la nation. Les modèles

<sup>49</sup> *Essai*, p. 17.

<sup>50</sup> Comme « système », le Code a une origine (la « volonté de législateur ») qui l'arrache à un passé révolu (« les sources »). Sur cette distinction entre « origine » et « sources », voir le commentaire lumineux de G. NAVET, *De l'usage de Vico en France : le problème de la légitimité du droit civil*, thèse pour le doctorat en science politique, Université de Reims, 1987, p. 161-164.

<sup>51</sup> Klimrath précise dans son *Histoire du droit public et privé de la France*, *op. cit.*, p. 183. : « En ce sens, le droit positif est un droit naturel. Le législateur le reconnaît plus ou moins et le déclare bien ou mal, mais il ne le crée jamais ».

<sup>52</sup> *Essai*, p. 13.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 19.

d'inspiration ne manquent assurément pas. Certes, l'école historique française<sup>54</sup> et les « germanistes » figurent, chez Klimrath, au premier rang des influences. Mais le jeune juriste est également un lecteur attentif de Jean-Charles-Leonard Simonde de Simondi, de Jean de Müller, le « Thucydide allemand » (proches l'un de l'autre, tous les deux liés au groupe de Coppet)<sup>55</sup> ou encore de Heinrich Luden, élève critique de Müller et auteur d'une *Histoire de la nation allemande*<sup>56</sup>. Pourtant, les travaux existants n'offrent guère de réponses précises à la question suivante : « comment écrire l'histoire du droit français ? ». Henri Klimrath se voit contraint de tracer lui-même le cadre méthodologique indispensable à une telle entreprise. C'est, en définitive, à cette opération historiographique majeure qu'il consacre la majorité de son œuvre.

Remonter à l'origine de toute chose, tel est le point de départ de son enquête. « On ne connaît bien un principe ou une institution que lorsqu'en sait l'origine, le développement et les modifications successives »<sup>57</sup>. Au commencement sont les invasions barbares. Un tel mot d'ordre est une arme de guerre dirigée contre l'obsession romanistique et les rêveries gauloises<sup>58</sup>. Au V<sup>e</sup> siècle, les différentes composantes du droit français (lois romaines, coutumes gauloises et germaniques, christianisme<sup>59</sup>) sont mises en présence sur la terre des Francs. « L'histoire du droit français est, rappelle-t-il, l'histoire de leur lutte et de leurs transactions successives »<sup>60</sup>. L'époque barbare, scène inaugurale, est le syllabaire de tous les possibles : « c'est de tous ces éléments divers [qui se rencontrent à ce moment], combinés entre eux, développés par des besoins nouveaux, par le génie moderne, principalement par les usages du commerce et l'esprit de famille, que notre Droit actuel s'est formé »<sup>61</sup>. Le moteur de l'histoire du droit est bien moins la guerre entre les races, fussent-elles antagonistes, qu'une lutte entre des principes. C'est ainsi qu'il faut reconnaître que les « principes germaniques ont toujours eu une large part, peut-être la plus large dans le développement de nos institutions »<sup>62</sup>. La mission de l'historien est de

<sup>54</sup> C. NICOLET, *La fabrique de la nation. La France entre Rome et les Germains*, Paris, 2006.

<sup>55</sup> Voir l'article d'A. ESCUDIER, « Entre 'pragmatisme' des Lumières et 'Historisme' classique. Johannes von Müller et l'historiographie allemande de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle », *L'historiographie à l'aube du XIX<sup>e</sup> siècle autour de Jean de Müller et du Groupe de Coppet*, Paris, Honoré Champion éditeur, 2004, p. 45-77.

<sup>56</sup> H. K., « Comment faut-il écrire l'histoire ? Entretien de M. Luden avec Jean Muller, raconté par le premier », *Nouvelle revue germanique*, 1830, n°13, mars, p. 285-299 ; « *Histoire de la nation allemande* par M. Luden », *Nouvelle revue germanique*, avril 1831, p. 289-308 et mars 1832, p. 193-21.

<sup>57</sup> *Essai*, p. 20. « Après la connaissance du pays, ce qui importe le plus pour l'histoire d'un peuple, c'est la connaissance de ses origines » (*Importance scientifique*, p. 68).

<sup>58</sup> Voir les critiques adressées à F. Laferrière trop empressé de faire du droit romain le substrat du droit civil français. « Compte rendu de l'Histoire du droit français par M. F. Laferrière (1836) » dans *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, ouv. cité., volume 1, p. 113-131 [désormais *Laferrière*]

<sup>59</sup> Les Gaulois, les Romains, les Germains et le Christianisme sont inclus dans l'histoire du droit français au titre de « moment pré-historique ». « L'histoire du droit français suppose l'histoire du droit romain mais ne la comprend point (*Programme*, p. 103).

<sup>60</sup> *Programme*, p. 103.

<sup>61</sup> *Essai*, p. 8.

<sup>62</sup> *Programme*, p. 69. Dans son compte-rendu sur l'*Histoire du droit* de F. Laferrière, Klimrath note : « les germes déposés dans les mœurs germaniques se sont développés dans

repérer des combinaisons renouvelées des principes originels ainsi que leurs traductions juridiques concrètes. De ce point de vue, on comprend combien l'histoire du droit proposée par les juristes-historiens contemporains de Klimrath ne peut le satisfaire puisqu'ils la réduisent à un enfillement successif des grands monuments du droit, c'est-à-dire une chronique des volontés royales et seigneuriales. Bien loin de s'adosser à la seule temporalité politique (celle des règnes, voire des races royales), l'histoire du droit français doit rendre compte des « périodes » qui scandent son évolution spécifique. « Des périodes bien faites sont la première condition, aussi difficile qu'indispensable, de la méthode historique »<sup>63</sup>. C'est bien son absence de rigueur dans la fixation des « périodes » qui entraîne la sévère condamnation par le juriste strasbourgeois du travail de J.-P. Brewer<sup>64</sup>. Klimrath définit quant à lui quatre périodes : la France barbare ou l'empire des Francs (486-888) ; la France féodale (888-1461) ; la monarchie française (1461-1789) ; l'ère nouvelle<sup>65</sup>. Pourquoi une telle attention portée aux « périodes » ? La « période » est un opérateur historiographique qui doit rendre *visible* la cohérence juridique d'une époque donnée<sup>66</sup>. Il n'est, par exemple, besoin que de consulter les écrits de Bernardi pour mesurer combien l'abandon de « l'ordre des textes » au bénéfice de cet « ordre des périodes » introduit une véritable révolution historiographique. Les périodes sont des durées pendant lesquelles « le caractère permanent et conservateur prédomine, tandis qu'à leur limite, c'est le changement novateur qui l'emporte »<sup>67</sup>. À chaque période, son agencement particulier des principes gaulois, romains, germaniques et ses institutions adaptées à l'esprit de son temps. Il appartient à l'historien de descendre dans le détail des faits et des événements sans perdre « l'esprit objectif » qui les ordonne. Klimrath ne dissimule cependant pas que certaines périodes exercent, dans l'évolution historique, une influence plus importante que d'autres. À cette époque d'incertitude et d'anarchie qu'est la période barbare succède le Moyen Âge où toutes les « tendances si diverses savaient s'harmoniser dans une unité merveilleuse »<sup>68</sup>. Tous les efforts du Moyen Âge ont convergé vers une tentative de résoudre le problème social : « unité sans uniformité, sans nivellement et sans despotisme »<sup>69</sup>. En somme, les « périodes organiques » (organisatrices) chassent les « périodes critiques » (destructrices). L'influence de la *Doctrine de Saint-Simon*<sup>70</sup> est ici

---

des situations diverses, sous des formes différentes appropriées aux besoins de chacune des époques franques, féodale et moderne ».

<sup>63</sup> *Histoire du droit public et privé*, p. 185.

<sup>64</sup> H.K., « Compte rendu de l'*Histoire des institutions judiciaires* en France par M. J.P. BREWER (1836) », dans *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, ouv. cité., volume 1, p. 132-145 [désormais, *Brewer*].

<sup>65</sup> Voir notamment les différents plans de son *Histoire du droit public et privé*, p. 171-181.

<sup>66</sup> Sur l'opération de périodisation, K. POMIAN, *L'ordre du temps*, Paris, Gallimard, p. 159-156.

<sup>67</sup> *Brewer*, p. 135.

<sup>68</sup> BNUS cours Klimrath (leçon 11).

<sup>69</sup> *Importance scientifique*, p. 84.

<sup>70</sup> *Doctrine de Saint-Simon. Exposition*. Première année, 1829, Paris, Marcel Rivière, nouvelle édition, 1924, p. 193-201. Cette influence saint-simonienne est particulièrement sensible dans son cours libre de 1834. Dans la 11<sup>e</sup> leçon, Kimrath affirme : « C'est une heureuse et féconde idée que cette distinction des époques organiques et critiques, pourvu toutefois qu'on n'en use qu'avec mesure et discernement », BNUS cours Klimrath.

patente. On ne saurait pour autant opposer d'une manière excessive les différentes périodes entre elles. Car, avec cette notion de « période », l'historien ne se contente pas d'insister sur la cohérence de l'esprit du droit français, il souligne, par la même occasion, la *continuité* juridique de la France. Car, chaque période réaménage l'héritage passé en fonction de ses besoins présents. Penser par « périodes », c'est pour l'historien s'attacher à expliciter cette tension constante entre réception d'une tradition juridique et usages présents de cette matière qui en renouvelle le sens. L'ordre des « périodes » permet, en définitive, d'appréhender le passé comme un « présent en glissement »<sup>71</sup>. Et, comme le souligne fortement Klimrath, il donne les moyens de mettre en lumière « cette persistance dans le changement qui caractérise l'histoire du droit à la différence de toute autre histoire »<sup>72</sup>. Or, qu'est-ce que la « persistance dans le changement » sinon la définition même de l'identité<sup>73</sup>?

Chez Klimrath, la « période » est également pensée comme le cadre adapté à une histoire totale du droit français. Le jeune juriste s'interroge, en effet, sur la meilleure façon d'exposer l'état du droit français pour *chacune* des périodes étudiées. Les préoccupations méthodologiques accompagnent, une fois encore, chacun de ses pas. Dans son enquête, il se révèle un lecteur assidu des juristes allemands en cherchant à évaluer les méthodes d'exposition retenues pour certaines questions de droit<sup>74</sup>. Klimrath s'engage, quant à lui, dans une voie particulièrement ambitieuse : l'histoire du droit se doit à l'avenir de rendre compte de « tout le droit et rien que le droit ». « Sources du droit, droit politique, droit civil, droit criminel, droit canon, ni plus ni moins, voilà l'objet de notre étude à chaque époque »<sup>75</sup>. Reprenant la distinction de Leibniz, généralement admise en Allemagne, entre « histoire externe (ou extérieure) » et « histoire interne (intérieure) », Klimrath rappelle à plusieurs reprises que le véritable progrès est de ne jamais séparer ces deux parties. Pour chaque période, il est indispensable, en premier lieu, de présenter les sources du droit (« lois, codes et ordonnances, ouvrages des jurisconsultes, arrêts des tribunaux ») ainsi que les grands événements, faits politiques et sociaux qui en expliquent la formation. Il s'agit là de « l'histoire externe ». Klimrath condamne, à cet égard, fermement les travaux contemporains exclusivement centrés sur une telle histoire, introductions décevantes et inutiles aux sources du droit. Les efforts de l'historien doivent également s'orienter vers le « droit lui-même, [les] diverses formes qu'il a successivement affectées, [les] modifications qu'il a subies »<sup>76</sup>. Toutes les branches du droit (droit politique, droit civil, droit criminel et droit canon), leurs dispositions respectives ne doivent être omises dans cette partie de « histoire interne ». De cette histoire totale seule peut émerger la compréhension de « l'esprit profond, la signification véritable du droit actuel, dernier produit de cette histoire »<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> Selon la belle formule de B. LEPETIT, « Le présent de l'histoire », B. LEPETIT (dir.), *Les formes de l'expérience*, Paris, 1995, p. 296.

<sup>72</sup> Brewer, p. 134.

<sup>73</sup> P. GUENANCIA, « L'identité », D. KAMBOUCHNER (dir.), *Notions de philosophie. II*, Paris, 1995, p. 574.

<sup>74</sup> Notamment dans ses articles sur « l'étude du droit en Allemagne », ouv. cité. On a également conservé les notes de Klimrath sur les plans des cours et/ou des ouvrages des historiens du droit allemands (BNUS Klimrath).

<sup>75</sup> *Programme*, p. 107.

<sup>76</sup> *Nouvelle revue historique*, 2<sup>e</sup> série, tome 3, septembre 1834, p. 46.

<sup>77</sup> *Histoire du droit public et privé*, p. 187.

Retracer la « physionomie propre de chaque siècle et le développement simultané de toutes les parties du droit, d'époques en époques »<sup>78</sup> : telle est, en définitive, la tâche à poursuivre inlassablement. De sa réalisation dépend le succès futur de « l'institution historique au droit ». Le programme ainsi tracé ne sera malheureusement pas exécuté par son concepteur. La mort le frappe, le 31 août 1837. Klimrath a néanmoins livré, de novembre 1833 à mai 1834, une première illustration de sa démarche dans un cours libre d'histoire du droit français ouvert à Strasbourg. Devant les auditeurs, il explique cette « condition de l'histoire » propre aux institutions sociales<sup>79</sup>. Recommandé par le professeur Jacques Frédéric Rauter et son collègue, le député du Haut-Rhin Hartmann, un proche de Lagarmitte<sup>80</sup>, Klimrath obtiendra d'ailleurs, peu de temps avant son décès, de Guizot et Salvandy la promesse de la création d'une chaire d'histoire droit français. Il faut attendre 1843 pour découvrir une version élaborée, malheureusement incomplète, de son projet historiographique. L.A. Warnkönig, rencontré à Heidelberg, et la mère du défunt, H. L. Schertz, publient à cette date les deux premiers livres (« Les origines » et « Les Barbares et l'empire franc ») de son *Histoire du droit public et privé de la France*<sup>81</sup>.

### III - « GÉOGRAPHIE DE LA FRANCE COUTUMIÈRE » : DÉCRIRE ET REPRÉSENTER L'IDENTITÉ DU DROIT COUTUMIER.

Quelques mois avant son décès, Klimrath décide de suspendre la rédaction du troisième livre de son *Histoire du droit public et privé* afin d'achever prioritairement ses « Études sur les coutumes ». Dès sa thèse, cet attachement à la coutume se révèle pleinement. Non parce que celle-ci serait dotée du pouvoir d'exprimer directement la conscience populaire ou de traduire un droit spontané des groupes. De ce point de vue, sa conception de la coutume est fort peu « sociologique »<sup>82</sup>. Plus simplement, pour le jeune juriste, « la coutume est le produit de l'histoire ; c'est l'histoire elle-même résumée en maximes générales abstraites »<sup>83</sup>. Une filiation unie les mœurs primitives des Germains, les lois barbares, les institutions féodales, les coutumes du XVI<sup>e</sup> siècle. « L'ensemble de ces formes compose le système historique du droit coutumier »<sup>84</sup>. Le Code civil lui-même, modelé en grande partie sur le Droit

<sup>78</sup> *Programme*, p. 111

<sup>79</sup> Le cours est conservé à la Bibliothèque Nationale et Universitaire de Strasbourg (ms 3322).

<sup>80</sup> Sur la création de cette chaire : lettre de Rauter à Warnkönig, 2 décembre 1842, O. Motte, *Lettres inédites, op. cit.*, tome 2, p. 1513-14 ; BNUS Warnkönig, lettres de H.L. Schertz à L.A. Warnkönig, 29 mai 1838 et 17 mars 1843.

<sup>81</sup> Initialement, F. F. Poncelet s'est proposé pour rédiger l'introduction aux *Travaux sur l'histoire du droit français* (BNUS Warnkönig, Lettre H.L. Schertz à L.A. Warnkönig, sd.). Pour son *Histoire du droit public et privé de la France*, Klimrath prévoyait une publication en trois volumes composés de cinq livres. Warnkönig a vraisemblablement renoncé à publier les très nombreuses notes déjà rédigées pour la troisième partie consacrée au Moyen Âge et à la féodalité (BNUS Warnkönig, Lettre H.L. Schertz à L.A. Warnkönig, 30 janvier 1844).

<sup>82</sup> Sur la conceptualisation de la coutume, on consultera prioritairement L. ASSIER-ANDRIEU, « Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume », *L'Homme. Revue française d'anthropologie*, n°160, 2001, p. 67-90

<sup>83</sup> *Essai*, p. 22.

<sup>84</sup> *Laferrière*, p. 131.

coutumier, est « le chef-d'œuvre du génie coutumier français »<sup>85</sup>. Sa thèse s'efforce ainsi d'établir que, dans le Code, les dispositions intéressant le droit des biens et le droit de la famille sont d'origine coutumière<sup>86</sup>. Une telle affirmation permet opportunément de réduire, voire de neutraliser purement et simplement, l'influence du droit romain – en pleine opposition avec la perspective de Savigny.

Offrant une illustration remarquable de cette identité du droit français à travers l'histoire (le « système historique du droit coutumier »), la coutume soulève toutefois une difficulté supplémentaire que l'historien ne peut méconnaître : la diversité coutumière. Sans aucun doute, la rédaction officielle des coutumes à la fin du Moyen Âge a marqué une étape importante dans l'unification du droit français. Mais, devant le spectacle de cette diversité jamais réduite, comment parler d'un droit coutumier ? Ne doit-on pas soutenir, par exemple, que telle disposition du Code civil a sa source dans telle ou telle coutume particulière plutôt que dans le droit coutumier français ? L'identité juridique française ne risque-t-elle pas de se briser sur les récifs de la variété des coutumes ? Il est singulier, à cet égard, d'observer Klimrath, pour ancrer l'identité du droit français sur un autre fondement que le droit romain (à la fois « un et uniforme »), mobiliser une source dont l'extraordinaire diversité menace, à chaque instant, la réussite de son entreprise. Quoi qu'il en soit, il est animé par la farouche conviction que « c'est sur cette unité, cette identité du Droit coutumier, que se fondait l'espérance que la France se pourrait enfin réduire à la conformité, raison, équité d'une seule loi, coutume, poids et mesure, comme dit Loisel »<sup>87</sup>. Bref, les différences entre les coutumes ne peuvent masquer « un air de famille par lequel elles se ressemblaient toutes »<sup>88</sup>. Ses « Études sur les coutumes » (1837) veulent administrer la preuve de cette « unité des coutumes », de « l'identité de leur esprit »<sup>89</sup>. Le jeune Strasbourgeois jette alors les bases d'une « géographie coutumière de la France ». Cette conception est l'illustration éclatante d'un intérêt pour la géographie qui s'est manifesté précocement<sup>90</sup>. Dès son plus jeune âge, il étudie plusieurs géographes anciens ainsi que les travaux cartographiques de Joseph Guadet et de Pierre Armand Dufau. Il fréquente assidûment Hérodote et, plus encore que dans l'école historique allemande, y puise très certainement son modèle ethnographique attaché à donner une description géographique des différents *nomoi*<sup>91</sup>. Ultérieurement, il confie à la *Nouvelle revue germanique* plusieurs comptes-rendus sur des ouvrages de géographie et traduit des extraits de la *Géographie générale comparée* de Carl Ritter (1779-1859) dont il est un grand admirateur. Il avoue avoir caressé l'espoir de proposer la traduction complète de cet ouvrage fondateur<sup>92</sup>. Il partage d'ailleurs une telle passion de la géographie avec les saint-

<sup>85</sup> Pour une analyse précise de cette thèse à partir de l'hypothèse de la saisine, M. XIFARAS, ouv. cité, p. 429-477.

<sup>86</sup> *Essai*, p. 26-62.

<sup>87</sup> *Essai*, p. 36.

<sup>88</sup> *Essai*, p. 34.

<sup>89</sup> H.K., « Études sur les coutumes (1837) », *Travaux sur l'histoire du droit français*, ouv. cité, tome 2, p. 133-337 [Désormais *Coutumes*]

<sup>90</sup> C. CUVIER, « Mes souvenirs sur Henri Klimrath », ouv. cité, p.103-107.

<sup>91</sup> Sur cette démarche ethnographique et cartographique chez Hérodote, C. JACOB, *Géographie et ethnographie en Grèce ancienne*, Paris, 1991, p. 49-72.

<sup>92</sup> C. RITTER, « Description d'une partie de l'Abyssinie. Extrait de la *Géographie générale comparée* » (traduction Henri Klimrath), *Nouvelle revue historique*, tome 6, novembre 1830, p. 201-222, 301-333. Sur Ritter, P. Claval, *Histoire de la géographie*, Paris, 3<sup>e</sup> éd. 2001.

simoniens<sup>93</sup> et quelques juristes de son époque comme l'avocat François André Isambert qui participe à la fondation de la Société de géographie de Paris.

Klimrath reconnaît sans détour qu'il est « porté par [ses] sympathies et par [ses] études à une préférence nullement déguisée pour les principes coutumiers »<sup>94</sup>. Il ne conteste pas naturellement la distinction entre pays de droit écrit et pays coutumiers<sup>95</sup>. Mais, l'Histoire a, à ses yeux, rudement jugé le droit romain : presque partout les solutions coutumières ont prévalu contre lui, comme le Code civil le démontre. Cette victoire finale du droit coutumier, peut-être même du droit commun coutumier, prouve *rétrospectivement* la faible implantation du droit romain sur le sol national. Klimrath peut logiquement écarter du champ de ses préoccupations l'étude du droit romain : « vous savez, dit-il à Warnkönig, que je ne me suis occupé de droit romain que d'une manière secondaire »<sup>96</sup>. Tous les efforts du jeune juriste portent donc sur les « pays coutumiers de France », et tout particulièrement sur ceux régis par la coutume de Paris, où l'esprit juridique national se manifeste avec le plus de pureté. Comment démontrer cette identité coutumière constamment alléguée sinon en menant une enquête empirique à partir des coutumiers rédigés<sup>97</sup>? Klimrath entreprend alors le dépouillement attentif du *Nouveau coutumier général* de Charles Bourdot de Richebourg (1724), instrument imparfait mais irremplaçable.

Dans un premier temps, Klimrath cherche à présenter « le territoire des différentes coutumes générales, en ajoutant l'énumération des coutumes locales qui y dérogeaient »<sup>98</sup>. Le territoire de la France est divisé en quatre régions coutumières (1° les pays coutumiers du nord et du milieu de la France ; 2° les pays de Droit écrit du midi de la France ; 3° les Pays-Bas ; 4° les terres d'empire). Les pays coutumiers de France sont l'objet d'une attention particulière. Pour ceux-ci, Klimrath distingue la région du nord-est, la région du milieu, la région du nord et la région de l'ouest, la région du sud-ouest. Il détaille pour chacune d'entre elles le ressort des coutumes applicables en nommant, à profusion, les lieux qu'elles régissent<sup>99</sup> et, à cet effet, mobilise l'outillage cartographique disponible<sup>100</sup>. Animé par une logique purement énumérative, Klimrath ne cherche nullement, comme le regrettera Jean Yver, à « pénétrer jusqu'à l'esprit des divers groupes de coutumes »<sup>101</sup>. Seul le critère géographique de proximité ou de contiguïté semble justifier le rattachement d'une

<sup>93</sup> A. PICON, « Les saint-simoniens : espace géopolitique et temps historique », P. MUSSO (dir.), *L'actualité du saint-simonisme. Colloque de Cerisy*, Paris, 2004, p. 321-335

<sup>94</sup> *Laferrière*, p. 119

<sup>95</sup> *Coutumes*, p. 221

<sup>96</sup> BNUS Klimrath, Lettre de H. Klimrath à L.A. Warnkönig, 12 janvier 1837.

<sup>97</sup> Sur la rédaction des coutumes, M. GRINBERG, *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, Paris, PUF, 2006.

<sup>98</sup> *Coutumes*, p. 171.

<sup>99</sup> *Coutumes*, p. 171-219

<sup>100</sup> G. DELISLE, *Recueil de cartes géographiques avec une carte de Picardie et de l'Artois*, Paris, 1710-1717 ; J.-B.-F.-N. THIERIOT, *Principes de la coutume de Chaumont-en-Bassigny*, Chaumont, 1765 ; A. H. JAILLLOT, *Les États du duc de Lorraine ou sont les Duchés de Lorraine et de Bar*, Paris, 1781 et, du même, *La province de Poitou et le pays d'Aunis, la généralité de Poitiers*, Paris, 1732.

<sup>101</sup> Voir le maître livre de J. Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966, p. 1 ainsi que P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985, p. 81-120 (« Essai de géographie coutumière »).

coutume à une région plutôt qu'une autre. Dans cette opération descriptive, Klimrath ne se contente pas d'illustrer, au-delà même de l'enchevêtrement coutumier, la remarquable étendue de l'espace coutumier (qui régit par ailleurs le cœur historique de la France). Devant la masse textuelle, il hiérarchise opportunément la documentation qui sera à traiter dans la seconde étape de l'enquête géographique. Les coutumes locales y sont négligées « à cause de leur grand nombre ». Les coutumes des Pays-Bas, des terres d'Empire et celles des pays de droit écrit du midi de la France sont exclues. Enfin, l'exploration est « renfermée sévèrement dans les limites du droit civil »<sup>102</sup>.

Klimrath se livre, dans le second temps de son étude, à une lecture méticuleuse des dispositions contenues dans les coutumes générales. Sur plusieurs questions de droit privé (la capacité personnelle, les biens, la famille, les successions), il relève la ou les solutions retenues par chacune des coutumes et examine les « systèmes » qui s'en dégagent. Par exemple, concernant la majorité féodale, l'étude des coutumes révèle « deux systèmes distincts ». Dans le premier, la majorité féodale est fixée à 20 ans sans distinction de sexe ou oscille, pour les mâles, entre 18 et 21 ans, pour les filles, entre quatorze et dix-huit ans. Dans le second, la « fin de la garde noble ou du bail et la majorité féodale coïncident toujours, et sont fixées, pour les mâles à quatorze ou quinze ans, pour les filles à onze ou douze »<sup>103</sup>. Mais cette investigation sur les « systèmes coutumiers » ne dévoile, en réalité, aucune logique territoriale. En effet, la majorité féodale à vingt ans concerne aussi bien la Normandie, la Bretagne, la Haute-Marche que l'Auvergne. La dispersion règne en maître. Ce qui fonde l'unité des différents systèmes n'est justement pas leur « localisation géographique ». Ces « systèmes » ne sont aucunement un moyen de valoriser l'inscription locale du normatif et les formes juridiques autochtones. Curieux Klimrath qui convoque la géographie pour mieux en répudier la puissance explicative ! De ce point de vue, on comprend parfaitement la réticence du Strasbourgeois à prendre comme objet d'étude cet « esprit des divers groupes de coutumes » (Jean Yver) qui pouvait apparaître comme une valorisation nostalgique du « provincialisme juridique ». Faire retour vers la coutume n'est donc pas une invitation à creuser un peu plus le fossé qui pourrait séparer identité locale et identité nationale. « La diversité des coutumes écrites, souligne très justement Louis Assier-Andrieu, ne vaut pas *en soi* mais *pour ce* qu'elle révèle de modes autochtones d'organisation sociale, de régimes de dominations politiques, de schèmes culturels »<sup>104</sup>. De fait, le travail de Klimrath n'a pas d'autre but que de réaffirmer l'unité coutumière de la France. Comment passe-t-il de la description des « systèmes coutumiers » à l'affirmation d'une telle identité ? Il faut bien reconnaître qu'il se montre fort peu explicite sur ce point laissant son lecteur faire, seul, le chemin. Une première solution consiste sans doute à affirmer que l'unité des coutumes se démontre justement dans la capacité de dispositions identiques à émerger *n'importe où* sur le territoire. Une façon de rappeler qu'elles sont adaptées à *tout* l'espace

<sup>102</sup> *Coutumes*, p. 241-244

<sup>103</sup> *Coutumes*, p. 247.

<sup>104</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Penser le temps culturel du droit », *ouv. cité*, p. 81. Par contre, il nous semble difficile de soutenir que le projet de Klimrath consiste à fonder « une sociologie générale de la différenciation des cultures juridiques » (*Le droit dans les sociétés humaines*, *ouv. cité*, p. 130). La diversité culturelle ne l'intéresse guère. L'entreprise du juriste nous paraît, à l'inverse, une sociologie historique des formes de l'identité juridique nationale.

national et à l'esprit français dont elles en expriment adéquatement la substance. A moins que, autre solution, Klimrath ne considère tous ces systèmes, historiquement construits, comme d'une valeur équivalente, comme traduisant légitimement l'esprit national.

Pour renforcer sa thèse de l'unité coutumière, Klimrath recourt, enfin, à la cartographie et joint à ses « Études sur les coutumes » une « Carte de la France coutumière » de sa composition<sup>105</sup>. On ne lui connaît alors aucun équivalent. Sous l'Ancien Régime, plusieurs géographes ont suggéré la réalisation d'une carte des coutumes. Le père Lubin reconnaît que « ce serait un grand soulagement pour les juges aussi bien que pour les avocats, si on faisait des cartes divisées par places de chaque coutume, dont on verrait en un moment toute l'étendue »<sup>106</sup>. Peu après, Louis de Dangeau imagine une carte des coutumes « qui distingue par l'enluminure les pays où l'on suit le droit écrit d'avec ceux où l'on suit les coutumes, avec des marges qui expliquent les différentes lois par lesquelles la France est gouvernée et qui montrent que de ces lois les unes sont générales et s'observent dans tout le royaume comme les ordonnances de nos rois, et les autres s'observent en de certains pays, comme le droit écrit qu'on suit dans les provinces du midi et les coutumes que l'on suit dans le reste du royaume. Elle fait voir aussi en quel temps on a commencé à mettre par écrit les coutumes et l'année où chaque coutume particulière a été rédigée par écrit »<sup>107</sup>.

Cette carte ne verra jamais le jour. En réalité, dans la France d'Ancien Régime, la réalisation pratique d'une telle carte se heurte à des difficultés majeures. La première est d'ordre technologique et graphique. Certes, les cartes des limites et des centres administratifs et judiciaires (les « cartes spéciales ») ne sont pas inconnues. Mais, il faut attendre le XIX<sup>e</sup> siècle pour voir se développer en France la cartographie thématique dont le code graphique figure un sujet particulier (autre qu'une limite ou une frontière)<sup>108</sup>. Avant cette innovation, il demeure très malaisé de symboliser sur la carte même la diversité coutumière. Une carte de France « divisée selon l'ordre des Parlements et cours souveraines » (XVIII<sup>e</sup> siècle)<sup>109</sup> témoigne de cette difficulté à faire coïncider ressorts des juridictions et coutumes générales et locales. La variété des coutumes n'est pas projetée, recodée dans la carte mais listée dans le scriptogramme à côté de celle-ci. Un second obstacle est sans doute lié à la conception même de l'espace juridique. Sous l'Ancien Régime, évoquer une coutume suppose d'en saisir le ressort particulier mais aussi de désigner l'autorité chargée de son application. Non homogène, l'espace politique et judiciaire est fortement polarisé entre des lieux de pouvoir<sup>110</sup>. Lorsque Rizzi Zannoni trace en 1765

<sup>105</sup> Voir document n° 1 en annexe.

<sup>106</sup> RP. A. LUBIN, Augustin (prédicateur et géographe ordinaire du Roi), *Mercurie géographique ou le guide du curieux des cartes géographiques*, Paris, chez Christophe Remy, 1678, p. 387.

<sup>107</sup> L. DE DANGEAU, *Nouvelle méthode de géographie historique*, Paris, 1696, f°80v°-f°81r°

<sup>108</sup> G. PALSKEY, *Des chiffres et des cartes : naissance et développement de cartographie quantitative française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Editions CTHS, 1996. Voir également l'ouvrage classique de F. DE DAINVILLE, *Le langage des géographes, 1500-1800*, Paris, éd. 2002.

<sup>109</sup> Voir document n° 2 en annexe.

<sup>110</sup> A. GUERREAU, « Quelques caractères spécifiques de l'espace féodal européen », N. BULST, R. DESCIMON, A. GUERREAU (dir.), *L'État ou le Roi. Les fondations de la modernité monarchique en France (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup>)*, Paris, Éditions de la MSH, 1996, p. 85-101.

une carte « pour servir d'introduction à la grande Carte Légale considérée suivant l'étendue des Coutumes, Pouvoirs et Lois Territoriales qui régissent le Royaume »<sup>111</sup> il marque donc les limites des divisions administratives et judiciaires et y positionne la multitude des sièges de l'autorité. Comme si la traduction cartographique des sources du droit était nécessairement médiatisée par la désignation d'une autorité instituée. Quelques décennies plus tard, Henri Klimrath recueille les transformations cumulées de la cartographie et des représentations de l'espace. La tendance est à la thématization des cartes et à l'homogénéisation de l'espace territorial (substitution d'une logique de circonscription à l'ancienne logique de position). Les conditions étaient réunies pour que, sur fond d'une carte des ressorts de Parlements (ou, peut-être des gouvernements), il projette les coutumes de l'ancienne France.

Pourtant, l'originalité incontestable de l'entreprise ne doit pas masquer sa signification et sa place dans l'œuvre de Klimrath. Contrairement à une idée répandue, le jeune juriste n'a jamais prétendu, par cette carte, donner une photographie de la France coutumière. Du moins pas au sens où sa carte chercherait à tracer avec une précision clinique l'étendue des coutumes, à la rivière ou au village près. Sa cartographie est une cartographie sans coordonnées précises. De ce point de vue, cette carte n'est pas une représentation graphique de l'énumération des coutumes générales et locales donnée dans cette même étude. Elle n'en est pas la « mise en image ». D'une manière significative, jamais les « Études sur les coutumes » ne commentent ni ne s'appuient sur la carte pour illustrer le propos. Cette carte s'ajoute tout simplement à la description des différents « systèmes » de dispositions pour rendre sensible l'unité juridique dans la diversité. Par un *effet visuel*, l'hexagone *contient* toute la diversité coutumière. Pour contenir toute cette diversité, la France juridique n'en est pas moins *une* Géographie descriptive et cartographie sont deux stratégies argumentatives au service d'une politique du droit et de l'histoire. Sans doute, trouvera-t-on cet usage de la cartographie quelque peu décevant. Dans tous les cas, il est fort éloigné des vertus analytiques que les commentateurs lui ont souvent attribuées. Ses « Études sur les coutumes » n'en ouvriront pas moins la voie à une féconde anthropologie historique du droit que des travaux récents ne cessent encore d'alimenter<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Voir document n° 3 en annexe.

<sup>112</sup> Je remercie Monsieur le professeur Jean Hilaire, Madame Marie-Vic Ozouf-Marignier, Monsieur Gilles Palsky et Mademoiselle Céline Pauthier pour leur aide et leurs conseils précieux.

Document n°1 : Henri KLIMRATH, *Carte de la France coutumière*, 1837.  
(Cliché BNF, service reproduction).

Document n°2: *Carte de la France divisée selon l'ordre des Parlements et cours souveraines ou juridictions royales par laquelle division peut se voir la grandeur et l'étendue de chaque parlement, qui sont les présidiaux et sénéchausées qui en relèvent et les bailliages ressortissant de chaque présidial, XVIII<sup>e</sup> siècle*  
(Cliché BNF, service reproduction).

Document n° 3 : *La France divisée en LVIII Provinces sous divisées en tous bailliages, sénéchaussées, prévôtés, vigueries, chancelleries et pays subalternes, pour servir d'introduction à la grande Carte Légale considérée suivant l'étendue des Coutumes, pouvoirs et Lois Territoriales qui régissent le Royaume*, par Rizzi-Zannoni, Paris, Desnos, 1765  
(Cliché BNF, service reproduction).

L'HISTOIRE DU DROIT PAR LA BIOGRAPHIE  
SELON CHARLES GUILLAUME HELLO  
ET SA PHILOSOPHIE DE L'HISTOIRE DE FRANCE

CHRISTIAN CHENE

« La biographie des grands juristes est une des formes de l'histoire du droit », au même titre que celle qui consiste à suivre « les vicissitudes législatives » affirme Charles Guillaume Hello (1787-1850) dans sa *Philosophie de l'histoire de France* parue en 1840<sup>1</sup>. C'est donc dès le moment où de simple curiosité, l'histoire du droit devient une science sérieuse<sup>2</sup>, qu'elle se nourrit de cette dimension particulière qu'est la biographie, du moins si l'on veut croire cet auteur. Or celui-ci n'est pas un inconnu, il fait partie de ces magistrats qui, comme l'a déjà remarqué Donald Kelley, donnèrent alors une forte impulsion à la matière<sup>3</sup>. Son nom trahit ses origines bretonnes, il se forme aux leçons de Toullier dont il restera proche<sup>4</sup>. Il s'installe avocat à Lorient, juste avant d'être élu à l'assemblée des Cent-Jours. Il aura ainsi tout le loisir d'écrire pendant la Restauration, sur la nécessité de la Charte et les progrès du droit public<sup>5</sup>, s'affirmant au moins comme un esprit d'avant garde<sup>6</sup>. La Monarchie de Juillet le remet aux affaires, le nommant d'abord procureur général de la cour royale de Rennes<sup>7</sup> puis avocat général à la Cour de cassation en 1837. Il y sera conseiller à partir de 1843. L'année précédente, il a été élu député du Morbihan et siège au centre. Durant ces années, il collabore à différents journaux dont la *Revue Félix* et surtout la *Revue de législation et de jurisprudence*<sup>8</sup> sur différents sujets, où se mélangent des questions de droit pénal, de souveraineté, de liberté, de propriété ou

---

*Professeur à l'Université René Descartes, Paris V.*

<sup>1</sup> C. G. HELLO, *Philosophie de l'histoire de France*, Paris, Joubert 1840, p. 356. Le livre paraît aujourd'hui assez rare, l'exemplaire consulté est celui de la BNF.

<sup>2</sup> Selon le mot de Laboulaye heureusement rappelé par le Doyen Hilaire (cf. *supra*).

<sup>3</sup> D. R. KELLEY, *Historians and the law in Postrevolutionary France*, 1984, p. 54; PREVOST et ROMAN D'AMAT, *Dictionnaire de biographie française*, V<sup>o</sup> Hello.

<sup>4</sup> C. G. HELLO, *Philosophie [...]*, p. 318 : à la fin du portrait de Malesherbes, il évoque le souvenir du maître, rappelant que c'est « dans ses premières leçons qu'il découvrit les remontrances de Malesherbes en faveur de la liberté individuelle ».

<sup>5</sup> *Essai sur le régime constitutionnel*, 1827; 1830; 3<sup>e</sup> éd. en 1848.

<sup>6</sup> C. G. HELLO, *Philosophie [...]*, p. III : « Les dix années d'études et d'expériences qui se sont déroulées depuis ces premiers efforts, ne leur ont guère laissé que le mérite de leur date, mérite auquel je tiens cependant encore. »

<sup>7</sup> Arch. dép. Ille-et-Vilaine, 1U86, n<sup>o</sup> 564 : Charles-Guillaume Hello, né le 6 août 1787 à Guingamp, avocat, ancien député, a été nommé P.G. le 5 septembre 1830 et a prêté serment le 15 (renseignements aimablement communiqués par Mme Reydellet, conservateur en chef).

<sup>8</sup> 17 interventions selon P. CANTO, *La Revue de législation et de jurisprudence* (1834-1853), th. Lyon 1999, dactyl, p. 21.

bien encore l'évocation de Dumoulin ou de Portalis<sup>9</sup>.

Dans cette œuvre, sa *Philosophie de l'histoire de France* peut surprendre. Il s'agit en fait de la réunion de différents portraits d'anciens juristes que l'auteur écrit à partir de 1832 lorsque ses fonctions rennaises l'amenaient à prononcer des discours de rentrées solennelles qu'il publiait ensuite dans des journaux. Par la suite, il réunit l'ensemble de ces notices, « conçues dans une pensée commune » et, les augmentant d'une sorte de première partie théorique, il en fait ce livre avec lequel il entend partager sa philosophie de l'histoire par le truchement de biographies. Est-ce pour autant de l'histoire du droit ? Certainement, non seulement l'auteur le revendique mais ses contemporains confirment. Julien Firmin Laferrière, dans les années 1860, se souvient de la participation d'Hello qui, nous dit-il, « inaugure ainsi avec éclat les études oratoires sur la vie et les travaux des anciens magistrats »<sup>10</sup>.

L'auteur n'est donc en rien isolé. Si son ouvrage ne manque pas d'originalité (I) on peut aussi espérer y retrouver l'esprit, le discours, les références communes à l'ensemble des historiens du droit du moment (II).

## I — UNE ŒUVRE ORIGINALE .

Sa singularité se marque dans sa composition comme dans son contenu et l'on ne peut guère confondre ce livre avec la production de l'époque.

*L'histoire par l'exemple.*

« Je crois à la vertu fécondante d'une belle vie » nous avoue Hello<sup>11</sup>. En cela, bien évidemment, il n'innove guère. Il reprend à son compte une vénérable tradition. L'éloquence judiciaire sait depuis longtemps utiliser le modèle des anciens pour exalter l'esprit de corps et rappeler la déontologie. Elle ne fait, elle-même, que poursuivre la pratique de l'*exemplum* qui est fort répandue tant pour la pédagogie que pour l'approfondissement de la dévotion. Plus généralement c'est la façon classique de comprendre l'histoire. Hello y fait allusion et renvoie à Amyot qui, en faisant connaître les *Vies parallèles* de Plutarque aux Français, lance la mode chez les Grands de se choisir un illustre mentor dans lequel on croit trouver tout à la fois un modèle et un reflet flatteur de soi-même (être Caton, Scipion ou César...) <sup>12</sup>. Selon cette conception, l'histoire n'est qu'un loisir aristocratique et la biographie, une distraction, une forme agréable ; l'auteur en convient<sup>13</sup>. Autant que l'auditeur soit satisfait...

Mais l'orateur ne saurait s'en tenir à cette conception de l'histoire. Il sait depuis d'Aguesseau que ce discours peut être creux, si on ne sait lui donner un sens. S'appuyant certainement sur les écrits de Mably, qu'il cite souvent, il voit dans l'histoire une leçon de morale et de politique, dans la biographie, un exemple

<sup>9</sup> *Tables de la Revue de législation et de jurisprudence*, Paris, 1860, V° Hello.

<sup>10</sup> F. LAFERRIERE, *Tables [...]*, précitée, Introduction historique, p. XXXI.

<sup>11</sup> HELLO, *Philosophie [...]*, p. 248.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 226; la traduction d'Amyot paraît en 1559 et Montaigne fait de ce livre « le bréviaire des dames », mais ne se prive pas lui-même de sa lecture (Ch. O. CARBONELL, *L'historiographie*, p. 55).

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. I où il parle de « la forme plus animée de la biographie ».

civique. Aussi ses choix obéissent à une logique qui lui permet de maîtriser la chronologie, alternant temps long et temps court, celui qu'il appelle les faits primordiaux ou « faits sociaux » et celui de la vie humaine.

Ainsi l'auteur définit le cadre de son histoire retenant trois « faits sociaux » que nous reconnaissons sans peine :

- la formation d'un peuple appréciée dans sa population comme dans sa culture, sa langue et sa littérature ;
- la réunion d'un territoire ;
- l'établissement d'un gouvernement.

Son histoire est bien celle de l'État et comme son objet est précisément défini, sa chronologie se précise. Il se moque de ceux qui semblent croire aux origines mythiques de la monarchie ; lui ne voit rien apparaître comme « ordre politique » avant le règne de Philippe Auguste et les premiers signes de l'émancipation communale. Cet ordre lui paraît abouti dès le XVI<sup>e</sup> siècle et ce sont les errements de l'Absolutisme qui en ont retardé l'évolution. Le XVIII<sup>e</sup> siècle n'aura qu'à reformuler des revendications déjà présentées. Ainsi 1789 réalise une aspiration vieille de trois siècles, d'où son succès. Dès que les Révolutionnaires voulurent aller au-delà, ce furent les aberrations de 1793 et ses suites malheureuses que la monarchie de Juillet n'a toujours pas oubliées ; l'histoire est une leçon pour le présent.

Le décor planté, peuvent entrer les acteurs. Leur choix est d'abord de circonstance. En 1832, alors que la souvenir de la Révolution est très proche et la situation toujours tendue, Hello opte pour un homme qui apporte « une vraie philosophie des temps difficiles », le Chancelier Michel de L'Hôpital. Suivra Mathieu Molé, procureur général puis premier président du Parlement de Paris au temps des cardinaux ministres et des factions de la Fronde. En 1835, l'actualité, toute dominée par l'attentat de Fieschi, lui fait préférer l'évocation de Malesherbes à celle de d'Aguesseau qui attendra 1836 et le retour de la sérénité, l'affaire d'Alibaud n'ayant pas le même retentissement. Portalis clôt le défilé, ou presque, puisque finalement vint... Dumoulin, comme pour une sorte de rappel synthétique. Le livre ne modifie pas ce désordre apparent des discours, mais souligne nettement la perspective. Chaque exemple est un des ces « signaux qui se répondent » de loin en loin jusqu'à « notre charte constitutionnelle ». Chaque personnage a laissé sa trace :

- l'édit de janvier 1562 qui tente, par la tolérance, d'affirmer une nouvelle cohésion de la communauté nationale ;
- la déclaration du 24 octobre 1648 qui exprimait un progrès du droit public en associant le Parlement à la puissance législative et souveraine, parce qu'on ne peut exiger de la nation, le respect de ses devoirs qu'après avoir reconnu ses droits ;
- la défense des libertés de l'Église gallicane, première expression de la souveraineté et d'une séparation des pouvoirs
- la supériorité des droits primitifs sur le pouvoir absolu, la fin de la censure et un peu de justice fiscale.
- la réalisation le Code civil, « la preuve la plus tangible de l'achèvement de la France ».

Dumoulin poursuivait déjà ces mêmes objectifs. Donne à Hello l'occasion de rappeler que « l'unité de l'État conduit à l'unité du pouvoir qui conduit à celle de la loi ». La codification prend ainsi toute sa signification politique, ce qui permet a contrario de replacer à sa juste dimension la querelle qu'elle soulève en Allemagne : « ...on conçoit que dans un État fédératif, on fasse une difficulté d'aller par l'unité civile à l'unité politique et de ruiner la constitution par des codes. Cette querelle...

nous est étrangère »<sup>14</sup>.

L'unité juridique consacre aussi une cause, celle des droits de l'homme qui définissent juridiquement la liberté que garantit le nouveau régime. Cette histoire toute libérale d'esprit place la Charte dans la continuité de ce vieux rêve formulé par les Parlementaires d'Ancien Régime, celui d'une Monarchie tempérée par le droit.

Enfin Hello, qui ne répugne pas aux métaphores, n'hésite pas à magnifier dans un symbolisme syncrétique, ce « pèlerinage inachevé » puisque historique, où se côtoient ces « lévites de la loi », ces « martyrs » des droits de l'homme et même les carcasses blanchis de ces chameaux dévorés par les hyènes et chacals qui jalonnent la route de Suez à La Mecque ! Ces vicissitudes singulières nous ramènent à celles des lois... et de l'histoire du droit.

*Les vicissitudes de l'histoire du droit.*

Début XIX<sup>e</sup> siècle, à quoi peut-on comparer le travail d'Hello ? Les références ne sont pas nombreuses car le sentiment général est d'abord celui de l'indifférence voire du dédain pour l'étude d'une succession de lois désuètes.

La majorité des praticiens s'interrogent : si notre ancien droit est bien mort, à quoi bon nous embarrasser d'un immense travail inutile ?<sup>15</sup>. Certes quelques affaires peuvent nécessiter une connaissance des solutions antérieures ce qui explique le succès de rééditions comme celles de Guyot par Merlin<sup>16</sup>. Mais cela ne saurait être que de portée limitée si ce n'est nuisible. Pour un Lanjuinais, dans certaines matières comme le droit constitutionnel, l'histoire ne sert qu'à traduire quelques nostalgies « stupides » ; la matière commence avec la Charte, la liberté de la presse et la garantie d'un jury au criminel<sup>17</sup> ! C'est toute la méthode d'élaboration du droit public d'Ancien Régime qui est récusée.

Il reste la coquetterie, pour l'homme de loi, de montrer le lustre d'une érudition élégante qui l'incite à se souvenir de notions d'Ancien Droit et surtout à recueillir « pieusement quelques vieilles anecdotes de palais comme autant de titres d'honneur du barreau ou de la magistrature »<sup>18</sup>. Les ouvrages de souvenirs ou d'éloquence ne manquent pas. Hello, à première vue, cultive le genre, lorsque les circonstances s'y prêtent. Il peut par exemple, en 1835, évoquer la mémoire de Toullier, récemment décédé, devant le barreau rennais. Le professeur était aussi un des leurs et on ne doit pas oublier que l'homme avait su protester devant « le vainqueur de l'Europe », lorsque ce dernier rétablit les lettres de cachets !<sup>19</sup> L'histoire du droit n'offrirait-elle qu'un intérêt anecdotique ? L'université, manifeste la même décourageante indifférence. On s'en tiendra à la remarque de Warkœnig : « ceux qui sont par état les apôtres de notre science, les professeurs, nous donnaient [...] peu de choses à

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>15</sup> H. KLIMRATH, « Programme d'une histoire du droit français », *Rev. lég. jur.*, 1835, t.2, p. 81, (cité par P.CANTO, *ouv. cité*, p. 43).

<sup>16</sup> Quelques références à ce type de contentieux chez P.CANTO, *ouv. cité*, p. 28.

<sup>17</sup> J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française avec un essai de traité historique et politique sur la charte [...]*, Paris 1819, 2 t., préface.

<sup>18</sup> H. KLIMRATH, *art.cité*.

<sup>19</sup> Cf. *supra*, note 4; c'est aussi l'occasion de rappeler que Toullier ne se désintéressait pas du droit public. Alors qu'Hello se plaignait à lui de l'abandon où languissait le droit constitutionnel, Toullier lui répondit en se frappant le front : « J'avais un plan là », mais il dut bien admettre qu'il n'avait jamais trouvé le temps de l'écrire ! (*Philosophie [...]*, p. 318).

espérer »<sup>20</sup>. On comprend que la réforme de 1819 ait vite tourné court<sup>21</sup>.

Ce peu d'utilité peut expliquer l'insuffisance des connaissances. Julien Firmin Laferrière rapporte que vers 1820 personne ne songeait à écrire une synthèse d'histoire du droit français<sup>22</sup>. Les quelques intéressés étaient bien trop occupés à commencer par en reconstituer les éléments, travail d'antiquaire plus que d'historien. L'édition ne suit pas la réforme de 1819 et se contente de rééditions discutables, une méchante traduction de Gravina par Requier qui avait surtout le mérite d'être tombée dans l'oubli<sup>23</sup> et les *Aperçus historiques sur le droit romain* de Gibbon, associé dans le même volume avec l'*Origine du droit français* de l'abbé Fleury peut on lire dans la *Thémis*<sup>24</sup>. Klimrath confirme. Pour lui, jusqu'en 1835, il n'y a pas grand chose d'intéressant en ce qui concerne l'histoire du droit français en général : les rééditions du manuel de Fleury, un épitomé latin de Silberrad<sup>25</sup> et le traité de Bernardi<sup>26</sup> : « Notre richesse se borne à cela ». Dans le meilleur des cas, ces ouvrages « enregistrent les faits sans expliquer leur génération »<sup>27</sup>.

Lorsque Hello commence à rédiger ses portraits, s'il cherche des modèles pour nourrir sa réflexion, il doit les trouver dans quelques initiatives récentes. C'est d'abord la réflexion de Jourdan<sup>28</sup> qui aborde la question dans le biais philosophique<sup>29</sup>. Il constate que « le principe du libre examen » s'est manifesté en France

<sup>20</sup> WARKOENIG, « Le droit romain en France depuis 1830 », *Rev. lég. jur.*, t.V, p. 337; le propos ne concerne pas les seuls romanistes.

<sup>21</sup> Cf. M. VENTRE-DENIS, « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de droit de Paris (1819-1822) », *NRHD*, 1975, n°4, p. 608; c'est Cuvier et Royer-Collard, férus d'histoire, qui soutiennent la réforme. Une des rares traces concrètes de cet enseignement est la protestation d'un étudiant contre l'obligation d'assiduité pour un cours aussi assommant !

<sup>22</sup> Dans son *Introduction aux Tables [...]*, p. XIV, il souligne a posteriori le goût d'Athanase Jourdan pour l'histoire et ses recherches érudites : « il s'adonna aux recherches de notre droit français, non pour en faire l'histoire, à laquelle nul ne songeait alors, mais pour recueillir avec Isambert, les édits [...] » (souligné par nous).

<sup>23</sup> Ed. 1766. C'est la traduction ancienne et peu fidèle de Requier qui est critiquée et non l'œuvre du concitoyen de Vico. Le critique souhaite une réédition de Gravina, même en latin comme cela a bien été possible pour les *Pandectae Justinianae* de POTHIER !

<sup>24</sup> A. T.H., « Sur quelques ouvrages relatifs à l'histoire du droit récemment imprimés », *Thémis*, t.3 p. 461.

<sup>25</sup> Johann Martin SILBERRAD, *Notae ad historiam juris justiniani et germanici. - Historiae juris gallicani epitome* publié à la suite de l'ouvrage d'HEINECCIUS, *Historia juris civilis romani ac germanici [...]*, 1751.

<sup>26</sup> Joseph Elzeard Dominique de BERNARDI, *Essai sur les révolutions du droit français pour servir d'introduction à l'étude de ce droit*, Avignon, 1782. L'a. indique qu'il est avocat au Parlement de Provence, lieutenant général au siège du comté de Sault et membre de l'Académie des Sciences, Belles-lettres et Arts de Marseille.

<sup>27</sup> H. KLIMRATH, art. cité; on pourrait ajouter L. J. BOILEAU, *Histoire du droit français*, Paris 1806, 367 p.; l'auteur. se présente comme jurisconsulte, ancien magistrat membre des sociétés d'émulation d'Abbeville et des sciences de Paris; existe également mais bien plus ancien, le petit livre de l'avocat Pierre Jean GROSLEY, *Recherches pour servir à l'histoire du droit français*, Paris, 1752, suivi d'une étude sur l'originalité de la transmission de la noblesse champenoise.

<sup>28</sup> On sait que son originalité d'esprit l'a fait écarter des concours de recrutement (J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, p. 71).

<sup>29</sup> A. JOURDAN, « Quelques réflexions sur l'histoire de la philosophie du droit en France », *Thémis*, t.VIII, p. 97.

depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, renouvelant la pensée juridique. Il conviendrait donc d'ajouter à l'enseignement existant de la jurisprudence romaine, la philosophie du droit. Il oppose ainsi d'un côté la croyance perpétuelle, considérée comme sagesse, satisfaisant la raison ou la foi, de l'autre, l'élément mobile, fille des temps et des besoins nouveaux, qui préside à la confection des lois nouvelles. Soulignant le retard par rapport à l'Allemagne, il ne trouve à citer dans cet esprit que l'ouvrage de Lherbette paru en 1819<sup>30</sup>. Mais c'est plus une critique de l'enseignement de l'époque qu'une réponse à ses aspirations. « Il manque un livre » conclut Jourdan. On peut penser que l'ouvrage de Lermnier<sup>31</sup> paru dix ans plus tard, tendra à répondre à cette attente<sup>32</sup>. On peut cependant mieux comprendre les efforts d'Hello pour inscrire ses portraits dans une philosophie de l'histoire.

C'est ensuite Julien Firmin Laferrière qui dès 1836 publie une première histoire du droit français, élaborée avec les encouragements de Michelet qui prépare sa propre *Origine du droit français*, parue en 1837<sup>33</sup>. Laferrière avoue plus tard<sup>34</sup> la hardiesse d'une entreprise qui ne fut pas sans susciter de critiques<sup>35</sup>. S'adressant à un autre public, son travail est certes formellement très différent de celui d'Hello, mais l'esprit est bien le même, une alliance du droit, de l'histoire et de la philosophie<sup>36</sup>, science morale qui donne son sens au livre. Lui aussi fait dans ses développements une place importante au rôle des anciens jurisconsultes.

Hello s'est-il mis en marge du mouvement en paraissant choisir l'anecdotique ? Klimrath qui domine toute cette réflexion<sup>37</sup>, semble répondre précisément à la question. Il est, nous dit-il, une partie de l'histoire du droit qui, s'intéressant aux sources, traite des jurisconsultes, magistrats, professeurs, écrivains qui ont influencé la science. L'infinité de détails qu'elle révèle en fait « une science à part que l'on peut appeler l'histoire littéraire de la jurisprudence française ». Hello n'est plus seulement anecdotique, il contribue à donner du sens à la matière.

Quoique original, le livre de Hello s'inscrit bien dans ce renouveau de la science juridique. Sa *Philosophie* peut ainsi refléter les lieux communs de la discipline.

<sup>30</sup> A. J. LHERBETTE, docteur en droit, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, Paris, 1819, 230 p.

<sup>31</sup> E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris 1829, 302 p.

<sup>32</sup> Warkoenig constate qu'après 1830, Lermnier désormais au Collège de France, se propose « non point d'étendre le domaine de la science, mais d'en populariser les résultats acquis. », « Le droit romain [...] », *Rev. lég. Jur.*, t.V, p. 338,

<sup>33</sup> F. LAFERRIERE, ouv. cité., p. V, note 1 : « nous citerons souvent ce dernier auteur; mais nous imposerons silence aux sentimens de reconnaissance personnelle que nous a inspiré son extrême bienveillance pour nos faibles efforts ».

<sup>34</sup> Préface à la 2<sup>e</sup> éd., 1859.

<sup>35</sup> En premier lieu Klimrath lui-même (P.CANTO, ouv. cité, p. 57) mais aussi Du Caurroy qui écrit à Laboulaye pour protester contre les approximations de la terminologie de Laferrière « qui a beaucoup d'imagination, il devrait peut être sans défier », *Lettres d'un ancien rédacteur de la Thémis à M. Laboulaye [...] sur l'histoire du droit*, 1846, 36 p.

<sup>36</sup> F. LAFERRIERE, *Histoire du droit français*, p. XI : « Nous avons voulu mettre l'histoire du droit en rapport avec la science nouvelle, la philosophie de l'histoire [...]. De toutes parts on réclame une histoire du Droit français, posée sur une base autrement large que les essais du passé; et le temps est enfin venu de naturaliser en France l'alliance si heureusement scellée en Allemagne entre le Droit, l'Histoire et la Philosophie ».

<sup>37</sup> H. KLIMRATH, art. cité; cf. l'analyse détaillée dans P.CANTO, ouv. cité, p. 41 s.

## II — LES LIEUX COMMUNS.

Quel est l'argumentaire qui justifie le recours à l'histoire pour les juristes qui cherchent un sens à l'histoire du droit ? La réflexion de Hello peut nous apporter une réponse illustrant la pluridisciplinarité ambiante puisqu'elle puise dans l'histoire générale, la philosophie et la politique.

*L'histoire générale.*

On sait le renouveau d'une histoire qui remonte à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, participe aux Lumières, vénère Montesquieu et utilise Mably mais ne s'épanouit vraiment qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>38</sup>. Les jurisconsultes sont souvent restés en dehors de ce grand mouvement de rénovation regrette Klimrath. Hello ne mérite pas ce reproche. Comme Troplong<sup>39</sup>, il dénonce les insuffisances des auteurs anciens, d'un Méseray par exemple qui induisit d'Aguesseau en erreur. Le juriste a effectivement besoin de l'historien.

Hello, lui, s'appuie sur Barante, Augustin Thierry et surtout Guizot. Il se sert de leurs travaux pour redresser les faits et dénoncer les erreurs du « vulgaire ». Ce n'est certainement pas par hasard qu'un des développements de la *Philosophie...* s'intitule : « aide-toi et le ciel t'aidera », du nom de l'association que Guizot avait constitué dix ans plus tôt pour favoriser les progrès électoraux des Libéraux. Plus fondamentalement, on l'a vu reprendre à son compte la grande idée d'une histoire dominée par l'irrésistible ascension du Tiers jusqu'à devenir la Nation souveraine, c'est l'histoire de la liberté que 1789 consacre. Or la liberté, c'est la finalité même du travail du juriste.

Savigny n'est pas absent, nous l'avons vu. Hello évoque son patronage d'un point de vue plus méthodologique en rappelant que le maître berlinois rend hommage à de vieux précurseurs qui, en réalisant des biographies de maîtres bolonais, ont grandement facilité la réalisation de son histoire du droit romain médiéval. Mais le magistrat fait honnêtement la différence. Il ne s'agit pas pour lui de découvrir des faits nouveaux, de participer ainsi aux progrès de la connaissance. Il laisse cela à d'autres, se réservant, non sans en éprouver une certaine frustration, l'interprétation, la morale des faits. Il rend ainsi hommage à toute une tradition de travaux d'antiquaires, d'érudits qui permettent d'avoir désormais du passé une connaissance sérieuse. Seuls comptent les faits. Ils sont distincts de l'interprétation. Pour développer sa « morale » des faits, il a besoin des philosophes.

*La philosophie.*

La dimension philosophique est essentielle pour justifier le recours à l'histoire chez les juristes<sup>40</sup>. On rencontre alors sans surprise deux maîtres à penser : Montesquieu et au-delà, Vico.

Outre de nombreuses références historiques, les historiens du droit trouvent chez le premier la distinction entre les deux formes de la loi que reprend Klimrath dans

<sup>38</sup> Cf. L. TRENARD, « L'historien au siècle des Lumières », *Les Lumières en Hongrie, en Europe centrale et en Europe Orientale*, 1984; p. 73 s.

<sup>39</sup> R.-T. TROPLONG, « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français », *Rev. lég. jur.*, t.1, oct.1834-mars 1835, p. 175.

<sup>40</sup> C'est déjà le vœu de Gibbon : « puisque les philosophes n'étaient pas toujours des historiens, du moins que les historiens fussent philosophes » (Ch.-O. CARBONELL, ouv. cité, p. 76).

son programme et qui justifie leurs efforts : la loi peut être définie comme la décision du peuple et elle ne suppose alors qu'une interprétation littérale ; elle peut être aussi l'expression d'un « rapport nécessaire » et suppose pour être comprise, une réflexion de nature scientifique. C'est dans cet esprit que l'histoire profite au droit, comme élément d'une science sociale.

Mais pour arriver à ces lois, la démarche de Hello passe par le détour, classique à l'époque, de la providence et nous ramène implicitement à Vico. La question n'est certes pas nouvelle et permet de remonter aux Antiques, à Saint Augustin ou Bossuet : les hommes, quoique libres, servent le plan de Dieu. Hello, transposant « la querelle de la grâce, de la théologie dans la science du publiciste » fait « un pas en avant » commente Louis Wolowski<sup>41</sup>. Il semble bien effectivement partager l'idée du maître napolitain pour qui la divine providence peut s'exprimer médiatement par des lois induites des faits<sup>42</sup>. La science nouvelle unit la philosophie et la connaissance des faits<sup>43</sup>. Cette influence se confirme par l'adoption d'une méthodologie historique révélatrice, dégagée de l'autorité de l'Antiquité, soucieuse de chronologie précise et intégrant la langue et ses usages dans les sources historiques<sup>44</sup>. Mieux encore, Vico donne un sens au choix de la forme biographique. Il considère les grands hommes comme les représentants, les symboles de la nature humaine. Hello les retient non comme des héros, mais parce qu'ils ont su exprimer, mieux ou avant les autres, la pensée de leur temps.

Cette influence ne saurait étonner. On sait le regain d'intérêt, au début XIX<sup>e</sup> siècle, pour celui qui sut « réconcilier l'histoire et la philosophie »<sup>45</sup> et les références sont multiples chez Jourdan, Lerminier ou Ortolan par exemple. C'est plus généralement l'influence d'une philosophie spiritualiste relayée notamment par Victor Cousin. Mais cette philosophie prend-elle, pour Hello, la forme d'une science sociale<sup>46</sup> ? Comme les autres, il se pose la question. Sa réponse nous rappelle combien jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le sens de l'expression est incertain<sup>47</sup>. Sa position n'en est que plus intéressante.

Contrairement à Klimrath, Hello ne croit pas à la notion de science sociale. Il connaît les sciences exactes qui s'exercent sur des rapports de quantité, formés dans la nature physique, les sciences morales exprimant des rapports de qualité. Les uns sont aussi actuels que les autres. La science sociale, elle, n'apporte qu'une

<sup>41</sup> *Rev. lég. jur.*, t.12, p. 84; fidèle à ses centres d'intérêts, Wolowski rappelle à Hello une citation de Turgot selon laquelle la raison de la géographie s'impose toujours à celle du droit public.

<sup>42</sup> HELLO, *Philosophie [...]*, p. 12; ailleurs p. 38, il compare les « faits primordiaux » à ces « mouvements qui fonctionnent sans notre concours comme la circulation du sang, la respiration ou la digestion... ».

<sup>43</sup> Cf. M. COCHERY, *Les grandes lignes de la philosophie historique et juridique de Vico*, 1923, p. 38.

<sup>44</sup> Cf. l'introduction de F. NICOLINI à l'édition de 1953 des *Principes d'une science nouvelle [...]*.

<sup>45</sup> E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 1829, chap. 13. p. 186 s.

<sup>46</sup> La question ne peut qu'intéresser Hello, surtout si l'on se souvient que son modèle Guizot considère que « si la science sociale n'est qu'une vision élargie de la science de l'homme, éduquer un individu et gouverner une société reviennent au même » (M. VALENSISE, *Introduction à François Guizot et la culture politique de son temps*, 1991, p. 30).

<sup>47</sup> F. AUDREN, *Les juristes et la science sociale (1789-1914)*, Th.droit, Dijon, 2005, dactyl.

connaissance conjecturale incapable de guider sérieusement la prise de décisions, d'être ce prétendu auxiliaire du législateur ou du gouvernement, sauf à confondre science et doctrine. La notion lui paraît renvoyer à celle de classe sociale, de signification elle aussi incertaine, et dissimuler en fait une pensée qui exprime les ambitions socialistes. La réponse de Hello est alors très libérale<sup>48</sup> : Si Dieu a créé le riche et le pauvre, ce n'est pas pour enfermer chacun dans son état. Ce ne sont que des situations susceptibles de varier selon les initiatives de chacun. C'est dans l'exercice de la liberté que se trouve le progrès social, ce qui rend cette valeur supérieure à l'égalité. Cela l'amène à dénoncer tant les démagogues, surtout s'ils se parent d'un discours chrétien<sup>49</sup> que ceux qui pourraient figer cette évolution par leur nostalgie des ordres d'antan<sup>50</sup>. Ils cultivent cette tendance sociale inquiétante des « faits accomplis », nous dirions droits acquis, qui a pu faire accepter jusqu'à l'esclavage moderne, « ce crime contre l'humanité que rien ne peut couvrir », mais qu'il est si laborieux de faire disparaître, - nous sommes en 1840 -. Pour lui la finalité de l'histoire reste politique.

### *La politique.*

On a pu constater précédemment le sens politique de l'œuvre de Hello. Elle exprime une idéologie libérale assez caractéristique de ce « moment Guizot ». L'histoire est une leçon politique pour le présent que Louis Wolowsky, dans sa critique de la *Philosophie...*, exprime en rappelant avec Hérodote l'anecdote d'Hystaspe, plus attentif au couchant qu'à l'Orient, alors qu'au lever du soleil, un cri de son cheval pouvait le faire proclamer roi des Perses...<sup>51</sup> L'histoire du droit permet une leçon plus particulière. Très logiquement, ce sont les auteurs de tendance publiciste qui l'expriment le plus nettement.. Elle leur permet de prendre position sur différents aspects du régime. On peut les confronter aux positions de Hello.

Ainsi Ortolan qui, dès 1831, répond à la demande d'un groupe d'enseignants de Normale et de Polytechnique, désireux de ressusciter l'esprit des écoles centrales et de diffuser un enseignement pluridisciplinaire. Il commence par ce qui constitue l'initiation au droit, le droit politique et constitutionnel. C'est d'abord l'occasion d'affirmer très solennellement la place du droit public chez un peuple enfin libre<sup>52</sup>. Contexte aidant, Ortolan se démarque de la pratique du droit et se définit comme un chercheur : « Ici, au contraire, nous sommes dans un cabinet de science ; recueillis avec nos méditations comme le mathématicien avec ses formules, comme le chimiste avec ses alambics, il s'agit d'étudier... » en toute impartialité et avec une vraie tolérance scientifique<sup>53</sup>.

Il poursuit par un examen très historique de la formation des institutions des

<sup>48</sup> Il considère par exemple que la loi de 1791 sur la liberté du commerce est à peu près de même nature que celle qui proclamerait l'existence de Dieu... *Philosophie [...]*, p. 59.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 208 : « la démagogie sous des formes bibliques est sans doute le phénomène le plus hideux de l'anarchie »

<sup>50</sup> Il fait référence à une *Histoire des classes ouvrières et des classes bourgeoises* éditée en 1838, que l'on peut ainsi attribuer à Adolphe Granier de Cassagnac.

<sup>51</sup> L. WOLOWSKI, art. cité.

<sup>52</sup> Cf. CH. CHENE, « Les études de droit public sous l'Ancien Régime et les Libertés de l'Église gallicane », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 2004, n°24, p. 51.

<sup>53</sup> ORTOLAN, *Cours public [...]*, 1<sup>ère</sup> leçon p. 13.

différents pays d'Europe avant d'aborder celles de la France. Mais si le propos se veut scientifique, les conséquences pratiques ne sont pas pour autant négligées. Ainsi un développement sur les origines de la pairie en France montre son importation récente d'Outre Manche, « arbre exotique sous un ciel, sur un sol étranger »<sup>54</sup>. Et voilà pour la chambre haute !

Hello nous l'avons vu met l'accent sur la liberté, la garantie d'une constitution et la reconnaissance des droits de l'homme. C'est le mérite du régime de Juillet ; « je ne vois rien au delà » conclut-il<sup>55</sup>. Sa position, conforme à celle d'un futur député du centre, suscite les critiques des deux ailes. C'est un compte-rendu sévère signé de Hoffmanns qui aimerait voir un avocat général d'abord insister sur les devoirs avant de « se panader »<sup>56</sup> des premiers ; aussi lui rappelle-t-il le triste exemple de la Révolution et l'intérêt de la lecture de Bentham<sup>57</sup>. À l'opposé, la position d'Hello est à comparer avec les idées d'un autre personnage qui eut un parcours très semblable au sien.

Tous deux appartiennent aux plus hautes juridictions, l'un à la Cour, l'autre au Conseil d'État ; tous deux sont députés ; tous deux se piquent de biographies et de portraits qu'ils publient dans les journaux avant d'en faire un livre, sensiblement à la même époque. On aura reconnu Timon, auteur du *Livre des Orateurs* qui paraît en 1842. Sous ce pseudonyme et le prétexte de railler la société politique de son temps, Louis de Cormenin fait le portrait des meilleurs orateurs de la Tribune. Il remonte le temps d'une histoire qui débute avec Mirabeau, et retient ceux qui lui paraissent avoir défendu son principe : la souveraineté populaire<sup>58</sup>. On sait qu'il finira par rédiger la loi du 5 mars 1848 établissant le suffrage universel. Hello, moins à gauche, s'est contenté d'évoquer la perspective : « Tous les citoyens seront-ils appelés à quelque égalité soit de pouvoir soit de richesse, l'activité politique leur est-elle réservée sans exception ? ». Sa modération est pour le moins partagée par Troplong ou Laferrière<sup>59</sup>.

L'histoire du droit est ainsi mise au service du débat politique au risque d'encourir la critique de Tocqueville. « L'étude de l'histoire qui éclaire souvent les champs des faits présents, l'obscurcit quelquefois [et les historiens érudits sont parfois] semblables à ces doctes médecins qui fort au courant des anciennes maladies du corps humain, mais ignorant toujours le mal particulier et nouveau dont leur patient est atteint, ne manquent guère de tuer avec érudition »<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>55</sup> D. R. KELLEY, *Historians and the Law [...]*, p. 114, souligne la proximité de vue de Lermnier et d'Hello et l'opposition de Joseph Proudhon

<sup>56</sup> Littéralement faire le paon, marcher avec ostentation. (*Dictionnaire de l'Académie*, 1835)

<sup>57</sup> *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t.7 (1840) p. 681.

<sup>58</sup> Cf. notre article, « Le livre des orateurs ou l'art oratoire au service de la souveraineté du peuple », *Mélanges en l'honneur du Professeur Figueiredo*, Rio de Janeiro.

<sup>59</sup> Rapport de M. Troplong à l'Académie des sciences morales et politiques sur le Cours de droit public et administratif de M. F. Laferrière, 1842, p. 3, extrait de la *Rev. lég. jur.*, t.XV approuvant l'opinion de l'a. sur « le système de la souveraineté des peuples que la réalité condamne et que la raison désavoue ».

<sup>60</sup> Discours à l'Académie des sciences morales et politiques, 1832 (cité par M. VALENSISE, ouv. cité, p. 32).





## LA CRÉATION DE LA CHAIRE TOULOUSAINE D'HISTOIRE DU DROIT (1859)

PHILIPPE NELIDOFF

Héritière d'une longue tradition universitaire savamment explorée par Jean Dauvillier<sup>1</sup>, Henri Gilles<sup>2</sup> et Jacques Poumarède<sup>3</sup> auxquels cette contribution voudrait rendre hommage, l'École de droit est rétablie à Toulouse par la loi du 13 mars 1804, érigée en faculté par le décret du 17 mars 1808. Après les tumultes de l'époque révolutionnaire qui emportèrent la vieille université dont l'histoire avait été marquée par les *doctores Tholosani*, Forcadel - le rival heureux de Cujas – puis Jean de Coras et François Boutaric, le régime napoléonien développe une conception utilitaire du droit comme tel est le cas aussi en matière religieuse. Il s'attache surtout à la formation pratique d'administrateurs et de juges dont il souhaite s'assurer la fidélité politique et la docilité à l'application stricte du Code Napoléon. Celui-ci devient en effet par la grâce impériale l'instrument privilégié d'une « ample entreprise de régénération »<sup>4</sup>, la référence suprême et le gardien de l'ordre social. Dans un contexte où les facultés de droit sont conçues avant tout comme des « écoles de

---

*Professeur à l'Université des sciences sociales Toulouse I.*

<sup>1</sup> On se reportera en particulier à Jean DAUVILLIER, « La notion de chaire professorale dans les Universités, depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, tome VII, fascicule 2, 1959, p. 283-312 qui mentionne (note 7) les études anciennes sur la faculté de droit; « Le rôle de la Faculté de Droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques et historiques aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, fascicules 1 et 2, 1976, p. 343-384; « Origine et histoire du costume universitaire français », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, tome VI, fascicule 1, 1958.

<sup>2</sup> On retrouvera la bibliographie des travaux d'Henri Gilles et de nombreux articles consacrés à la faculté de droit de Toulouse dans les Mélanges Henri Gilles, *Université de Toulouse et enseignement du droit XIII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles*, Université des Sciences sociales de Toulouse, SEDUSS, 1992.

<sup>3</sup> Jacques Poumarède a consacré plusieurs études à l'enseignement du droit et à son historiographie. On signalera en particulier : « La chaire et l'enseignement du droit français à la Faculté des droits de l'Université de Toulouse (1681-1792) », *Recueil de l'Académie de législation*, 1967, tome IV, p. 41-131 ainsi que « Pavane pour une histoire du droit défunte », *Procès – Cahiers d'analyse politique et juridique*, n°6, 1980, p. 91-102; « Penser l'absolutisme. Approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises » (où il évoque notamment Jean-Baptiste Brissaud et Joseph Declareuil, tous deux professeurs d'histoire du droit à Toulouse), Journées Internationales d'Histoire du Droit, *De la Res publica aux Etats modernes*, 1992, Bilbao, Servicio Editorial de la UPV/EHU, p. 263-274.

<sup>4</sup> Xavier MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France Moderne*, Dominique Martin Morin Ed, 2003, p. 455.

jurisprudence »<sup>5</sup> et des facultés professionnelles<sup>6</sup> comme celles de médecine, les recherches doctrinales sont donc considérées par le pouvoir avec suspicion à la fois en droit civil et surtout en matière de droit public et de science politique.

Continuant les anciens docteurs régents, cinq chaires professorales sont créées à l'École de droit de Toulouse comme ailleurs en 1805 : trois pour l'enseignement du Code Napoléon (dans chacune des trois années de licence), une pour celui du droit romain (Institutes en première année), une enfin pour la procédure civile et la législation criminelle (deuxième année). Ces professeurs sont assistés par trois suppléants qui prolongent les anciens docteurs agrégés et sont destinés à remplacer les professeurs empêchés et surtout à faire passer les examens alors que le nombre des étudiants toulousains<sup>7</sup> est de l'ordre de trois cents en 1806, quatre fois moins qu'à la Faculté de droit de Paris mais davantage que dans les autres facultés de province<sup>8</sup>. Il n'y a donc pas dans cette première organisation de la Faculté de droit de Toulouse au début du XIX<sup>e</sup> siècle d'enseignement de droit public, ni d'enseignement du droit canonique qui existait traditionnellement sous l'Ancien Régime et qui est désormais dispensé à la faculté de théologie catholique<sup>9</sup>, ni d'enseignement spécifique de l'histoire du droit.

Au cœur d'une époque qui est celle de la rénovation des études juridiques et de la critique progressive de la méthode de l'Exégèse, nous voudrions retracer dans cette contribution les circonstances dans lesquelles apparut à Toulouse l'enseignement de l'histoire du droit dans une faculté qui doit être considérée comme la plus importante après celle de Paris tant en ce qui concerne son riche passé que le nombre de ses étudiants et son rayonnement scientifique. À la Faculté de droit de Paris même, l'introduction d'un enseignement de l'histoire du droit n'est pas allée sans

<sup>5</sup> Madeleine VENTRE-DENIS, « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de Droit de Paris (1819-1822) », *Revue d'Histoire du Droit*, 1975, p. 597.

<sup>6</sup> Jacques VERGER (direction), *Histoire des Universités en France*, bibliothèque historique Privat, 1986, p. 301. Voir également Jean TULARD, « L'université napoléonienne », *Histoire de l'administration de l'enseignement en France (1789-1981)*, Genève, Droz, 1983; Paul GERBOD, *La condition universitaire en France au XIX<sup>e</sup> siècle*, PUF, 1965; F. PONTEIL, *Histoire de l'enseignement en France (1789-1965)*, 1965; Antoine PROST, *L'enseignement en France (1800-1967)*, 1968.

<sup>7</sup> Jean Dauvillier évalue les effectifs de la faculté de droit de Toulouse à 300 étudiants environ en 1806, 500 en 1812. (Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de Droit de Toulouse [...] », art. cité, p. 344); Olivier Devaux évoque les 186 inscrits (1806), 448 en 1812 (Olivier DEVAUX, *L'enseignement à Toulouse de 1789 à 1830*, Thèse Droit Toulouse 1986, p. 530.

<sup>8</sup> Les autres écoles de droit créées en 1804 sont Aix, Caen, Dijon, Grenoble, Paris, Poitiers, Rennes et Strasbourg (sur le territoire national) auxquelles s'ajoutent Bruxelles, Coblenz et Turin (sur des territoires nouveaux perdus à la Restauration). La faculté de droit de Bordeaux n'est rétablie qu'en 1870, cf. Marc MALHERBE, *La Faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1996.

<sup>9</sup> L'enseignement du droit canonique dispensé sous l'Ancien Régime à la faculté des droits de l'Université de Toulouse est, à partir de 1809, proposé à la faculté de théologie de Toulouse, alors qu'une faculté de théologie protestante est établie à Montauban. Cet enseignement n'aura guère de succès et disparut avec l'abbé Jamme (le seul qui avait prêté serment en 1830) en 1843. Le droit canonique sera de nouveau enseigné à Toulouse après la fondation de l'Institut catholique en 1875, avec la création de la faculté de droit canonique en 1899.

difficultés, comme l'a montré Madeleine Ventre-Denis<sup>10</sup>. S'inspirant du modèle allemand, la commission de l'Instruction publique avait souhaité un élargissement des disciplines enseignées dès 1819 et un premier enseignement de « l'histoire du droit romain et du droit français », à l'usage des étudiants de première année avait été confié à François Poncelet en 1820. Toutefois, le peu d'enthousiasme du corps professoral qui restait attaché à la prééminence du droit privé dans la conception des programmes et pour lequel l'étude des codes restait le fondement de tout enseignement juridique ainsi que l'évolution politique du régime de la Restauration qui se méfiait de plus en plus d'études qui pouvaient être « l'occasion d'agiter des questions dangereuses » devaient conduire à mettre un terme à cette première expérience dès 1822. Ce n'est qu'en 1829 que cet enseignement sera définitivement rétabli à la Faculté de droit de Paris, toujours au profit de Poncelet, nommé professeur titulaire, sans concours dans la chaire d'histoire du droit qui durant trente ans sera la seule à exister officiellement en France. Bien avant la naissance officielle du cours d'histoire générale du droit français dans les facultés de droit liée au décret du 28 décembre 1880 et la segmentation du concours d'agrégation des facultés de droit qui permettra la création d'un corps d'historiens spécialisés à partir de 1896, l'apparition d'un enseignement de l'histoire du droit à Toulouse apparaît comme une véritable nécessité (I) dans les études juridiques exposées au reflux de la méthode exégétique et à l'essor de l'Ecole historique du droit. C'est Charles Ginoulhiac qui illustrera le premier cet enseignement en s'imposant finalement dans la chaire d'histoire du droit (II) après de premières expériences officieuses. Il y restera près de trente ans en y déployant toute l'activité (III) de l'enseignant et du chercheur.

#### I — L'HISTOIRE DU DROIT AVANT LA CREATION OFFICIELLE D'UNE CHAIRE SPECIALISEE.

Il n'est pas utile d'évoquer ici toute l'histoire de la Faculté de droit de Toulouse dans le demi-siècle qui sépare la création de l'Ecole de droit (1805) et celle de la chaire d'histoire du droit (1859). Il suffit de renvoyer le lecteur à la thèse d'Olivier Devaux consacrée à l'enseignement à Toulouse de la Révolution à la Restauration<sup>11</sup> et à l'étude très fouillée de Jean Dauvillier sur le rôle de cette faculté dans la

<sup>10</sup> Madeleine VENTRE-DENIS, « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de Droit de Paris (1819-1822) », art. cité. Voir également sur le peu d'enthousiasme des facultés de droit encore sous la monarchie de Juillet à l'égard des réformes proposées par le Ministre de l'Instruction publique Salvandy : Christian CHENE, Article « Enseignement du droit », *Dictionnaire de la culture juridique* (direction Denis ALLAUD et Stéphane RIALS), PUF et Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, p. 624.

<sup>11</sup> Olivier DEVAUX, *L'enseignement à Toulouse de 1789 à 1830*, Thèse de doctorat en droit, Toulouse, 1986. Cette thèse a donné lieu à une double publication aux Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse : *L'enseignement à Toulouse sous le Consulat et l'Empire*, 1990 et *L'enseignement à Toulouse sous la Restauration*, 1994. Voir également à propos de l'attribution de la chaire de procédure civile et criminelle devenue vacante par le décès du doyen Barthélémy Jouvent (le 7 août 1821) : André CABANIS et Olivier DEVAUX, « Un concours de chaire à la Faculté de droit de Toulouse en 1822 : entre rumeurs et localisme », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2003, n°23, p. 41 à 56.

rénovation des études juridiques et historiques aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles<sup>12</sup>. Il faut en revanche souligner à la fois l'augmentation sensible des effectifs des étudiants durant toute cette période<sup>13</sup> et la lente évolution du nombre de chaires professorales qui témoigne d'une certaine diversification des enseignements juridiques. C'est ainsi que trois nouvelles chaires sont créées par une ordonnance de 1822 : une nouvelle chaire de droit romain consacrée à l'étude des Pandectes, une de droit administratif et une de droit commercial, ce qui porte à huit le nombre des chaires professorales toulousaines. Il faut également tenir compte du développement d'un certain nombre d'enseignements tels que la pratique civile et criminelle ou l'éloquence de la chaire et du barreau dispensés sous la forme de cours privés agréés par l'École de droit<sup>14</sup>.

La Révolution de 1830 porte un rude coup à la faculté de droit puisque plus de la moitié du corps professoral<sup>15</sup> refuse le serment au nouveau régime et se trouve révoquée, ce qui a pour conséquence de renouveler et de rajeunir le corps professoral désormais plus réceptif aux innovations<sup>16</sup>. Suspecte de légitimisme, la faculté de droit réclame en vain pendant longtemps la création de chaires supplémentaires au ministère de l'Instruction publique pour enseigner les sciences nouvelles que sont alors la philosophie du droit, la législation comparée, le droit public, l'économie politique et l'histoire du droit.

Cette dernière discipline n'était pas totalement absente des enseignements dispensés dans les facultés de droit et d'abord dans le cadre de l'enseignement du droit romain même si « une conception pratique de l'histoire comme préliminaire à

<sup>12</sup> Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques et historiques aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », art. cité.

<sup>13</sup> Il y a environ 500 étudiants en droit à Toulouse à la fin du I<sup>er</sup> Empire. On retrouvera cet effectif avec même une légère diminution au début du Second Empire (470) en 1851, qui s'accroît jusqu'en 1855 (340) avant de remonter jusqu'en 1869 (735) selon Monique PUZZO-LAURENT. *La Faculté de droit de Toulouse sous le Second Empire*, Mémoire pour le D.E.S. d'Histoire du droit et des faits sociaux, Université des Sciences sociales de Toulouse, année 1972-1973, p. 10. Ces données ne peuvent être utilisées sans réserves puisque dans son « Rapport concernant l'année 1858-1859 », le doyen Delpech évoque lors de la rentrée solennelle de la faculté de droit le 16 novembre 1859, les 1429 inscriptions et les 647 candidats aux examens, Registre des délibérations de la faculté de droit de Toulouse, *Archives de l'Université Toulouse I*, 2Z2-7 f<sup>o</sup> 196-197 alors que Mme Puzzo retient le nombre de 394 pour l'année 1858. A comparer également pour l'année 1855 aux plus de 10 000 inscriptions aux divers examens de la faculté de droit de Paris et aux 1 175 inscriptions à la faculté de droit d'Aix. Cf. Paul GERBOD, article « Enseignement » du *Dictionnaire du Second Empire* (direction Jean TULARD), Fayard, 1995, p. 491.

<sup>14</sup> Olivier DEVAUX, *L'enseignement à Toulouse de 1789 à 1830*, ouv. cité, p. 542.

<sup>15</sup> Quatre professeurs sur huit sont démissionnaires : il s'agit du doyen Bastoulh (Code civil), son fils Carloman (droit administratif), Dominique Ruffat (droit romain, Institutes), Antoine Flotte (droit romain, Pandectes), ce qui entraîne la suppression des Cours de droit administratif et de Pandectes. Deux suppléants sur trois sont également démissionnaires : Esquirol et l'abbé Berger qui poursuivra une carrière ecclésiastique (prévôt du chapitre : premier vicaire général du Cardinal d'Astros, Archevêque de Toulouse). Demeurent professeurs : Edouard Delpech (Code civil), Frédéric Malpel (Code civil), Auguste Carles (procédure civile et législation criminelle), Alexis Ferradou (droit commercial). Le suppléant restant est Joseph Mesplès.

<sup>16</sup> Le renouveau des enseignements juridiques à Toulouse sera incarné par les civilistes Delpech, Aimé Rodière, Gustave Bressolles, le commercialiste Constantin Dufour (depuis 1831), et le romaniste Osmin Benech (1831).

l'étude systématique des codes et des lois [...] s'opposait alors à une conception beaucoup plus large de ce que les études historiques pouvaient apporter à la science du droit »<sup>17</sup>. C'est ce qu'affirme Charles Ginoulhiac en écrivant en 1845 que « la chaire dans laquelle était enseigné le droit romain comme l'entendait la loi de l'an XII n'était autre qu'une chaire de droit français »<sup>18</sup>. Cet enseignement est d'ailleurs dispensé dès la première année de licence et les premiers traités d'histoire du droit accordent une large place au droit romain ainsi l'*Histoire du droit civil de Rome et du droit français* de Laferrière (1846). On retrouve ici une tendance qui s'était déjà affirmée avant la Révolution lorsque le droit romain exerçait une influence méthodologique et constituait finalement un droit commun, une sorte de modèle face auquel se situaient les professeurs de droit français après 1679, comme l'a montré Christian Chêne<sup>19</sup>.

Il faut également tenir compte de l'usage selon lequel les enseignements de droit positif étaient précédés d'une approche historique plus ou moins développée. Ainsi Gustave Bressolles, professeur de droit civil de 1850 à 1887 à Toulouse faisait-il précéder son cours triennal de droit civil d'une vue d'ensemble à la fois philosophique et historique.

Devant l'immobilisme du ministère qui se refusait toujours à accorder la création officielle d'enseignements nouveaux, en particulier en histoire du droit, la Faculté de Toulouse n'hésite pas non plus à confier aux suppléants la possibilité de donner des cours facultatifs, ce qui sera permis officiellement à partir de 1840 ou à autoriser les professeurs titulaires à proposer des cours complémentaires. Ainsi Gustave Bressolles professe-t-il un cours libre d'histoire du droit alors que Constantin Dufour (1805-1885), connu pour avoir rénové à Toulouse l'enseignement du droit commercial donne un cours complémentaire sur les principes généraux du droit.

La diversification des enseignements juridiques à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle doit également beaucoup au rôle joué par les inspecteurs généraux des facultés de droit à une époque où l'autorité administrative s'exerce d'une manière pesante et tatillonne comme en témoigne la correspondance officielle entre le recteur et le doyen de la faculté de droit<sup>20</sup>. Ainsi l'inspecteur général Laferrière, présidant une

<sup>17</sup> Madeleine VENTRE-DENIS, « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de Droit de Paris (1819-1822) », art. cité, p. 604.

<sup>18</sup> Charles GINOULHIAC, « De l'étude et de l'enseignement de l'histoire du droit en France », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, p. 32.

<sup>19</sup> Christian CHENE, « Les professeurs de droit français toulousains et le droit romain », *Droit romain, jus civile et droit français*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, n°3, 1999, p. 263-269. Voir également du même auteur : *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit, 1679-1793*, Genève, Droz, 1982.

<sup>20</sup> Monique Puzzo-Laurent donne plusieurs exemples d'interventions du recteur dans la vie de la faculté de droit dans les années 1850 : demande au doyen de rectifier la formule selon laquelle il a été écrit dans un rapport de thèse que le titre de docteur a été déféré alors que seul le ministre a le droit de conférer ce titre (12/02/1854), observations au doyen qui a communiqué sans autorisation aux journaux les résultats des concours de la faculté (28/11/1853), nécessité pour le doyen de solliciter l'approbation du Ministre pour dresser la liste des livres donnés en prix aux étudiants ou achetés par la bibliothèque, nécessité pour le doyen d'envoyer au recteur deux lettres différentes dès lors que leur objet est distinct (rapport sur les cours des professeurs et valeur des examens, septembre 1853), contrôle étroit sur les thèses de doctorat et même sur celles de licence en dehors même de l'existence d'une

assemblée de la Faculté de droit d'Aix le 8 juillet 1847 préconise-t-il la création de plusieurs enseignements comme cours obligatoires et matières d'examen, en particulier l'introduction générale à l'étude du droit comprenant les éléments du droit naturel et un précis historique du droit français, en première année de licence ainsi que l'histoire des institutions administratives en troisième et quatrième années, ce qu'adopte la faculté<sup>21</sup>. Dans sa dédicace à Dupin aîné, procureur général à la Cour de cassation et ancien président de la chambre des députés de son *Histoire du droit civil de Rome*, Firmin Laferrière, alors professeur à la Faculté de droit de Rennes évoquait déjà son « culte envers l'histoire du droit »<sup>22</sup>. Plus loin, il rappelait avoir publié (en 1836) une histoire du droit français (allant jusqu'en 1789), critiqué par Klimrath pour avoir omis les origines et les doctrines germaniques, prolongée en 1838 par un deuxième tome envisageant l'histoire du droit pendant la Révolution et jusqu'à la codification consulaire accueillie favorablement par Edouard Laboulaye. Après dix ans d'études, il publie en 1846 une *Histoire du droit civil de Rome et du droit français* assortie de beaucoup de notes avec les textes « recueillis et discutés »<sup>23</sup>. Charles Giraud, lui aussi inspecteur général des études de droit publie la même année un *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Âge*<sup>24</sup>. Plus tard, sous le Second Empire, Laferrière tentera également sans y parvenir de reconstituer un enseignement du droit canonique à la Faculté de théologie catholique de Toulouse<sup>25</sup>. Cette orientation favorable à la diversification et à l'approfondissement des enseignements juridiques conduira même Firmin Laferrière en 1855 à envoyer au ministère un rapport accablant sur le doyen de la Faculté de droit de Toulouse, Laurens qualifié de « professeur médiocre [...] au dernier rang pour la science de l'école confiée à sa direction »<sup>26</sup>. Il conseille même de le faire suppléer dans sa chaire jusqu'à la retraite et de le remplacer en tant que doyen par Bénech, ce que fera le ministère le 20 mars 1856. Cette destitution du doyen Laurens, pourtant bien noté politiquement à l'égard du régime impérial, illustre bien à cette époque la « toute-puissance de l'inspecteur général »<sup>27</sup> et Laferrière se plaît à distinguer lors de l'installation du doyen Delpech le caractère de « dignité temporaire » du décanat à l'inamovibilité de fait du

---

autorisation préalable dans ce dernier cas. Cf. Monique PUZZO-LAURENT, *La Faculté de droit de Toulouse sous le Second Empire*, ouv. cité, p. 45 et 46. Il y a également un contrôle étroit sur l'assiduité à leurs cours des professeurs ainsi que lors des cérémonies publiques auxquelles ils sont conviés.

<sup>21</sup> Felix MOREAU, « Mistral étudiant et la Faculté de Droit d'Aix au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle », *Annales de la Faculté des Droits d'Aix*, Nouvelle série – n°20, 1931, p. 66. Information aimablement transmise par notre collègue Jean-Louis Mestre.

<sup>22</sup> Firmin LAFERRIERE, *Histoire du droit civil de Rome et du Droit français*, Paris, Joubert, t.1, 1846.

<sup>23</sup> *Ibidem*, Avant-propos.

<sup>24</sup> Charles GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Âge*, Paris, Videcoq et Leipzig, Léopold Michelsen libraire, 1846. Le tome 2 est consacré aux pièces justificatives, « Chartes et Coutumes ».

<sup>25</sup> Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de droit de Toulouse [...] », art. cité, p. 345, note 1.

<sup>26</sup> Monique PUZZO-LAURENT, *La faculté de droit de Toulouse sous le Second Empire*, ouv. cité, p. 50-51.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 51. Sur l'inspection générale des facultés de droit, se reporter à Alain LAQUIEZE, « L'inspection générale des Facultés de droit dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (1852-1888) », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, n°9, 1989, p. 7-43.

« professeur qui remplit bien ses devoirs » alors même que cette dernière a été supprimée en droit par le décret du 9 mars 1852. Elle témoigne aussi de l'évolution de la conception des études juridiques après 1850 car il est surtout reproché à Laurens qui prodiguait un enseignement surtout pratique « où la recherche et la doctrine avaient peu de place » de s'être tenu à l'écart du mouvement scientifique, comme en témoigne sa relative discrétion aux séances de l'Académie de législation de Toulouse, ce qui l'oppose aux novateurs que sont alors Benech et Delpech.

L'essor des sciences historiques à la Faculté de droit de Toulouse doit en effet beaucoup à Osmin Bénech (1807-1855) qui doit être considéré comme la cheville-ouvrière du mouvement de rénovation scientifique et historique des études juridiques à la Faculté de droit de Toulouse. Licencié à Toulouse à l'âge de dix-neuf ans, il débute au barreau de Castelsarrasin, ville dont il est originaire puis est nommé suppléant-provisoire à la faculté de droit par Malpel, alors recteur. Docteur en 1831, il bénéficie des démissions de cette époque et devient professeur à l'âge de 24 ans dans la chaire de droit romain redevenue unique jusqu'en 1853 par la suppression de la chaire de Pandectes en 1830. Bénech innove dans bien des domaines : il introduit à Toulouse la méthode historique de Savigny, enseigne en français et non plus en latin (comme le faisait encore son prédécesseur), étudie le droit romain comme le développement des institutions de l'Antiquité romaine dans une perspective historique au lieu de commenter les Institutes de Justinien comme s'il s'agissait de textes de droit positif. Il explique également les Institutes de Gaius, qui viennent d'être découvertes et permettent d'appréhender le droit romain classique. Il fera partie du jury du concours organisé en 1846 pour la chaire de procédure civile de la Faculté de droit de Paris laissée vacante par la mort de Bériat Saint-Prix<sup>28</sup>. Il participe aussi très activement à la fondation de l'Académie de législation de Toulouse (1851) qui se propose de contribuer au développement de la science juridique et dont il est le premier secrétaire perpétuel<sup>29</sup>. Cette Académie que fréquentent avec assiduité nombre de professeurs de la faculté de droit permettra d'ouvrir le monde du droit toulousain aux recherches nouvelles et de nouer des liens tant avec d'éminents

<sup>28</sup> Jean-Jacques BIENVENU, « Les concours pour les chaires des Facultés de droit (an XII-1855) », *Revue d'Histoire des Facultés de droit*, 2003, n° 23, p. 10.

<sup>29</sup> L'Académie de législation de Toulouse dont les statuts sont datés du 2 avril 1851 comprend des membres nés : le premier président et le procureur-général près la Cour d'appel de Toulouse et des associés ordinaires. Il y a ensuite des membres honoraires : en 1852 : Troplong, membre de l'Institut, premier président de la Cour d'appel de Paris, le comte Portalis, membre de l'Institut et du Sénat, premier président honoraire à la Cour de cassation, ancien ministre de la Justice. A partir de 1853 : Dupin, membre de l'Institut, ancien procureur général à la Cour de cassation; J.B. Duvergier, continuateur des œuvres de Toullier, conseiller d'Etat; Dalloz aîné, ancien président du conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. Il y a également les associés libres : le R.P. Lacordaire des frères prêcheurs, ancien avocat à la Cour de Paris y est reçu le 2 juillet 1854. Cf. P. Bernard MONTAGNES, « Le discours sur la loi de l'Histoire », Actes du colloque à l'abbaye-école de Sorèze, 24 et 25 octobre 2002 : *Lacordaire et quelques autres... Religion et Politique* (sous la direction de Marie-Odile MUNIER), Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Etablissement Jean-François Champollion, Centre albigeois d'histoire du droit et des institutions, 2003, p. 43-51; ainsi que Laferrière, membre de l'Institut, inspecteur général des facultés de droit, délégué pour l'administration de l'Académie de Toulouse et West, docteur en droit, préfet de la Haute-Garonne. Il y a enfin des membres correspondants de l'Académie. Cf. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1855, t.IV.

juristes français qu'avec des spécialistes étrangers. Font ainsi partie de l'Académie de législation de Toulouse en tant que membres honoraires : Nicolas Nicolini, professeur de droit criminel à l'Université de Naples, avocat général à la Cour suprême ; Savigny, jurisconsulte à Berlin (1852) ; Mittermaier, professeur à Heidelberg ; G. Haenel, doyen de la Faculté de droit de Leipzig (1853). Elle permettra aussi d'enrichissantes rencontres entre le monde universitaire et celui des praticiens du droit bien représenté dans l'Académie. Benech propose dans la séance du 2 mai 1855 d'organiser la fête annuelle de Cujas dont la statue avait été inaugurée place du palais le 8 décembre 1850 afin d'honorer le « Papinien des temps modernes et de stimuler la science juridique par de nouvelles recherches juridiques »<sup>30</sup>. Osmin Benech donne un cours complémentaire de droit coutumier dans ses origines et ses rapports avec le Code Napoléon en 1852-1853, puis 1853-1854. Il poursuit également une carrière politique puisqu'il est président du Conseil général du Tarn-et-Garonne et premier adjoint du maire de Toulouse. Mort prématurément (1855) alors qu'il vient d'être nommé doyen de la faculté de droit, Osmin Bénech qui a joué un rôle déterminant dans la rénovation des études juridiques à Toulouse et l'approfondissement de leur dimension historique, sera remplacé par Gustave Humbert (1822-1894) dont le nom est resté associé à une vaste escroquerie financière orchestrée par sa belle-fille Thérèse Humbert. Lui aussi est adepte de la méthode historique, familier des travaux allemands et dirigera la traduction française du Manuel des Antiquités romaines de Mommsen. Homme politique de premier plan et haut magistrat, il terminera sa carrière comme premier président de la Cour des Comptes<sup>31</sup>.

Ainsi donc, à plusieurs reprises, un cours complémentaire a porté sur l'histoire du droit français parfois conjoint à l'étude des éléments du droit naturel. Cet enseignement sera enfin introduit à la Faculté de droit de Toulouse sous le Second Empire dans les années 1850 et confié officiellement à Charles Ginoulhiac (1818-1895).

## II — LA NOMINATION DE CHARLES GINOULHIAC A LA CHAIRE D'HISTOIRE DU DROIT DE TOULOUSE.

Né le 6 octobre 1818 à Montpellier et fils d'un caissier des Messageries du Midi, Charles Ginoulhiac<sup>32</sup> fait ses études juridiques à la Faculté de droit de Toulouse où il

---

<sup>30</sup> *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1855, t.IV, p. 186-195.

<sup>31</sup> Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de droit [...] », art. cité, p. 365.

<sup>32</sup> Les éléments biographiques relatifs à Charles Ginoulhiac sont extraits de l'article de Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de droit [...] », art. cité, p. 366-367 et de la notice nécrologique que lui consacra son successeur dans la Chaire toulousaine d'histoire du droit, Jean-Baptiste Brissaud, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t.XLV, 1896-1897, p. 357-394 qui contient également une discussion très intéressante des ouvrages de Ginoulhiac ainsi que la liste récapitulative de ces derniers. Voir également : A. DELOUME, *Personnel de la faculté de droit de Toulouse depuis la fondation de l'Université de Toulouse*, 1890, p. 41 ainsi que le très intéressant fascicule que vient d'éditionner la Mission Archives de l'Université des sciences sociales de Toulouse placée sous la direction de notre collègue Philippe Delvit, *Toiles, gravures, fusain et sanguine... Une galerie de portraits à l'Université*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 36. Les renseignements relatifs au passage de Ginoulhiac à la faculté de droit d'Aix nous ont été aimablement communiqués par notre collègue Jean-Louis Mestre.

est l'élève de Malpel, Delpech, Carles mais aussi de la jeune génération de professeurs illustrée par le romaniste Osmin Bénech et Constantin Dufour qui a renouvelé l'enseignement du droit commercial. Docteur en droit à Aix (22 août 1840) où il est venu rejoindre son frère Achille Ginoulhiac, alors vicaire général qui poursuivra une carrière ecclésiastique qui le conduira à l'archevêché de Lyon, Charles Ginoulhiac est chargé par un arrêté ministériel du 12 octobre 1848 des fonctions de professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit d'Aix<sup>33</sup>. Lors de la séance de rentrée du 16 novembre 1846, le doyen Bouteuil annonce que « M. Ginoulhiac fera un cours d'Introduction générale à l'étude du droit ; en première année il traitera des rapports du droit et de la philosophie ; en troisième année de l'histoire du droit »<sup>34</sup>. L'affiche de la faculté d'Aix annonce que Ginoulhiac donnera un cours d'Introduction à l'étude du droit<sup>35</sup> durant l'année 1847-1848, cours devenu semble-t-il facultatif pour l'année 1848-1849 qui n'a pas dû être professé cette année-là compte tenu de la démission qu'il envoya le 14 novembre 1848 certainement pour des raisons politiques. Il supplée en 1850-1851 Wolowski dans le cours de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers de Paris et collabore au *Répertoire Dalloz*<sup>36</sup>. Il participe également à la fondation de la *Revue d'Histoire du droit français et étranger* en 1855 avec Edouard Laboulaye, Eugène de Rozière et Rodolphe Dareste, revue dans laquelle il publiera plusieurs articles en particulier sur les sources du droit à l'époque franque<sup>37</sup>, le droit coutumier<sup>38</sup> et le comté de Toulouse<sup>39</sup>. Il avait fondé également en 1853 la *Revue bibliographique et critique de droit français et étranger* paraissant tous les deux mois<sup>40</sup>.

A partir de 1854, Charles Ginoulhiac rejoint la Faculté de droit de Toulouse, d'abord en tant que suppléant provisoire pour assurer l'enseignement de l'histoire du droit français, sous la forme d'une introduction historique qui s'adresse aux étudiants de première année. Dès 1857, la faculté demande en sa faveur la création d'une chaire nouvelle d'histoire du droit qui avait déjà été sollicitée en 1838 et 1845. En janvier 1859, le gouvernement décide enfin d'accorder la création de cette chaire et demande à la faculté de rédiger un programme pour le cours qui doit porter sur les origines féodales et coutumières du droit français<sup>41</sup>. Une commission composée de trois professeurs est chargée d'élaborer rapidement ce programme proposé dès le lendemain par le rapporteur de la commission Bressolles<sup>42</sup>. Cet enseignement n'englobe pas l'histoire du droit français en général mais doit être limité aux origines

<sup>33</sup> Registre du Personnel de la Faculté de droit d'Aix.

<sup>34</sup> Félix MOREAU, « Mistral étudiant et la Faculté de Droit d'Aix au milieu du XIXe siècle », art. cité, p. 39 en note.

<sup>35</sup> Archives Départementales des Bouches-du-Rhône, 1 T 161.

<sup>36</sup> En particulier les articles cultes, économie politique, obligations jusqu'aux preuves exclusivement, Droit naturel et des gens, Industrie et commerce.

<sup>37</sup> « Des recueils de droit romain dans la Gaule sous la domination des barbares, le Papien », *Revue d'histoire du droit français et étranger (RHD)*, 1856, p. 529-585.

<sup>38</sup> « Cours de droit coutumier français dans des rapports avec le droit actuel, leçon d'ouverture aux Cours de doctorat à la faculté de droit de Toulouse », *RHD*, 1859, p. 66-79.

<sup>39</sup> « Statuts sur la réformation du comté de Toulouse en 1270 », *RHD*, 1860, p. 339-351.

<sup>40</sup> Revue qui n'eut qu'une existence éphémère entre 1853 et 1856.

<sup>41</sup> *Registre des délibérations de la faculté de droit de Toulouse*, Archives de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, série 2 Z 2-8, séance du 31 janvier 1859, f°181.

<sup>42</sup> *Ibidem*, 1<sup>er</sup> février 1859, f°182-183.

coutumières et féodales « des principales règles du droit positif ». Il doit exclure « les recherches de pure érudition sur le droit coutumier ou féodal pour y faire exclusivement entrer celles qui auront pour objet d'éclairer par les antécédents historiques d'un sujet les difficultés d'interprétation ou de pratique qu'il pourrait encore présenter ». Il doit s'agir d'un cours obligatoire pour les élèves de quatrième année afin de « faire entrer dans le programme les matières les plus ardues [du] droit dont l'étude approfondie est exigée pour le grade du doctorat avec au préalable une étude sur les sources ». Enfin, s'agissant de l'ordre des matières à traiter, « nul ordre ne [paraît] préférable à celui qu'ont adopté les rédacteurs du Code civil. En effet, pour les enseignements historiques où on a surtout à craindre que les élèves ne s'égarent dans le dédale des institutions passées, il est prudent de disposer la matière [...] sur une ligne parallèle à celle du Code aux différentes parties duquel on le rattachera ainsi très facilement. Après avoir consulté Charles Ginoulhiac et « pris en grande considération les vues très judicieuses qu'il a communiquées [compte tenu de son] expérience dans le cours de droit coutumier qu'il professe depuis trois ans avec tant de profit », la commission se félicite de ce que le nouvel enseignement « complètera pour les élèves les plus avancés et les plus studieux [...] les indications fort sommaires que [chaque professeur] ne manque pas de donner sur l'histoire des divers sujets [...] et contribuera à rehausser les études qu'on viendra faire à Toulouse ainsi que la valeur des grades qui y sont conférés ». Le registre des délibérations de la Faculté de droit de Toulouse a conservé à la suite de ce rapport du 1<sup>er</sup> février 1859 le détail du programme d'un cours des origines féodales et coutumières du droit français actuel obligatoire pour les étudiants en doctorat. Il s'agit d'un aperçu général sur le droit féodal et coutumier, son établissement, ses progrès et ses sources, la part qu'il a eue dans la formation de (la) législation actuelle. Par origines féodales et coutumières de cette législation, on entend :

« La personnalité et la réalité des lois coutumières et statuts et leur importance dans le droit coutumier et (le) droit moderne (Code Napoléon, titre préliminaire).

Les personnes (Code Napoléon, livre premier) :

1 – des diverses classes de personnes dans notre ancien droit (regnicoles et aubains, nobles et roturiers), droits politiques et civils de chacune d'elles qui peuvent se rapporter à notre droit actuel.

2 – mariage et puissance maritale, paternelle et tutélaire (main-bournie, garde noble et bourgeoise, simple garde et tutelle) dans leurs effets sur la capacité des personnes et droits et charges qui en dérivent.

Les biens et les différentes modifications de la propriété (Code Napoléon, livre deuxième) :

1 – La distinction entre les biens meubles et immeubles, son importance dans le droit féodal et coutumier et dans [le] Code civil.

2 – Les différentes espèces de propriété admises dans l'ancien droit (francs-alleux, fiefs, censives, rentes foncières et constituées) et les principes du droit sur les profits féodaux spécialement les droits de relief, de quint, de lods et ventes, sur l'aveu et le dénombrement, les déclarations censuelles, la saisie féodale et censuelle dans leurs rapports avec les principes de l'enregistrement.

3 – Les droits des seigneurs sur les routes, les cours d'eau (rivières navigables et flottables et non navigables ni flottables), sur les mines, les trésors, les épaves, les droits de chasse, les droits d'aubaine, de déshérence et de confiscation, dans leurs rapports avec le domaine public, le domaine de l'État et la propriété foncière.

4 – Le droit d'amortissement et la propriété des biens des gens de main morte (communautés d'habitants, établissements publics, religieux et civils), dans ses rapports avec les droits des seigneurs et de l'État.

5 – Les servitudes établies par la loi, celles établies par la destination du père de famille d'après nos coutumes.

Les différentes manières dont on acquiert la propriété (Code Napoléon, livre troisième) :

1 – En matière de succession, les principes généraux du système coutumier et spécialement la théorie de la saisine héréditaire, dans ses rapports avec le droit d'acceptation et de répudiation et avec le partage et ses effets dans le droit français ancien et moderne.

2 – En matière de donations entre-vifs et testaments, l'importance de la distinction de ces deux modes de disposer, et celle de la maxime donner et retenir ne vaut, l'origine et la nature du testament, de la réserve et de la légitime dans les pays de coutume, les démissions de biens, des institutions contractuelles et des promesses d'égalité, du don mutuel et des peines des secondes noces.

3 – En matière de contrats, la maxime que la propriété se transmet par le seul effet de conventions, dans ses rapports avec l'ensaisissement et la tradition de l'ancien droit français.

4 – En matière de contrat de mariage, la nature des traités de mariage dans le droit féodal et coutumier, le douaire légal et préfix et les divers régimes en vigueur dans les provinces et soumises à ce droit, entre nobles et roturiers, notamment les régimes spéciaux et encore suivis de nos jours, des coutumes de Normandie et de Bayonne et surtout le régime de la coutume de Paris ou de la communauté proprement dite, l'origine et la nature des droits du mari dans ce dernier régime sur les biens de la communauté et sur les propres de la femme et des droits que la femme acquiert ou conserve sur les biens communs et sur ses propres biens, de la faculté d'accepter et de renoncer et des modes de liquidation des reprises par confusion et par prélèvement.

5 – En matière de privilège ou d'hypothèque, le système des pays de nantissement, la maxime les meubles n'ont pas de suite par hypothèque et les principaux privilèges admis dans le droit coutumier, notamment le droit de revendication du vendeur d'effets mobiliers non payés, lorsque la vente a été faite sans terme.

6 – En matière de possession et de prescription, la théorie coutumière de la saisine autre que la saisine héréditaire et des actions possessoires (complaintes en cas de saisine et novellété et simple saisine) dans leurs rapports avec [le] droit actuel. L'origine coutumière de la maxime en fait de meuble la possession vaut titre et celle de quelques prescriptions particulières admises dans le Code napoléon ».

Contre toute attente, le ministère qui a le libre choix d'une première nomination dans une chaire nouvellement créée choisit pour la Faculté de droit de Toulouse non Charles Ginoulhiac mais Alphonse Chambellan, ancien professeur de droit privé à l'Ecole d'Administration de Paris<sup>43</sup>, qui avait perdu ses fonctions lors de la suppres-

---

<sup>43</sup> Apparue dans les premiers mois de la Deuxième République, l'Ecole d'administration avait été créée par Hippolyte Carnot sur le modèle de Polytechnique, dans le cadre du Collège de France. Elle avait pour mission en dispensant un enseignement largement ouvert de fournir à l'Etat de grands commis compétents qui devraient à leur seule capacité l'exercice des hautes fonctions administratives. Ouverte en juillet 1848, elle fut supprimée dès mai 1849, victime

sion de l'École et qui devait nécessairement être nommé dans une faculté de province avant d'accéder à la Faculté de droit de Paris. Ce dernier est donc installé à la Faculté de droit de Toulouse le 9 mai 1859 en vertu d'un décret impérial du 10 mars 1859<sup>44</sup>. Son enseignement se fera sous la forme de conférences, deux fois par semaine, à l'intention des étudiants de doctorat. Les étudiants étant peu nombreux, le recteur demandera que « le bienfait »<sup>45</sup> de ce type d'enseignement soit étendu à un nombre plus important d'auditeurs, c'est-à-dire aux étudiants de troisième année. Alphonse Chambellan étant nommé à la Faculté de droit de Paris quelques mois après son installation à celle de Toulouse, la voie est désormais libre pour Charles Ginoulhiac. De nouveau réunie le 9 novembre 1859, la Faculté de droit de Toulouse<sup>46</sup> doit présenter deux candidats conformément au décret du 9 mars 1852. Dans sa lettre de candidature, Charles Ginoulhiac rappelle que « depuis près de vingt ans, [il s']occupe spécialement dans [ses] études ou dans [son] enseignement de ce qui fait l'objet du cours dont [il est] chargé et pour lequel [il] aspire au titre de professeur » et qu'il est également le plus ancien des suppléants dans la Faculté de droit de Toulouse. Après avoir rappelé les fonctions qu'il a exercées depuis l'obtention de son grade de docteur en 1840, il fournit la liste de ses travaux publiés : une histoire du régime dotal et de la communauté en France (1842), une revue des recueils étrangers consacrés à la science du droit (1844), un mémoire sur l'étude et l'enseignement de l'histoire du droit en France (1845), des études historiques sur le droit civil français (1846), la philosophie des jurisconsultes romains (1849), l'économie politique du Peuple, adoptée par l'association pour l'éducation populaire (1850), la revue bibliographique et la revue historique du droit français et étranger, de nombreux travaux d'histoire du droit et de droit positif publiés dans un répertoire de jurisprudence. L'autre candidat est Charles Beudant (1829-1895), de dix ans plus jeune que Ginoulhiac, docteur en droit (1852), suppléant provisoire à la Faculté de droit de Strasbourg depuis 1853 et chargé à ce titre du cours d'introduction historique à l'étude du droit jusqu'en 1857, professeur agrégé à la faculté de Toulouse depuis le 9 janvier 1857, Charles Beudant<sup>47</sup> a publié une étude sur la naturalisation (1855), une autre sur l'effet de naissance en France sur la nationalité (1856) et fait imprimer une étude sur le jury et les modifications que réclame la procédure par

---

de son origine révolutionnaire, du désir des Ministres de garder la haute-main sur les recrutements, de la méfiance des facultés de droit et de la « plèbe administrative ». Cf. François BURDEAU, *Histoire de l'administration française du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Ed. Montchrestien, collection Droit public, 1989, p. 268.

<sup>44</sup> *Registre des délibérations de la faculté de droit de Toulouse*, Archives de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, série 2 Z 2-8, 9 mai 1859, f<sup>o</sup>183 et 184.

<sup>45</sup> Monique PUZZO-LAURENT, *La Faculté de droit de Toulouse sous le Second Empire*, ouv. cité, p. 72-73.

<sup>46</sup> *Registre des délibérations de la faculté de droit de Toulouse*, ouv. cité, p. 9 novembre 1859, f<sup>o</sup>189 à 191.

<sup>47</sup> Agrégé en 1856, Charles Beudant (1829-1895) est installé à la faculté de droit de Toulouse le 20 janvier 1857 et y enseigne le droit civil jusqu'en 1862 où il est transféré à la faculté de droit de Paris, titularisé en 1870 dans la chaire de droit civil qu'avait occupé Duranton. Il en devient le doyen en 1879 mais doit démissionner en 1887 du décanat pour raison de santé. Il est considéré avec Bufnoir et le romaniste Labbé comme l'un des fondateurs de l'École scientifique contemporaine. Cf. Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques [...] », ouv. cité, p. 362.

jurés dont certains fragments ont été présentés à l'Académie de législation (1858-1859). Il indique dans sa lettre de candidature « qu'il n'entre pas dans son esprit d'être en concurrence » avec Ginoulhiac et ne demande à la faculté « qu'une présentation en deuxième ligne ». De manière unanime, la faculté se prononce donc en faveur de Charles Ginoulhiac qui sera officiellement installé<sup>48</sup> dans la chaire d'histoire du droit de Toulouse le 6 décembre 1859. Lors de la séance solennelle de rentrée de la faculté, le 16 novembre 1859, le doyen Delpech se réjouit de la création de ce nouvel enseignement qui du point de vue scientifique « fait la jonction entre les lois romaines et le Code civil » et répond aussi de manière plus politique à la nécessité de mettre fin « à ce mensonge historique que le régime antérieur à 1789 n'offrait qu'une série de lois oppressives et arbitraires ». « Les hommes les plus éminents, dans la politique et le droit » ajoute-t-il, avaient protesté contre une prévention si injuste et si peu patriotique. Mais le vulgaire ne lisait pas leurs livres. De nos jours et par ses leçons sur l'histoire de la civilisation, M. Guizot a ouvert un sillon lumineux dans cette nuit du passé. Il était temps de populariser cet enseignement »<sup>49</sup>.

### III — L'ACTIVITE DE CHARLES GINOULHIAC.

Charles Ginoulhiac – dont le tableau<sup>50</sup> orne encore l'ancienne salle du Conseil de la faculté de droit magnifiquement restaurée il y a quelques années – enseignera l'histoire du droit à Toulouse durant plus de trente ans jusqu'à sa mise à la retraite pour raison d'âge en 1888. Jean Dauvillier lui attribue « un esprit ferme et vigoureux [...] une grande élévation de pensée et [...] un robuste bon sens ». Il avait, dit-il, « le goût et le sens de l'histoire des institutions et a su utiliser au mieux les documents connus ». En matière d'économie politique, « il se montre partisan [d'un] libéralisme tempéré par l'intervention de l'État dans les moments critiques et quand la question de l'humanité est en jeu »<sup>51</sup>. Son successeur, Jean-Baptiste Brissaud le présente comme un « humaniste qui se doublait d'un chrétien convaincu »<sup>52</sup>. L'inspecteur général Giraud en fait l'éloge dans l'un de ses rapports administratifs alors que Ginoulhiac n'était encore à Toulouse que suppléant provisoire : « Son programme, écrit-il, annonce une intuition profonde et rare. Peu de jeunes docteurs ont [son] mérite. Son plan est parfait, son érudition complète ». Son programme fait partie « des meilleurs et des plus remarquables »<sup>53</sup>. Il envoie régulièrement le programme de son cours à l'inspecteur général conformément à l'instruction du 22 juillet 1855. En 1866, le ministre Duruy (sur un rapport de l'inspecteur général Giraud), demande

<sup>48</sup> *Registre des délibérations de la faculté de droit de Toulouse*, ouv. cité, 6 décembre 1859.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 16 novembre 1859, f°196 et 197.

<sup>50</sup> Tableau reproduit dans l'ouvrage précité : *Toiles, gravures, fusain et sanguine...* ouv. cité, p. 36. Autre représentation de Ginoulhiac sur la mosaïque photographique du personnel de la faculté de droit de Toulouse (1865-1868), p. 65.

<sup>51</sup> Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la faculté de droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques [...] », art. cité, p. 367.

<sup>52</sup> Jean-Baptiste BRISSAUD, « Notice biographique sur M. Charles Ginoulhiac, Professeur à la Faculté de droit », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, ouv. cité, p. 360.

<sup>53</sup> *Archives Nationales*, F 17 13157, Faculté de droit de Toulouse. Rapport écrit de l'inspecteur général Giraud, sans date. Ce rapport est forcément postérieur à l'arrivée de Ginoulhiac à Toulouse comme suppléant (1854) et sa nomination à la chaire d'histoire du droit (1859). Rapport aimablement communiqué par notre collègue Jean-Louis Mestre.

au doyen de faire observer aux professeurs qu'ils n'attachent pas assez d'importance à la rédaction de ces documents, en exceptant Ginoulhiac de ce reproche<sup>54</sup>. S'il a peu publié après sa nomination à la chaire d'histoire du droit de Toulouse, peut-être par « un excès de scrupule » qui l'a conduit à laisser inachevées un grand nombre d'études, on lui doit un cours élémentaire d'histoire générale du droit français public et privé depuis les premiers temps jusqu'à la publication du Code civil édité en 1884, c'est-à-dire vers la fin de sa carrière<sup>55</sup>. Il s'agit, selon Jean Dauvillier, d'un abrégé de son cours d'histoire du droit qu'il professait en deux ans, en commençant en première année, ce qui révèle une évolution par rapport aux premiers temps de cet enseignement que la faculté avait d'abord voulu réserver aux rares étudiants de doctorat. Dans l'avant-propos, il se déclare « fidèle aux doctrines de l'école historique » et désireux pour bien faire comprendre les institutions juridiques de remonter à leur origine dans le milieu où elles sont nées et se sont développées progressivement ». Dans le chapitre préliminaire, il critique Hobbes, Bentham et Rousseau ainsi que tous ceux qui méprisent « le passé comme si nous ne lui devions rien »<sup>56</sup>. Il fait, au contraire, l'éloge de Portalis qui a compris que les sociétés humaines comme les législations sont « l'œuvre des générations et du temps »<sup>57</sup>. Ginoulhiac souhaite donc, à travers son cours, renouer « les anneaux d'une chaîne qui sont entrelacés [...] éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire »<sup>58</sup>, défendant l'idée que la compréhension des Codes ne peut se faire que par l'étude du passé. Ainsi l'histoire du droit permet-elle à la fois comme le dit Gaius de « préparer à l'étude des lois » mais aussi « d'en rendre l'intelligence plus facile »<sup>59</sup>. Tout en admettant la distinction classique entre l'histoire interne qui est « l'histoire des institutions » et l'histoire externe qui est celle « des sources et des monuments juridiques »<sup>60</sup> abondamment développée dans son cours, Ginoulhiac déclare ne pas vouloir « isoler » ces deux parties et préfère étudier le droit français dans son développement général reprenant pour chaque séquence historique une présentation des sources du droit et « une esquisse du droit public et privé tels (qu'elles) le révèlent ». Il ordonne son cours autour de six grandes périodes d'inégale importance quantitative depuis l'époque gauloise (39 p.) jusqu'à l'époque intermédiaire (69 p.) en passant par les périodes gallo-romaine (50 p.), germanique (221 p.) féodale (198 p.), coutumière (104 p.) et monarchique (166 p.). Ginoulhiac présente la rédaction des codes comme « la conséquence nécessaire des progrès de la société et de la législation ». En France, écrit-il dans le chapitre préliminaire de son cours, « à l'époque où (les) Codes ont été rédigés, cette transformation de la législation était tout à la fois nécessaire et possible ; tous les éléments dont s'était formé le droit français, l'élément romain, canonique, germanique, coutumier et féodal, les ordonnances, la jurisprudence étaient arrivés au dernier terme de leur développement ; il fallait

<sup>54</sup> Monique PUZZO-LAURENT, *La Faculté de Droit de Toulouse sous le Second Empire*, ouv. cité, p. 61.

<sup>55</sup> Charles GINOULHIAC, *Cours élémentaire d'Histoire générale du droit français public et privé depuis les premiers temps jusqu'à la publication du Code civil (matières de l'examen de première année)*, Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1884.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 12.

réviser, harmoniser leurs résultats, résoudre les oppositions au sein d'une unité supérieure et la Révolution de 1789 avait déjà produit l'uniformité dans les éléments sociaux ; aussi nos Codes, en harmonie avec l'état de la société et du droit, à l'époque où ils furent rédigés, peuvent-ils être considérés comme l'un des plus beaux fruits de notre génie national et de notre civilisation, et malgré leurs imperfections que les progrès accomplis depuis ont surtout révélées, ont-ils résisté à toutes les attaques... comme ce qui est le produit non d'une volonté arbitraire mais de la raison et du progrès »<sup>61</sup>. D'où cette image qu'utilise Ginoulhiac d'une législation actuelle devenue « un fleuve majestueux dont les eaux traversent et fécondent notre pays »<sup>62</sup> dont il se propose d'étudier l'amont, ce qui donne à ce cours comme trame générale l'exploration des origines historiques du droit français à travers la problématique d'une tension vers l'unité. Il y a là une évolution sensible par rapport au programme imaginé par la faculté de droit en 1859. Il ne s'agit plus d'ordonner le cours par rapport aux trois livres du Code civil mais de proposer aux étudiants une vaste culture à la fois historique, politique et juridique autour d'une périodisation accentuée, une attention toute particulière aux sources du droit, une réflexion sociale et politique qui englobe en particulier la place de l'Église étudiée à travers les sources du droit canonique mais également les bénéfices ecclésiastiques ou sa juridiction, ce qui confère à ce cours des objectifs beaucoup plus ambitieux.

« Âme classique qui a évolué vers la science moderne » et qui « appartient à l'école historique dont... Savigny a été le chef » selon Jean-Baptiste Brissaud<sup>63</sup>, Charles Ginoulhiac fréquente l'Académie de législation de Toulouse à partir de 1856, deux ans après son arrivée à Toulouse. Il en devient le secrétaire-adjoint en 1857 et en restera membre jusqu'à sa mort (1895). Il y intervient à plusieurs reprises. En 1856, il y présente un rapport circonstancié sur le traité de la dot de Roussilhe publié par le conseiller Sacase. Lui-même spécialiste du régime dotal, il voit dans ce travail un « véritable traité du régime dotal » englobant l'ancien droit et le droit moderne. Il y écrit que « le régime qui semble le mieux approprié à la nature du mariage n'est pas le régime de la communauté légale mais celui de la société d'acquêts qui n'est pas incompatible avec le régime dotal »<sup>64</sup>. En 1857, il y présente un nouveau rapport sur les concours ordinaires proposés par l'Académie dont les sujets sont : « Portalis » pour l'année 1858 et pour 1859 : « quelles modifications ont été apportées aux règles du droit romain par la jurisprudence des parlements de Toulouse, Bordeaux et Aix ? »<sup>65</sup>. Dans la séance du 12 janvier 1859, il présente un ouvrage de G. d'Espinay sur les formules d'Angers<sup>66</sup>. Le 16 mai 1860, il fait un rapport sur un ouvrage de Valentin Smith, conseiller à la Cour impériale de Lyon consacré à l'histoire de la ville et de l'abbaye de Nantua<sup>67</sup>. En 1861, il présente à l'Académie une longue communication publiée en 1862 sur l'un des thèmes qu'il affectionne : « De la codification et de son influence sur la législation et la science du droit »<sup>68</sup>. Son activité à l'Académie de législation de Toulouse semble ensuite se

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Jean-Baptiste BRISSAUD, « Notice nécrologique sur Ginoulhiac », *ouv. cité*, p. 359.

<sup>64</sup> *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t.V, 1856, p. 350-352.

<sup>65</sup> *Ibidem*, t.VI, 1857, p. 339.

<sup>66</sup> *Ibidem*, t.VIII, 1859, p. 68.

<sup>67</sup> *Ibidem*, t.IX, 1860, p. 298-304.

<sup>68</sup> *Ibidem*, t.X, 1861, p. 415-488.

ralentir puisque la seule mention que nous avons pu retrouver concerne sa présidence de la fête de Cujas<sup>69</sup> le 2 avril 1875.

\*  
\* \*

Trente ans après celle de Paris, la création de la chaire d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse en 1859, qui sera ensuite illustrée par Jean-Baptiste Brissaud (de 1889 à 1900) et Joseph Declareuil (de 1900 à 1938) résulte donc de plusieurs facteurs convergents. Du point de vue scientifique, on constate le reflux de la méthode exégétique, les progrès de l'historicisme et la rénovation des études juridiques à laquelle participe activement la Faculté de droit de Toulouse, qui, en dépit de la modestie des moyens matériels dont elle dispose ne fait pas partie de « ces facultés de province [qui] végètent dans l'oubli et traînent une existence fantomatique »<sup>70</sup>. Ainsi le doyen Delpech déclare t-il lors de la séance solennelle de rentrée de la faculté le 16 novembre 1859 : « toutes les parties de la législation font aujourd'hui partie de son enseignement et les professeurs entre lesquels cet enseignement est divisé, au lieu de se traîner dans un aride commentaire de textes, s'élèvent par la synthèse à la raison des lois, ils signalent les améliorations possibles en étudiant les progrès, les abus et les besoins de la société moderne »<sup>71</sup>. À la Faculté de droit de Toulouse, les professeurs remplissent leur obligation de contribuer par leurs travaux et leurs recherches à l'avancement de la science juridique, comme cela leur est demandé depuis 1808. À une époque où beaucoup, en particulier Edouard Laboulaye<sup>72</sup>, se passionnent pour la réforme des études de droit et où l'histoire du droit devient une « discipline spécifique dans l'organisation universitaire », Charles Ginoulhiac illustre cette ambition des fondateurs de la *Revue d'Histoire du droit français et étranger* de « faire de la méthode historique et comparative l'outil d'une science qui demande au passé le secret de l'avenir »<sup>73</sup>. La Faculté de droit de Toulouse s'inscrit pleinement dans ce large mouvement venu d'Allemagne qui, depuis Savigny, place l'histoire au centre du programme de rénovation de la science juridique. À la même époque d'ailleurs, la loi Casati (1859) associe l'histoire du droit à l'introduction des sciences juridiques dans toutes les universités du royaume d'Italie<sup>74</sup> alors qu'ont été déjà créées plusieurs chaires consacrées à l'histoire juridique à Pavie, Bologne, Florence, Padoue et Turin. Du point de vue politique, on comprend alors la nécessité de renouer avec la chaîne des temps et de construire un pont entre l'Antiquité romaine et ses lois d'une part, les codes napoléoniens et la société moderne d'autre part. On perçoit enfin la volonté administrative du Ministère

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, t.XXIV, 1875, p. 555.

<sup>70</sup> Paul GERBOD, *Dictionnaire du Second Empire*, ouv. cité, p. 490.

<sup>71</sup> Registre des délibérations de la faculté de droit de Toulouse, ouv. cité, 16 novembre 1859, p. 196-197.

<sup>72</sup> André DAUTERIBES, « Laboulaye et la réforme des études de droit », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, 1990, n°10-11, p. 13-58. Voir également : Philippe REMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX<sup>e</sup> siècle », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la Science Juridique*, 1985, n°2, p. 91-105.

<sup>73</sup> Jean-Louis HALPERIN, Article « Histoire du droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, ouv. cité, p. 784.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 785.

et de ses relais qui à cette époque pèsent lourdement sur l'université, d'éclairer le droit par l'histoire, de diversifier les enseignements juridiques et de proposer aux étudiants au-delà de la pratique et de l'étude du droit positif une véritable intelligence du droit. Un programme toujours actuel.



## L'HISTOIRE DU DROIT À LA FACULTÉ DE BORDEAUX AU XIX<sup>e</sup> SIECLE

MARC MALHERBE

Dans l'histoire de l'implantation des facultés de droit françaises au XIX<sup>e</sup> siècle, la création de la Faculté de droit de Bordeaux apparaît comme l'une des plus tardives. Sa fondation est en effet consécutive au décret du 15 décembre 1870, bien après celles de Nancy (1864) et de Douai (1865). En outre, le moins que l'on puisse affirmer, est que cette nouvelle faculté de droit voit le jour sous de bien sombres auspices, et dans un environnement particulièrement perturbé. C'est ainsi que sur le plan politique, la France est en plein désarroi au moment de la défaite contre la Prusse, de l'effondrement du Second empire et des débuts hésitants de la III<sup>e</sup> République. Le gouvernement de la Défense Nationale s'est d'ailleurs réfugié à Bordeaux dès le début du siège de Paris. Sans doute s'agit-il là de l'un des éléments ayant favorisé la naissance de la faculté bordelaise, puisque Jules Simon, ministre de l'Instruction publique, était aussi député de la Gironde depuis l'année précédente<sup>1</sup>. On peut donc légitimement penser que la Faculté de droit de Bordeaux est fille de la République naissante, dans une ambiance peu propice à la sérénité des études<sup>2</sup>.

Mais ces troubles caractéristiques des temps de sa fondation rejaillissent sur les difficultés internes que rencontre le nouvel établissement à peine érigé. Il n'y a pas de locaux, et, jusqu'en 1873, les cours auront lieu dans des salles provisoires et souvent mal adaptées, comme la Bibliothèque municipale. Il n'y avait guère de professeurs. Ce n'est que par décrets des 10 et 11 février 1871 que le gouvernement donne un doyen à la nouvelle faculté, Amédée Couraud, auparavant doyen à Grenoble, et nomme les premiers professeurs, dont beaucoup sont des avocats bordelais. Mais il y a peu d'agrégés, et la nouvelle faculté ne compte que sept chaires.

De plus, dès sa création, l'École de droit de Bordeaux, comme on la désignait à cette époque, entre de plain-pied dans toute une série de débats agitant depuis longtemps le petit monde des juristes universitaires. Sans les évoquer tous<sup>3</sup>, il faut rappeler que depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle, les facultés de droit françaises s'interrogent sur la réforme des études de droit, celle de l'agrégation des facultés, et enfin sur l'opportunité d'introduire de nouvelles matières dans le cycle des études,

---

*Maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.*

<sup>1</sup> Pour tout ce qui concerne l'histoire générale de la faculté de droit de Bordeaux, nous renvoyons à notre ouvrage : *La Faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Presses universitaires de Bordeaux, 1996, 492 p.

<sup>2</sup> Sur ces graves difficultés et l'action de Jules Simon, cf. Paul GERBOD, *La condition universitaire en France au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, P.U.F., 1965, p. 516-519.

<sup>3</sup> On trouvera une bibliographie relative à ces problèmes dans les *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1984, n° 1, p. 63-95, et 1985, n° 2, p. 167-182.

c'est-à-dire de créer de nouvelles chaires au sein des facultés de droit. Ce dernier point est particulièrement délicat, car il touche non seulement la question de l'adaptation des études à l'évolution scientifique et sociale, mais aussi celle des rapports entre enseignement supérieur et monde politique<sup>4</sup>.

Enfin, le dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle connaît le fléchissement de l'omnipotence du droit civil et du droit romain. Le positivisme, les découvertes scientifiques, les progrès de la pensée sociale sapent le monolithisme du Code de Napoléon. La science juridique est désormais perçue comme beaucoup plus complexe que ne le laisse supposer le seul Code civil. Certaines disciplines tentent de s'ériger en matières autonomes<sup>5</sup>. C'est ainsi, par exemple, que les discussions sont vives en ce qui concerne l'introduction de l'économie politique, de l'histoire du droit et du droit international au sein des programmes des facultés juridiques. Beaucoup pensent que ces trois enseignements nouveaux sont vraiment scientifiques, et permettraient aux facultés de droit de délivrer autre chose qu'une formation purement pratique, n'ayant comme objectif qu'une simple éducation professionnelle préparant aux métiers judiciaires<sup>6</sup>.

Les premières années d'existence de la jeune Faculté de droit de Bordeaux illustrent parfaitement ces préoccupations, particulièrement en ce qui concerne les débats relatifs à l'histoire du droit. On sait qu'en France l'histoire du droit n'acquiert son autonomie en tant que discipline qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, plus particulièrement avec l'arrivée des républicains au pouvoir<sup>7</sup>, c'est-à-dire au moment précis de la création de la Faculté de droit de Bordeaux. Or, l'«Ecole de droit de Bordeaux» a la chance de posséder des archives quasiment intactes, certes très dispersées<sup>8</sup>, mais dont le rapprochement et la confrontation nous permettent de suivre pas à pas l'implantation de l'histoire du droit au sein de l'établissement. À l'aide de ces sources documentaires, nous constatons que l'histoire du droit devient certes une discipline spécifique dès les premières années de fonctionnement de la jeune faculté. Mais cette autonomie fait-elle pour autant de l'histoire du droit une véritable science ? La distance est en effet fort grande entre la simple matière et la véritable science. Or, à Bordeaux, nous constatons que si l'histoire du droit se hisse au rang de discipline indépendante (I), elle n'en demeure pas moins une science balbutiante (II).

<sup>4</sup> Christophe CHARLE, *La République des universitaires (1870-1940)*, Paris, éd. du Seuil, 1994, p. 319 s.

<sup>5</sup> André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, P.U.F., 1975, p. 19-23, et Nader HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 181-184 (avec une riche bibliographie).

<sup>6</sup> Charles TURGEON, « L'enseignement des facultés de droit de 1879 à 1889 », *Revue internationale de l'enseignement*, t.19, 1890, p. 276 et 284-293 pour le cas particulier de l'histoire du droit.

<sup>7</sup> Jean-Louis HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 4, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2001, p. 10 et 22.

<sup>8</sup> Les archives de l'ancienne faculté de droit de Bordeaux sont réparties dans quatre dépôts principaux : l'actuelle Université Montesquieu-Bordeaux IV, les Archives municipales de Bordeaux, les Archives départementales de la Gironde, et les Archives nationales. En dépit de cet éparpillement, le fonds est complet, à l'exception de quelques lacunes.

## I — UNE DISCIPLINE INDEPENDANTE.

C'est en février 1871 que la Faculté de droit de Bordeaux connaît sa première rentrée. En attendant d'occuper son emplacement définitif, qui ne sera achevé qu'en 1873, le nouvel établissement fonctionnait avec sept chaires : trois de droit civil, une de droit romain, une de procédure civile et de législation criminelle, une de droit commercial et une de droit administratif et constitutionnel. Une telle composition reflète bien la domination du droit civil. Mais le doyen Couraud était à la fois romaniste et féru d'économie politique. Dès l'année suivante, il obtenait une seconde chaire de droit romain. Mais l'historien qu'il était ne pouvait que réclamer aussi une chaire d'histoire du droit. C'est lors du discours d'inauguration des bâtiments de la nouvelle faculté de droit, le 20 novembre 1873, qu'il exposera publiquement les raisons de cette exigence. Lors de cette occasion solennelle, son allocution tourne très rapidement à l'éloge dityrambique de l'histoire du droit. Son analyse, démesurément longue, aura beau indisposer l'assistance, rien n'y fait : pendant plus d'une heure, il développe sa conception du rôle de l'histoire du droit, et livre sa vision du cours idéal<sup>9</sup>. Quelques mois plus tard, il obtiendra la fondation d'un cours complémentaire, prélude à la création d'une chaire définitive.

## 1 — UNE VISION PRAGMATIQUE DE L'HISTOIRE DU DROIT.

Selon le doyen Couraud, l'enseignement de l'histoire du droit est une nécessité absolue, au moins pour deux raisons principales. La première est pédagogique, et peut paraître classique à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, où beaucoup de facultés réclament une chaire d'histoire du droit. Mais la seconde est franchement politique, et fait directement référence à la défaite de 1870-1871. Ici, l'histoire du droit reçoit une mission redemptrice du patriotisme français et de la fierté nationale bafouée.

*L'histoire du droit : un impératif pédagogique.*

Laissons parler le doyen Couraud : « le cours d'histoire du droit, pour avoir toute l'importance qu'il comporte, devrait successivement s'adresser à deux sortes d'auditeurs. On ferait deux leçons par semaines aux étudiants de première année pendant toute l'année, et, à partir de Pâques une troisième leçon destinée aux docteurs et à l'élite de l'École. Ce cours ainsi distribué servirait à la fois de préliminaire aux études juridiques et en constituerait aussi le complément ». Dans la pensée du doyen, l'histoire du droit représente le meilleur lien possible entre les études secondaires qui s'achèvent, et les études supérieures qui commencent. Voilà pourquoi il considère également que l'introduction de ce cours d'histoire du droit doit absolument être philosophique : « [...] cet enseignement serait, pour ainsi dire, acéphale s'il n'était précédé d'une introduction générale philosophique. Philosophie

<sup>9</sup> Le discours inaugural du doyen Couraud est conservé aux Archives municipales de Bordeaux, Xa 267, et aux Archives nationales, F<sup>17</sup> 13200. Il représente 37 pages, dont 24 concernent l'histoire du droit ! Cette curiosité a déjà été relevée par Jacques BOUINEAU, « Un doyen en politique : Amédée Couraud (1827-1892) », dans *Pensée politique et droit*, actes du XII<sup>e</sup> Colloque de Strasbourg (11-12 septembre 1997), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 449-450.

et histoire, tel est, pour ainsi dire, le portique de la science »<sup>10</sup>. L'étudiant issu des études secondaires a suivi un enseignement philosophique. En retrouvant la philosophie dans l'introduction du cours d'histoire du droit, il n'est pas dépaycé, et la transition entre le lycée et la faculté s'opère harmonieusement. À l'appui de sa démonstration, Amédée Couraud appelle Michelet, Rossi et Victor Cousin à la rescousse. S'appuyant sur ces grands esprits, il considère que le cours d'histoire du droit est d'autant plus indispensable qu'il doit avoir pour objectif à la fois de délivrer à l'étudiant une vue d'ensemble des sources du droit, mais aussi de lui inculquer le respect de ce droit. L'histoire du droit aurait donc un aspect vertueux, ce qui sublimerait la tâche de l'enseignant chargé du cours.

À propos de ce cours d'histoire du droit proprement dit, le doyen Couraud se plaît à le décrire à ses auditeurs, nous dévoilant ainsi la structure idéale dont il rêve. Au titre de la philosophie... « on peut, en premier lieu, rechercher l'origine logique du droit, en rattachant les faits juridiques à un ordre d'idées fondamental et antérieur, aux spéculations philosophiques. On peut, en second lieu, examiner comment le long travail des siècles a préparé dans les éléments multiples des législations humaines, le droit moderne, et en particulier le droit français... Je reprends l'élément philosophique, et j'y rencontre trois grandes questions : Qu'est ce que la loi ? Quelle est son origine ? Quel est son domaine ? »<sup>11</sup> Et Couraud de répondre à ces trois questions, au grand dam de l'assistance...

Cette union de la philosophie et de l'histoire n'est pas véritablement une idée neuve en 1873. Elle remonte en fait au début du XIX<sup>e</sup> siècle. On la trouve établie chez Athanase Jourdan dès 1820, et plus tard chez Lerminier et Klimrath à partir de 1830. Et lorsqu'on sait que Lerminier est très influencé par la pensée philosophique de Victor Cousin, que Couraud cite volontiers, on découvre aisément les sources de la pensée du doyen bordelais<sup>12</sup>. Ces sources peuvent d'ailleurs être étendues à l'œuvre de Savigny, tant il est vrai que Jourdan Lerminier et Laferrière comptaient parmi ses disciples. Il paraît également certain que Couraud a lu les ouvrages de Klimrath, qui, dès 1833, trouvait beaucoup d'avantages à l'alliance de l'histoire et de la philosophie. On voit donc que les propos du doyen Couraud s'inscrivent dans le droit fil d'une pensée bien connue dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, pensée qui se perpétuera plus tard grâce à Laboulaye<sup>13</sup>.

À la suite de l'introduction philosophique, l'orateur parvient enfin au contenu historique proprement dit de ce cours idéal d'histoire du droit dont il rêve pour sa faculté bordelaise. Il se place aussitôt sous l'autorité de l'illustre Firmin Laferrière, qui, à ses yeux, possède de multiples mérites. Il est tout d'abord charentais, comme le doyen Couraud. Il fut ensuite avocat à Bordeaux, et il reste enfin l'un des plus grands historiens du droit du siècle, professeur à Rennes avant d'être inspecteur général des facultés de droit, conseiller d'État, recteur et académicien<sup>14</sup>. Admirateur

<sup>10</sup> Archives municipales de Bordeaux, Xa 267, p. 15.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.19 s.

<sup>12</sup> Sur cette filiation intellectuelle, voir Georges NAVET, « Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 4, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2001, p.33-56.

<sup>13</sup> Sur tout ce qui précède : Jean-Louis HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline [...] », p.16 à 18.

<sup>14</sup> Pascale GONOD, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, L.G.D.J., 1997, p.2 à 6.

inconditionnel de Laferrière dont il était proche, Couraud place l'enseignement de l'histoire du droit sous son patronage, ainsi que sous celui de Charles Giraud, inspecteur général des facultés de droit, qui fit beaucoup pour le jeune établissement bordelais<sup>15</sup>. De la sorte, le cours d'histoire du droit devra comprendre l'analyse détaillée des sources du droit français. Mais il conviendra également d'en illustrer les variations au cours des âges. Le professeur doit aussi brosser un tableau général du droit coutumier, du droit féodal, du droit royal et de la jurisprudence des parlements jusqu'à la Révolution française. L'orateur admet qu'il s'agit là de développer ce que l'instruction du 19 mars 1807 prescrivait déjà<sup>16</sup>. Mais, selon lui, il est avant tout question, dans l'étude détaillée de l'histoire du droit français, de démontrer comment l'esprit national a pu se former pour aboutir à l'œuvre majeure de codification entreprise par Napoléon au début du XIX<sup>e</sup> siècle : « Quel tableau, Messieurs, que celui qui se dégage de nos coutumes locales, de la jurisprudence des différents parlements, de ce grand droit romain parlementaire [...]. Quel spectacle que celui de tant de législations, d'origines, de principes et de buts si divers se réunissant pour former la substance de notre droit moderne »<sup>17</sup>.

Cette question de l'unité nationale scellée par la codification napoléonienne paraît décisive à l'orateur. C'est ce qu'a bien compris l'Allemagne, dont les savants historiens Savigny et Zachariae ont beaucoup fait pour l'unité. Et c'est cette unité allemande que les hommes politiques français n'ont pas su empêcher. Ici, l'allocution du doyen Couraud prend un tour résolument politique. Après avoir démontré l'utilité pédagogique du cours d'histoire du droit, il en fait un outil politique au service du réveil national et du patriotisme, mis à mal par la récente défaite de 1870-1871.

#### *Un outil politique.*

Comment Amédée Couraud aurait-il pu éviter d'évoquer l'humiliation de 1870-1871 à Bordeaux, en 1873, ville ayant abrité le Gouvernement de la Défense nationale ? La fin de son discours inaugural verse dans l'esprit de revanche. Pour lui, l'histoire du droit doit être l'élément déclencheur d'un sursaut patriotique. C'est grâce à l'exemple français que l'Allemagne a pu réaliser son unité, ce que Couraud déplore. Le droit français, et particulièrement l'œuvre de Montesquieu a beaucoup aidé le nationalisme allemand. Mais c'est la France seule qui reste la terre privilégiée

<sup>15</sup> Sur l'inspection générale des facultés de droit et sur Laferrière et Giraud en particulier, voir Alain LAQUIEZE, « L'inspection générale des facultés de droit dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (1852-1888) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n°9, p.7-43, et plus spécialement p.15 à 20 sur Laferrière et Giraud. Sur ces deux derniers personnages, on consultera également Jacques BOUINEAU, « Racines universitaires de Romuald Szramkiewicz (début XIX<sup>e</sup> siècle-1900) », *Hommage à Romuald Szramkiewicz*, Paris, Litec, 1998, p.375-378. Ce même article contient une notice biographique sur le doyen Couraud (p.394-395).

<sup>16</sup> Voir cette Instruction pour les Ecoles de droit dans de A. DE BEAUCHAMP, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, t.1., Paris, éd. de Delalain, p.160 à 168, et en particulier Chapitre V article 43, p.165 : « Chaque professeur de droit français divisera son cours triennal sur le Code civil ainsi qu'il suit : la première année, après un précis historique des variations de notre droit français, il expliquera d'une manière purement élémentaire, la totalité des matières de notre Code civil. »

<sup>17</sup> Archives municipales de Bordeaux, Xa 267, p.33, discours du doyen Couraud.

du droit, en particulier du droit civil. Dans cette optique, «... ces grandes études historiques sur notre droit doivent avoir un dernier résultat, le plus précieux de tous pour la jeunesse, c'est de lui faire aimer de bonne heure la patrie, de lui faire connaître et aimer l'âme de la France à travers sa longue vie, de lui montrer que tout ne date pas d'aujourd'hui, que tout s'enchaîne et se lie dans cette glorieuse existence ; qu'il y a dans ce pays des mœurs, des traditions anciennes et un grand culte national ; qu'il faut aimer tout cela comme choses française au moins ; qu'il y a aussi l'esprit indestructible de la race qui s'appelle l'esprit français, dont l'esprit moderne n'est que la grande expression ». On ne saurait mieux dire. Les propos du doyen Couraud deviennent alors franchement raciaux lorsqu'il rejette ce qu'il appelle le cosmopolitisme, c'est à dire en fait l'idée de fraternité internationale. Cette idée est la ruine des races (*sic*). Seul le patriotisme peut éviter d'y sombrer, et les Allemands le savent bien : « Et cette race allemande s'y connaît, Messieurs. Elle n'a pas la générosité sublime de la nôtre, générosité que nous ne dépouillerons jamais entièrement, mais qu'il faut contenir par un patriotisme un peu plus ferme... »<sup>18</sup>. L'étude attentive de l'histoire du droit fortifie donc l'amour de la patrie. Et cet amour de la patrie passe avant la tolérance et la patience.

Cet esprit revenchard, cet éloge emphatique de la patrie française sont caractéristiques des dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle, particulièrement dans les milieux universitaires. La victoire de l'Allemagne n'est-elle pas celle de la science allemande ?<sup>19</sup> L'université française doit montrer l'exemple du renouveau et du redressement par la réforme de ses enseignements. Cet état d'esprit est particulièrement vif à Bordeaux, et le discours d'Amédée Couraud n'est que le reflet d'une tendance générale qui perdurera au moins jusqu'à la fin du siècle<sup>20</sup>. Comment, dans ces conditions, peut-on refuser la création d'un enseignement d'histoire du droit au sein de la jeune faculté bordelaise ? Le doyen Couraud n'y songe même pas. Dès l'année suivante 1874, il obtiendra un cours complémentaire d'histoire du droit, prélude à l'installation définitive d'une chaire officielle<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.40-41.

<sup>19</sup> Christophe CHARLES, *ouv. cité.*, p.21 s.

<sup>20</sup> Par exemple, en 1891, la faculté de droit de Bordeaux dépêche l'un de ses professeurs en voyage d'étude en Allemagne : Marc MALHERBE, « L'influence germanique dans l'enseignement économique et juridique à Bordeaux (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle) », *Annales aquitaines d'histoire du droit*, t.1, Bordeaux, C.E.R.H.I.R., 1997, p. 89-104. Autre exemple, en 1898, le discours de rentrée de la faculté de droit de Bordeaux, prononcé par le doyen Baudry-Lacantinerie, successeur d'Amédée Couraud, n'est pas autre chose qu'une apologie de l'idée de patrie. Dernier témoignage de germanophilie, la faculté de droit d'Aix-en-Provence : Jean-Louis MESTRE, « Les juristes aixois et la science juridique allemande au XIX<sup>e</sup> siècle », *La coopération franco-allemande en Europe à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, colloque du quarantième anniversaire du jumelage Aix-Tübingen, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 105-123. D'une manière générale, l'influence allemande est un phénomène européen à cette époque. C'est ainsi que beaucoup d'universitaires français entretenaient une correspondance avec des collègues allemands, à commencer par Edouard Cuq, professeur à la faculté de droit de Bordeaux entre 1876 et 1893 : Olivier MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX<sup>e</sup> siècle, conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, t.1, Bonn, éd. Röhrscheid, p. 14-15, et 563 à 569 pour les lettres de Cuq, en particulier à Mommsen.

<sup>21</sup> Quelques années plus tard, dans son rapport annuel au recteur de l'Académie des activités de la faculté de droit, le doyen Couraud ajoutera un élément auquel il n'avait pas songé lors de son discours du 20 novembre 1873 : il pense que l'historien du droit pourrait puiser des

## 2 — L'IMPLANTATION DE L'ENSEIGNEMENT.

On sait que la Faculté de droit de Bordeaux a été fondée avec sept chaires. Dans ce cadre, les cours sont assurés par des professeurs rétribués par l'État. Mais rien n'empêchait la tenue de cours complémentaires, dont la charge incombait au fondateur. Et comme la ville de Bordeaux finançait la faculté de droit, c'est vers elle que le doyen Couraud se tourne naturellement pour ouvrir des enseignements complémentaires. Dans la mesure où la charge financière de ces cours incombait à la ville, l'État ne voyait aucun inconvénient à leur création. Ce qui explique qu'à peine les nouveaux locaux de la place Pey Berland inaugurés, Amédée Couraud obtient, dès 1874, l'autorisation d'ouvrir deux cours complémentaires. Le premier est un cours d'économie politique<sup>22</sup>, dont il se chargera lui-même sans exiger la moindre indemnité. Mais le second concerne l'histoire du droit. Il réalise ainsi le vœu largement exprimé dans son discours inaugural du 20 novembre 1873. Mais cette étape préliminaire du cours complémentaire ne constitue que le prélude de la consécration définitive de l'histoire du droit. En 1879, une chaire officielle sera installée à Bordeaux.

*Etape préliminaire : le cours complémentaire d'histoire du droit.*

En fait, dès 1873, le doyen Couraud avait décidé de proposer aux étudiants bordelais un enseignement complémentaire d'histoire du droit. En effet, dans son discours inaugural des bâtiments de la faculté de droit figure une phrase sibylline, qui ne s'éclairera que quelques mois plus tard. Lorsqu'il traite des qualités nécessaires qu'un professeur doit posséder pour enseigner l'histoire du droit, il glisse : « [...] le jeune collègue que nous envoie la Normandie, nourri dans les fortes traditions de la Faculté de Caen, montrera une fois de plus ici ce que valent les hommes de ce vieux pays... »<sup>23</sup>. Or, le 27 avril 1874, un arrêté ministériel crée un cours complémentaire d'histoire du droit à la Faculté de Bordeaux, à la condition que la ville en supporte tous les frais financiers<sup>24</sup>. Mais en avril 1874, cet arrêté ministériel ne venait que confirmer en droit ce qui existait déjà en fait. En effet, une lettre du doyen Couraud au recteur de l'Académie de Bordeaux, datée du 22 décembre 1873, nous apprend que le leçon inaugurale du cours d'histoire du droit a été donnée ce jour même à 15h.30, par Camille Levillain, professeur agrégé<sup>25</sup>. Or, Camille Levillain est un pur normand. Né le 21 mars 1844 à Orbec (Calvados), il accomplit toutes ses études à Caen. Licencié en droit le 22 novembre 1866, il sera docteur de la Faculté de droit de Caen le 30 janvier 1868. La même année, il est agrégé (30 mai),

---

exemples dans le passé des institutions politiques, civiles et administratives de Bordeaux et du Sud-Ouest. Il voudrait ainsi rassembler à Bordeaux les sources manuscrites et imprimées de l'histoire juridique du Sud-Ouest : Archives nationales, F<sup>17</sup> 13200 rentrée solennelle des facultés de Bordeaux, 25 novembre 1878, p. 46-47.

<sup>22</sup> Sur le rôle moteur de l'économie politique dans l'introduction de nouvelles disciplines au sein des facultés de droit, voir *Histoire des Universités en France* (dir. J. VERGER), Toulouse, Privat, 1986, p. 341-342, et surtout les travaux de L. LE VAN LESMESLE, en particulier : « La promotion de l'économie politique en France au XIX<sup>e</sup> siècle, jusqu'à son introduction dans les facultés », dans *Revue d'Histoire moderne*, 1980, p. 270 s.

<sup>23</sup> Discours du 20 novembre 1873, Archives municipales de Bordeaux, Xa 267, p. 19.

<sup>24</sup> *Statistique de l'Enseignement supérieur*, Paris, Imprimerie nationale, 1878, p. 211.

<sup>25</sup> A.D. Gironde, T 92 (fonds du rectorat).

et nommé à la Faculté de droit de Douai. Il y restera jusqu'en 1873 pour venir à Bordeaux (arrêté du 30 juin). Il entame alors une longue carrière bordelaise en devenant chargé du cours d'histoire du droit<sup>26</sup>. La phrase mystérieuse du discours d'Amédée Couraud s'éclaire alors parfaitement. Dès 1873, le doyen avait décidé d'ouvrir un cours complémentaire d'histoire du droit à Bordeaux. Il en connaissait déjà le titulaire, et n'a pas attendu la confirmation officielle du ministère pour l'offrir aux étudiants. Le « jeune collègue normand de la Faculté de Caen » n'est autre que Camille Levillain, premier professeur d'histoire du droit qu'ait jamais connu la faculté bordelaise. Toutefois, Levillain ne devait guère persévérer dans ce cours d'histoire du droit. En réalité, il ne le conservera que deux années : 1873-1874 et 1874-1875. En effet, le 18 octobre 1875, il abandonne l'histoire du droit pour devenir chargé du cours de droit maritime. C'est d'ailleurs sur la chaire de droit maritime qu'il sera titularisé le 28 octobre 1879. Mais il terminera sa carrière en enseignant le droit commercial, puisqu'il sera nommé professeur dans cette discipline le 2 février 1896<sup>27</sup>.

Il est remplacé dans le cours complémentaire d'histoire du droit par Alphonse Marandout. Né à Parthenay (Deux-Sèvres) le 29 juillet 1843 et agrégé en 1872, Marandout est tout d'abord affecté à Grenoble et chargé d'un cours de procédure civile et de législation criminelle. Il ne restera qu'une seule année en Dauphiné (1872-1873). Transféré à la Faculté de droit de Bordeaux par arrêté ministériel du 30 juin 1873, il y retrouve son enseignement de procédure civile. Mais la matière de prédilection de Marandout était le droit criminel. Et c'est sur la chaire de droit criminel qu'il terminera sa carrière à Bordeaux. Le 16 décembre 1879, il quitte l'histoire du droit et la procédure civile pour devenir professeur de droit criminel<sup>28</sup>. Mais un doute subsiste sur cette réalité officielle. Alphonse Marandout a-t-il véritablement enseigné l'histoire du droit à Bordeaux entre 1875 et 1879 ? Il semble en fait que non. Plusieurs indices concordants nous montrent que concrètement, le cours d'histoire du droit avait été confié à Paul-Emile Vigneaux, l'un des enseignants fondateurs de la faculté bordelaise. Un renseignement confidentiel inscrit au dossier personnel d'Alphonse Marandout indique pour les années 1875 et suivantes : « Enseigne l'histoire du droit, mais on lui fait faire le droit criminel : M. Vigneaux fait l'histoire du droit ». Toujours dans le même dossier, une autre notice confidentielle, datée du 31 mai 1878, indique à propos de Marandout : « On le verrait avec plaisir devenir professeur de droit criminel quand M. Vigneaux sera nommé professeur d'histoire du droit ». Cette situation bizarre était d'ailleurs connue des autorités. En 1874, Charles Giraud, alors inspecteur général des facultés de droit, écrit qu'il... « voudrait bien que Paul-Emile Vigneaux occupe cette belle chaire d'histoire du droit dans laquelle il ferait merveille ». En 1878, le recteur de l'académie de Bordeaux admet que « Vigneaux devrait être nommé titulaire d'une chaire d'histoire du droit, car nul n'est plus capable que lui. Il est d'ailleurs déjà chargé de cours dans

<sup>26</sup> Dossier administratif de Camille Levillain, A.D. Gironde, V<sup>T</sup> 111, liasse 47.

<sup>27</sup> Il partira à la retraite le 1<sup>er</sup> novembre 1914 après 45 ans d'activité dont 41 à Bordeaux. Mais il reprendra ses cours bénévolement pendant la guerre de 1914-1918, permettant ainsi un fonctionnement à peu près normal de la faculté de droit lors du premier conflit mondial.

<sup>28</sup> Dossier administratif d'Alphonse Marandout, A.D. Gironde, V<sup>T</sup> 111, liasse 50. Marandout prendra sa retraite en 1913 après 41 années d'enseignement universitaire, dont 40 à Bordeaux.

cette discipline, en plus de ses autres enseignements »<sup>29</sup>.

On voit donc que Marandout n'a jamais enseigné l'histoire du droit à Bordeaux en dépit de sa nomination officielle. On en sera définitivement persuadé lorsqu'on saura que nous possédons le plan du cours d'histoire du droit pour l'année 1878-1879. Or ce plan est l'œuvre de P.E. Vigneaux, et non pas de Marandout, qui aurait dû, en principe, professer la matière. En réalité, il n'aimait guère l'histoire du droit, tout comme Levillain, alors que Paul-Emile Vigneaux, qui avait commencé sa carrière en enseignant la législation criminelle, était passionné par la discipline historique. Il était donc plus commode pour les deux hommes d'échanger leurs enseignements, ce qui leur permettait de travailler leur matière favorite, fût-ce au prix d'une fiction administrative, couverte par les autorités de tutelle locales. Sur le plan pédagogique, il n'y avait guère de difficulté, puisque jusqu'à l'arrêté du 23 juillet 1896, le concours d'agrégation des facultés de droit n'était pas fractionné en diverses spécialités. Les professeurs de droit étaient donc censés pouvoir enseigner n'importe quelle discipline. Mais cette situation curieuse, devait disparaître totalement en 1879, avec la création d'une chaire officielle d'histoire du droit à Bordeaux.

*La consécration : la chaire bordelaise d'histoire du droit.*

C'est le décret du 28 octobre 1879 qui porte création à la Faculté de droit de Bordeaux d'une chaire d'histoire du droit ainsi que d'une autre de droit maritime<sup>30</sup>. Le même jour, Paul-Emile Vigneaux, jusqu'alors professeur de droit criminel, est transféré sur la nouvelle chaire d'histoire. Il délaisse son enseignement de droit criminel au profit de Marandout, qui sera installé dans sa matière favorite le 16 décembre 1879<sup>31</sup>. Mais de son côté, Alphonse Marandout abandonne la procédure civile, qui échoit à Charles le Coq de Kerland. On voit donc que le premier effet de la fondation de la nouvelle chaire d'histoire du droit est de régulariser la situation bancaire antérieure à 1879. Grâce au décret du 28 octobre, chaque enseignant professe désormais la matière de son choix. En ce qui concerne l'histoire du droit, Paul-Emile Vigneaux, qui l'enseignait déjà de manière officieuse depuis 1875, est titularisé sur une chaire qu'il espérait depuis longtemps. Né à Bordeaux le 4 octobre 1839, c'est à Toulouse qu'il étudie le droit, puisqu'il n'existe pas de faculté à Bordeaux. Il obtient sa licence le 13 août 1864. Mais c'est à Paris qu'il sera docteur en droit, le 9 août 1867. Dès l'obtention du grade de licencié, il s'était inscrit au barreau de Bordeaux, mais poursuivait néanmoins ses études juridiques. En 1868, il fait partie de ce groupe d'avocats bordelais qui décident d'ouvrir des cours libres et gratuits de droit. Cet engagement constitue l'une des origines de la création de la Faculté de droit de Bordeaux en 1870. Il en devient l'un des premiers professeurs l'année suivante, et commence par enseigner la procédure pénale. Toutefois, il n'est pas agrégé. Il se présente au concours de 1872, et triomphe dès sa première tentative, sortant premier de l'épreuve. Il est affecté sur place, à Bordeaux, et obtient la chaire de droit criminel. On connaît la suite. Passionné d'histoire, il laisse sa chaire de droit

<sup>29</sup> Dossier administratif de Paul-Emile Vigneaux, A.D. Gironde, V<sup>T</sup> 111, liasse 76.

<sup>30</sup> A de BEAUCHAMP, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, t.3, Paris, 1884, p. 285.

<sup>31</sup> *Bulletin administratif du Ministère de l'Instruction publique*, t.22, Paris, 1879, p. 868 et 1036.

criminel à Marandout lors de la création de celle d'histoire du droit en 1879<sup>32</sup>. Paul-Emile Vigneaux est un professeur particulièrement brillant. En 1867, sa thèse de doctorat avait obtenu la médaille d'or du concours national des thèses organisé par l'Académie de législation de Toulouse. En 1880-1881, il devient membre de l'École française de Rome, à l'initiative du doyen Couraud, très fier de l'éclatant succès de l'un de ses enseignants au concours d'agrégation. Paul-Emile Vigneaux séjournera à Rome un an, au palais Farnèse, et en ramènera un livre sur la *Praefectura urbis*. On peut considérer P.E. Vigneaux comme le premier véritable spécialiste bordelais d'histoire du droit, puisque Camille Levillain n'a conservé la matière que deux ans. Paul-Emile Vigneaux enseignera à Bordeaux pendant 39 ans, dont 34 seront consacrées à l'histoire du droit<sup>33</sup>.

Le doyen Couraud obtenait donc satisfaction. Voulant rester modeste, il affectait de penser que la visite de la nouvelle Faculté de droit de Bordeaux par Jules Ferry en cette même année 1879 avait tellement satisfait le ministre, que la chaire d'histoire du droit était en quelque sorte une récompense, un témoignage de satisfaction. En fait, en attribuant cette chaire à Bordeaux, le décret du 28 octobre 1879 ne faisait qu'anticiper d'une année environ celui du 28 décembre 1880, établissant dans toutes les facultés de droit françaises un cours annuel obligatoire d'histoire générale du droit français, public et privé en première année de licence<sup>34</sup>. Quoi qu'il en soit, le cours complémentaire des années 1874-1879 se trouvait consacré par l'État, qui en prenait les frais à sa charge. Pour le coup, Amédée Couraud, désireux de ne pas perdre la dotation financière que la ville de Bordeaux accordait jusqu'alors au cours complémentaire, réclame un second cours d'histoire du droit, mais en doctorat cette fois. Très complaisante, la municipalité bordelaise accepte, et un cours complémentaire d'histoire du droit apparaît en fin d'études. Ce nouveau cours complémentaire est bien entendu confié à Paul-Emile Vigneaux. Ici encore, il faut saluer le côté visionnaire de la politique d'Amédée Couraud. En effet, deux ans plus tard, une lettre du 28 juillet 1882 adressée par Jules Ferry au recteur de l'Académie de Bordeaux indique que le ministre souhaite instituer trois cours nouveaux en doctorat : histoire du droit (distincte du cours général de première année), pandectes et droit constitutionnel. Ces cours seraient de quarante heures par an. C'était donc vouloir généraliser ce qui existait à Bordeaux depuis deux ans<sup>35</sup>.

Au début des années 1880, le doyen Couraud peut donc jubiler. Son programme du discours inaugural du 20 novembre 1873 est entièrement réalisé. La Faculté de droit de Bordeaux affiche deux cours d'histoire du droit : l'un en première année de licence, portant sur l'histoire générale du droit public et privé, et l'autre (cours complémentaire) en doctorat, consacré plus spécialement à l'histoire du droit

<sup>32</sup> Dossier administratif de Paul-Emile Vigneaux, A.D. Gironde, V<sup>T</sup> 111, liasse 76.

<sup>33</sup> Membre du jury de l'agrégation d'histoire du droit en 1898, il prendra sa retraite le 1<sup>er</sup> novembre 1909. Il décède à Bordeaux le 23 avril 1921, âgé de 82 ans.

<sup>34</sup> Article 4 al. premier du décret du 28 décembre 1880, dans de A de BEAUCHAMP, *Recueil des lois [...]*, t.3, Paris, 1884, p. 537. Norbert Rouland considère que ce texte de 1880 est le premier d'une série qui portera les enseignements historiques à leur niveau maximum en 1954 : « L'histoire des institutions : du hasard à la nécessité », *Droit prospectif*, 1, 1983, p. 19. Sur les implications socio-politiques de l'introduction de nouvelles disciplines au sein des facultés de droit, voir la synthèse de Jacques POUMARÈDE : « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », dans *Process*, n°6, 1980, p. 94.

<sup>35</sup> A.D. Gironde, T 93 (fonds du rectorat).

français. Comme le souhaitait Couraud, l'histoire du droit encadre les études juridiques. Elle accueille les étudiants débutants, elle perfectionne les juristes confirmés<sup>36</sup>.

Le service d'enseignement de Paul-Emile Vigneaux était donc constitué par ces deux cours. Le décret de 1889, amputant d'un semestre le cours d'histoire du droit de première année au profit du droit administratif n'affectera pas le service de P.-E. Vigneaux : il conservera toujours le cours d'histoire générale du droit en première année tout au long de sa carrière. En revanche, celui de doctorat a pu parfois être confié à d'autres enseignants. En 1896-1897 et 1897-1898, c'est le romaniste Henri Monnier, futur doyen de la faculté, qui se chargera du cours complémentaire en doctorat. Peut-être ce changement est-il la conséquence de la grande réforme du doctorat en droit opérée par le décret du 30 avril 1895, qui scinde le doctorat juridique en deux parties : sciences juridiques et sciences politiques et économiques ? Le cours complémentaire d'histoire du droit sera rattaché au doctorat de sciences juridiques<sup>37</sup>. Par la suite, le décret du 1er août 1905 rajoutera un semestre d'enseignement au cours d'histoire générale du droit en première année, rétablissant ainsi la situation antérieure à 1889. Les facultés de droit auront une année pour s'adapter à ces nouvelles dispositions. Mais dès la parution de ce texte, Paul-Emile Vigneaux décide d'abandonner le cours complémentaire de doctorat, pour ne conserver que celui de première année. Sans doute le professeur était-il fatigué, après 35 ans d'activité, et à quatre années de son départ à la retraite ? Le cours de doctorat est alors confié à Léon Duguit, déjà célèbre à cette époque pour ses travaux de publiciste, mais dont on oublie trop volontiers qu'après son agrégation en 1882, il commence sa carrière à Caen en enseignant l'histoire du droit pendant trois ans, avant de revenir dans sa faculté d'origine<sup>38</sup>. Duguit ne conservera ce cours d'histoire que peu de temps, puisqu'en 1906-1907, le livret-guide de l'étudiant de l'Université de Bordeaux nous apprend qu'Henri Monnier reprend ce cours qu'il avait déjà assuré entre 1896 et 1898.

Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, l'enseignement de l'histoire du droit à la faculté de Bordeaux repose essentiellement sur Paul-Emile Vigneaux. Il ne tardera pas à faire oublier les cours de l'éphémère Levillain. Agrégé en 1872, il appartient à cette

<sup>36</sup> Sur cette belle lancée, la faculté de droit de Bordeaux tentera, sous le décanat de Gabriel Baudry-Lacantinerie, d'obtenir l'ouverture d'un cours d'Histoire du droit romain, qui aurait été confié à Edouard Cuq. C'est dans une délibération du 22 juin 1888 que l'Assemblée de la faculté réclame sa création. Mais le Ministère faisait encore la sourde oreille en 1892. Le projet sera abandonné l'année suivante, car Edouard Cuq sera nommé à Paris, où il terminera sa brillante carrière de romaniste (Archives de la faculté de droit de Bordeaux, registres des délibérations de l'Assemblée de la faculté, n° 2 (22 juin 1888), et n° 3 (délibérations des 12 juin 1889, 27 juillet 1890, et 16 mai 1892).

<sup>37</sup> Sur cette importante réforme du doctorat, voir Jean IMBERT, « Passé, présent et avenir du doctorat en droit en France », *Annales d'histoire des facultés de droit*, n°1, 1984, p. 25-26. Le régime du décret du 30 avril 1895 sera légèrement retouché par le décret du 8 août 1898 : J. GATTI-MONTAIN, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, Presses universitaires, 1987, p. 83-85.

<sup>38</sup> A.D. Gironde, V<sup>T</sup> 111, liasse 76. Le dossier administratif de Paul-Emile Vigneaux contient deux lettres, des 6 et 28 décembre 1905, dans lesquelles le Ministre de l'Instruction publique donne son accord à ce projet et charge Léon Duguit du cours complémentaire d'histoire du droit français en doctorat de sciences juridiques. Léon Duguit assurera même des conférences facultatives (ancêtres de nos travaux dirigés) d'histoire générale du droit français et de droit romain !

première génération de professeurs d'histoire du droit issu d'un concours d'agrégation « généraliste », dont le modèle remonte à 1855<sup>39</sup>. Ce concours, dépourvu de toute spécialisation, faisait la part belle au droit romain et au droit civil. Si bien que l'enseignement de l'histoire du droit se trouvait fortement marqué par ces deux disciplines reines. Aucun professeur n'était véritablement spécialisé dans la nouvelle matière. On le voit bien à Bordeaux : Vigneaux avait commencé par enseigner le droit criminel, et le cours complémentaire d'histoire du droit français en doctorat était souvent confié à un romaniste, voire à un publiciste comme l'illustre Léon Duguit. Dans ces conditions, si l'histoire du droit se hisse au rang de discipline autonome, peut-on affirmer qu'elle constitue une véritable science ? Pour cette époque de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle, on peut en douter, tout au moins à Bordeaux, où l'histoire du droit n'est qu'une science balbutiante.

## II — UNE SCIENCE BALBUTIANTE.

Consacrée de manière officielle par le décret du 28 décembre 1880, l'histoire du droit contribue à la mutation opérée par la science juridique à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Celle-ci se diversifie et accompagne l'évolution des sciences sociales. Parallèlement, les méthodes d'enseignement du droit évoluent, annonçant le déclin des techniques de l'Exégèse<sup>40</sup>. Dans quelle mesure l'histoire du droit bordelaise participe-t-elle à ce vaste mouvement ? L'inauguration de deux cours nouveaux à Bordeaux entraîne-t-elle l'apparition de méthodes innovantes ? Et quel fut le rôle de P.-E. Vigneaux dans cette évolution ? Pour l'apprécier concrètement, nous disposons de deux éléments essentiels : le contenu des cours et l'état de la recherche en histoire du droit. Enseignement et recherche sont, en effet, deux critères fondamentaux pour évaluer le niveau scientifique de l'histoire du droit à Bordeaux à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

### 1 — L'ENSEIGNEMENT DE L'HISTOIRE DU DROIT.

Il est toujours malaisé de connaître le contenu de l'enseignement d'un universitaire. Non seulement la structure même de ses cours peut varier au fil d'une longue carrière, mais il reste généralement peu de traces de ses leçons après la fin de son activité. Cette remarque se vérifie pour le XIX<sup>e</sup> siècle, particulièrement pour les facultés de province. En dehors de maigres notes éparses, nous ne possédons que de rares bribes des cours dispensés au sein des facultés. Il faut souvent se contenter de la découverte fortuite de quelques notes de cours prises par des étudiants pour combler ce vide frustrant<sup>41</sup>. Fort heureusement, la Faculté de droit de Bordeaux échappe en partie à cet inconvénient, notamment pour l'enseignement de l'histoire du droit. Pour la période 1873-1886, non seulement de nombreux plans de cours d'histoire du droit ont été conservés, mais également des lettres concernant ces cours, émanant des professeurs chargés de cette matière. C'est le décret du 22 août

<sup>39</sup> Jean-Louis HALPERIN « L'Histoire du droit constituée en discipline [...] », p. 23.

<sup>40</sup> J. GATTI-MONTAIN, *ouv. cité*, p. 81 s..

<sup>41</sup> Voir par exemple Jean-Louis HALPERIN « L'enseignement du droit civil dans les années 1880 à travers les notes de Louis Stouff », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 57, n° spécial sur l'histoire de l'enseignement, 2000, p. 197-208.

1854 qui, dans son article 18, impose aux doyens des facultés de transmettre le contenu des cours de leurs établissements au Ministère, via le recteur de l'académie. Ces cours étaient ensuite examinés par les inspecteurs généraux des facultés, qui délivraient une appréciation sur leur contenu<sup>42</sup>. Mais beaucoup de ces précieux documents n'ont pas été conservés. En outre, l'inspection générale des facultés ayant été supprimée en 1888, les établissements fondés à la fin du Second empire ne disposent que de quelques fragments clairsemés relatifs aux programmes suivis par les professeurs. En ce qui la concerne, la Faculté de droit de Bordeaux a au contraire conservé beaucoup de documents relatifs au contenu de ses cours. Et l'histoire du droit est fort bien représentée. Le premier cours de cette matière, assuré par Camille Levillain pendant deux ans, existe. Pour sa part, Paul-Emile Vigneaux nous a laissé quatre plans très détaillés de ses enseignements. Pour le cours d'histoire générale du droit de première année de licence, nous avons pu retrouver les années 1878-1879, 1882-1883 et 1883-1884, et pour celui d'histoire du droit français de doctorat, l'année 1883-1884. Très souvent, ces plans sont assortis de lettres explicatives, dévoilant des indications fort précieuses sur le déroulement des leçons. Si bien que le rassemblement et la confrontation de ces documents nous permet de couvrir la période 1873-1886, c'est-à-dire les treize premières années d'enseignement de l'histoire du droit à Bordeaux<sup>43</sup>. L'ensemble de cette documentation nous autorise une analyse du contenu des cours, mais également de leur portée.

#### *Le contenu des cours.*

Pour les deux années au cours desquelles il enseigne l'histoire du droit à Bordeaux (1873-1875), Camille Levillain propose à ses étudiants de première année de licence un enseignement strictement chronologique, allant de la chute de l'Empire romain à la période révolutionnaire. Dans son introduction, il insiste sur l'utilité des études historiques, et donne un aperçu des travaux scientifiques auxquels elles ont donné lieu, en particulier en Allemagne et en France. Puis, dans un chapitre préliminaire, il traite des éléments générateurs de la société et de la législation françaises. Ensuite, le cours proprement dit comprend cinq chapitres : époque barbare ou gallo-franque, époque féodale, période coutumière, période monarchique, et période révolutionnaire. À l'intérieur de chacun de ces chapitres, on découvre des sections, plus ou moins nombreuses, mais toujours consacrées aux mêmes thèmes, qui reviennent sans cesse dans le même ordre : état de la société civile, état de la société religieuse, organisation judiciaire, sources du droit. Lorsque la matière l'exige par son importance ou sa densité, ces sections se découpent en paragraphes, mais cette subdivision n'est que rarement utilisée par le professeur. Ce sera par exemple le cas pour les chapitres III et IV (période coutumière et période monarchique), dans lesquels l'examen des sources du droit nécessite l'emploi de quelques paragraphes. On le voit donc : une structure linéaire, parfaitement chronologique. Il ne semble pas que Levillain ait modifié son cours pour l'année 1874-1875, la seconde et dernière de son activité historique.

<sup>42</sup> Alain LAQUIEZE, « L'inspection générale des facultés de droit », art. cité, p. 28-29.

<sup>43</sup> Les archives concernant les cours d'histoire de la faculté de droit de Bordeaux sont réparties dans deux dépôts. Pour la période 1873-1883, il faut consulter les Archives nationales, en particulier le carton F<sup>17</sup>13162. Mais les cours des années 1883-1886 sont conservés aux Archives départementales de la Gironde, T 93, fonds du rectorat.

Nous savons que son successeur officiel, Alphonse Marandout, ne fut qu'un historien du droit virtuel, puisqu'entre 1875 et 1879, c'est Paul-Emile Vigneaux qui fut chargé du cours d'histoire générale en première année de licence. Nous ne possédons pas le plan des cours de Vigneaux pour les années 1875-1878. Son premier plan détaillé date du millésime 1878-1879, et se présente sous la forme d'un imposant mémoire de 100 pages manuscrites, détaillant minutieusement le contenu de son enseignement. L'envoi de ce plan aux autorités de tutelle était accompagné d'une lettre qui résume parfaitement à la fois l'esprit et le contenu du cours<sup>44</sup> :

« [...] Je me propose de prendre pour sujet : l'Histoire de l'Ancien droit français, depuis l'invasion des barbares jusqu'à la Révolution. Nos jeunes auditeurs assisteront ainsi, dans les siècles qui séparent l'Antiquité romaine de notre droit moderne (ces deux objets habituels de leurs études) à la formation progressive de notre droit national.

En introduction, je résumerai l'histoire des temps antérieurs à l'invasion, période celtique et période romaine.

J'exposerai ensuite plus en détail l'histoire de notre ancien droit (du V<sup>e</sup> au X<sup>e</sup> siècle) ; période féodale (du X<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle) et période monarchique (du XV<sup>e</sup> à 1789).

En appendice, je présenterai un aperçu sommaire sur le droit intermédiaire, depuis la Révolution jusqu'à la promulgation des codes.

Le cours, dans son ensemble, se trouvera donc divisé comme suit : période celtique, période romaine, période barbare, période féodale, période monarchique, période de la Révolution.

Si le petit nombre de leçons consacré aux Gaulois, aux Romains et surtout à la Révolution paraissait trop disproportionné, l'on voudrait bien se rappeler que le sujet, bien assez vaste déjà pour une année, est seulement *l'Histoire de l'Ancien droit français*. Le reste ne sera qu'effleuré en forme d'introduction ou d'appendice.

Chaque époque sera subdivisée en un certain nombre d'époques.

Chaque époque s'ouvrira par un aperçu sur l'histoire générale, à laquelle l'histoire du droit est si intimement liée. Encore, bien que ces leçons retardent un peu la marche du cours, l'expérience n'en a que trop démontré la nécessité. En fait d'histoire, les meilleurs même de nos étudiants en sont réduits aux souvenirs effacés du baccalauréat, dont les programmes actuels les dispensent de remonter au delà de Henri IV.

On passera ensuite à l'Histoire du droit proprement dite. D'abord les sources et les monuments, c'est-à-dire l'histoire externe. Ensuite l'histoire interne. Alors on parcourra successivement les diverses branches du droit : droit public, constitution, administration, organisation judiciaire, législation criminelle, droit privé, droit civil, droit commercial, procédure civile. Les exemples seront de préférence empruntés soit à l'Histoire de Bordeaux, soit à celle de la région qui nous envoie nos auditeurs.

---

<sup>44</sup> Lettre au doyen Couraud du 19 juillet 1878, Archives nationales, F<sup>17</sup> 13162. Pour l'année 1879-1880, Vigneaux fera beaucoup mieux, en expédiant au Ministère son programme complet, c'est-à-dire son cours entier, sous la forme d'un véritable colis de 400 pages manuscrites. Les différents dépôts d'archives n'ont malheureusement pas conservé ce véritable monument, dont nous ne connaissons l'existence que par deux lettres de Paul-Emile Vigneaux, datées l'une du 8 juillet 1881, et l'autre du 2 juillet 1882 (F<sup>17</sup> 13162). Ce bel effort lui permettra de n'envoyer plus tard que des résumés de ses cours, en priant le destinataire de se reporter au cours complet de 400 pages pour plus amples détails.

Je m'arrêterai, dans des tableaux d'ensemble, sur quelques grands règnes qui sont l'expression de tout un ordre social : Charlemagne pour l'époque germanique, Saint-Louis pour le moyen âge féodal ; Louis XIV pour l'ancienne monarchie. Chaque époque se terminera par un résumé, où j'insisterai surtout sur les origines des institutions modernes, et par un jugement général.

Chaque leçon sera précédée de la dictée d'un sommaire assez détaillé et suivie d'indications bibliographiques précises qui renverront les étudiants studieux à nos grands historiens, aux meilleures monographies, parfois aux publicistes et aux articles spéciaux des collections et des revues savantes dont je désignerai jusqu'aux pages à consulter. Je voudrais pouvoir éclairer aussi cet enseignement par la vue de cartes historiques murales.

Vous pouvez du reste, Monsieur le Doyen, vous en référer au programme détaillé par chapitre que je vous adresse aujourd'hui même. Vous y trouverez, idée par idée, toute la suite de mon enseignement. Plus d'une fois, l'étendue des matières ou les exigences pratiques du professorat m'obligeront à diviser un seul chapitre en plusieurs leçons. C'est néanmoins à ce programme que, dans l'ensemble, je compte rester attaché.

Je conserverai à un enseignement qui a ses tentations son véritable caractère juridique, et je m'appliquerai surtout à faire ressortir dans l'histoire avec la plus haute moralité qu'elle enseigne, les origines explicatives du droit actuel.

Veillez agréer, Monsieur le Doyen, l'hommage de mon respect.

P.-E. VIGNEAUX »

Beaucoup moins sommaire que celle de Camille Levillain, la structure du cours de Paul-Emile Vigneaux pour l'année 1878-1879 laisse apparaître trois grandes parties : les Temps anciens (des origines à 476), le Moyen Âge (476-1453), et les Temps modernes (1461-Louis XI- 1789). Chaque partie se subdivise en périodes. Par exemple, la première partie est découpée en deux périodes : période celtique (des origines à 51 ap. J.C.), et période romaine (de 51 à 476 ap. J.C.). Avec la seconde partie viennent les époques, qui fractionnent les périodes. C'est ainsi que la première période de l'étude du Moyen Âge s'intitule : période barbare ou germanique, et cette tranche de cours est subdivisée en époque mérovingienne et époque carolingienne. À l'intérieur de chaque époque, les thèmes traités par le professeur sont toujours identiques. Il expose d'abord et avant tout l'histoire générale de l'époque considérée. Puis il en étudie l'histoire juridique externe, c'est-à-dire essentiellement les sources du droit : il présente alors les principaux monuments législatifs et judiciaires du temps. Il aborde ensuite l'histoire interne du droit, qu'il scinde toujours à l'aide des mêmes rubriques : droit public, organisation politique et administrative, organisation judiciaire, droit privé, condition des personnes, propriété, Église et droit canonique. On trouve enfin quelques incursions au sein des législations des autres parties de l'Europe<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Ce souci de comparaison n'est pas systématique chez P.-E. Vigneaux, et sa place est très réduite dans son cours. Cependant, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, quelques parallèles avec le système anglais et le droit allemand sont inévitables. Mais on ne peut pas affirmer que Vigneaux s'inscrit dans le courant comparatiste qui se développe en France à la fin du Second Empire : Jean HILAIRE, « La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du

Cette organisation structurelle est quasiment immuable, et ne varie que fort peu jusqu'à la fin des années 1880, et probablement au delà. Tantôt Vigneaux supprimait les trois parties de son cours pour ne retenir que cinq, six ou sept périodes, tantôt il choisissait de ne pas traiter le consulat et l'Empire ou au contraire d'aller jusqu'à cette époque. Ainsi, en 1881-1882, il répartit son enseignement autour de six périodes, sans faire appel aux trois parties traditionnelles : périodes celtique, romaine, barbare, féodale, monarchique et révolutionnaire, chacune découpée en époques, comme il se doit. L'année suivante 1882-1883, on ne relève aucun changement dans ce programme, sauf l'adjonction d'une septième période, intitulée « Période contemporaine », dans laquelle il intègre le Consulat et l'Empire<sup>46</sup>. En 1883-1884, on retrouve les trois parties de 1878-1879, mais avec seulement un intitulé différent pour la première. Elles se dénomment Antiquité (et non pas Les temps anciens...) Moyen Âge et Temps Modernes. Mais au sein de ces trois parties, les périodes se répartissent de la manière que l'on sait : la Révolution française se trouve simplement intégrée à la fin des Temps modernes en compagnie du Consulat bonapartiste. Mais la trame interne du cours ne connaît aucune variation. Cependant, cette année là, Paul-Emile Vigneaux déclare vouloir insister davantage sur l'histoire externe du droit, dans le but d'apporter un complément utile aux études de droit romain et de droit civil qui constituent l'essentiel de la première année de droit<sup>47</sup>. Enfin, en 1885-1886, il rassemble dans l'introduction de son cours les périodes celtique et romaine, et traite la matière à l'aide des quatre autres périodes (barbare, féodale, monarchique et révolutionnaire). On voit donc que les cours de Paul-Emile Vigneaux ne diffèrent d'une année sur l'autre que par leur forme, et encore de manière peu sensible. Mais le fond reste toujours identique<sup>48</sup>.

Nous ne possédons pas le détail des cours de Paul-Emile Vigneaux pour la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. De toutes les manières, les envois au Rectorat ou au Ministère n'auraient pas dépassé l'année 1888, puisque l'inspection générale des facultés disparaît cette année-là. Malgré tout, après examen des programmes d'histoire du droit développés par Vigneaux entre 1878 et 1886, on peut légitimement penser que les années manquantes n'auraient pas apporté de grands bouleversements à ce que nous connaissons du contenu de son enseignement. Celui-ci nous apparaît très traditionnel, tout au moins en première année. Si l'on s'en réfère aux manuels d'histoire du droit publiés à cette époque, on constate que le cours de Paul-Emile Vigneaux n'introduit aucun élément novateur, tout au moins en la forme. Il est certes difficile de savoir dans quelle mesure le cours du professeur bordelais s'inspire de ces ouvrages, mais quelques indices nous incitent à penser que les traités publiés par ses collègues toulousains ont sans doute influencé ses propres cours. C'est en 1884 que Ginouilhac publie son *Cours élémentaire d'Histoire générale du droit public et privé des origines jusqu'à la publication du Code civil*. Or, Vigneaux est l'auteur d'un

---

comparatiste », *Revue internationale de droit comparé*, 50<sup>e</sup> année, n°2, avril-juin 1998, p. 320-322.

<sup>46</sup> Archives nationales, F<sup>17</sup> 13161, Plan détaillé du cours de 1882-1883 avec lettre d'accompagnement du 2 juillet 1882.

<sup>47</sup> A.D. Gironde, T 93, fonds du rectorat, Plan du cours de 1883-1884 avec lettre jointe (datée du 9 août 1883). En 1884-1885, le cours de Vigneaux est extrêmement semblable à celui de l'année précédente : voir lettre du 1<sup>er</sup> août 1884, A.D. Gironde, même cote.

<sup>48</sup> Pour le programme de l'année 1885-1886, voir A.D. Gironde, T 93, fonds du rectorat, lettre de P.-E. Vigneaux du 1<sup>er</sup> août 1885..

compte-rendu critique du travail de Ginouilhac, paru en cette même année 1884 dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*. Et en 1904 Jean-Baptiste Brissaud imitera son aîné toulousain : comment les différents volumes de son *Cours d'histoire générale du droit français public et privé* n'ont-ils pas pu retenir l'attention du professeur bordelais? Il faut savoir en effet qu'avant d'enseigner à la Faculté de droit de Toulouse, Brissaud avait effectué toutes ses études juridiques à Bordeaux, où il avait reçu les leçons de P.-E. Vigneaux ! Sa thèse obtint même en 1878-1879 la médaille d'or décernée par la ville de Bordeaux, l'année même de la titularisation de Vigneaux sur la chaire d'histoire du droit créée cette année<sup>49</sup>. Il est cependant certain que les ouvrages novateurs d'Henri Beaugrand, parus entre 1880 et 1889 n'infléchissent aucunement les méthodes de Vigneaux<sup>50</sup>.

On remarque ensuite que l'enseignement de Vigneaux ne remplit pas exactement le programme idéal imaginé par le doyen Couraud lors de son discours inaugural de 1873. La philosophie est en effet totalement absente des préoccupations de Vigneaux, comme de celles de son prédécesseur Levillain d'ailleurs. En outre, le côté conventionnel de l'articulation des cours bordelais d'histoire du droit ne doit pas nous échapper. Ce découpage en périodes et en époques, dans lesquelles on étudie toujours les mêmes thèmes, renvoie au moins à Klimrath<sup>51</sup>, et se trouve consacré par le concours d'agrégation depuis la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>52</sup>. Quant à la distinction entre histoire externe et histoire interne, qui constitue l'un des aspects fondamentaux des programmes, elle prouve l'influence de l'école allemande sur Vigneaux. Mais on ne peut cacher qu'elle remonte au moins à Gustav Hugo, et peut-être à Leibniz, c'est-à-dire au XVIII<sup>e</sup> siècle!<sup>53</sup> Toutefois, si la forme choisie par Paul-Emile Vigneaux reste traditionnelle, on doit relever qu'il est, semble-t-il, peu gêné par la barrière quasiment infranchissable que constituait la Révolution de 1789. A plusieurs reprises, son cours traite de cette période, et poursuit même jusqu'au Consulat et à l'Empire. Pour lui, 1789 n'est pas une date fatidique, et le décret de 1880 n'est pas ressenti comme une sorte de codification sclérosante du contenu de la matière historique<sup>54</sup>. Faut-il pour autant faire de P.-E. Vigneaux un adepte des idées d'Adhémar Esmein ? Rien n'est moins sûr<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Sur Ginouilhac et Brissaud, voir Jean DAUVILLIER, « Le rôle de la faculté de droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques et historiques aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t.XXIV, 1976, p. 366-367 et 374-375. Titularisé sur sa chaire d'histoire du droit le 28 octobre 1879, P.-E. Vigneaux ne fait pas partie du jury de thèse de Brissaud, thèse soutenue le 14 février précédent.

<sup>50</sup> André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, ouv. cité, p. 114.

<sup>51</sup> Henri KLIMRATH, *Travaux sur l'histoire du droit français*, t.1, Paris, 1843, p. 171-180. On trouve là trois plans pour un cours d'histoire du droit public et privé de la France, qui annoncent clairement la structure des cours de P.-E. Vigneaux.

<sup>52</sup> Edouard LABOULAYE, « La chaire d'histoire du droit et le concours », *Revue de législation et de jurisprudence*, 28, 1847, p. 129-166.

<sup>53</sup> Jean-Louis HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline [...] », p. 10, et Jacques POUMAREDE, « Pavane [...] », art.cité, p. 95-96.

<sup>54</sup> Ces constatations permettent de tempérer quelque peu les conclusions de Pierre LEGENDRE, « L'administration sans histoire : les courants traditionnels de recherche dans les facultés de droit », *Revue administrative*, 1968, p. 431.

<sup>55</sup> Esmein a toujours indiqué qu'il comptait dépasser 1789 dans son enseignement. En 1896, il publie ses *Eléments de droit constitutionnel*, suivis en 1908 du *Précis élémentaire d'histoire*

Par comparaison avec ce cours de première année, nous ne savons que peu de choses du cours complémentaire d'histoire du droit français proposé aux étudiants bordelais de doctorat. La raison en est simple : il ne s'agit en effet que d'un cours complémentaire, dont la charge financière revient au fondateur, en l'occurrence la mairie de Bordeaux. Le ministère est moins intéressé par la surveillance de ces cours, et n'en contrôle pas le contenu avec la même attention que les cours financés par l'État. Ceci explique que les inspecteurs généraux des facultés de droit n'exigent pas l'envoi du programme des cours complémentaires avec la même rigueur que pour les cours d'État. Ce relâchement était d'ailleurs considéré comme du laxisme par certains, car un contrôle distant, voire inexistant, laissait au professeur une grande liberté dans le choix des thèmes qu'il étudiait<sup>56</sup>. En ce qui concerne la Faculté de droit de Bordeaux, nous savons qu'en 1881-1882, Paul-Emile Vigneaux choisit de traiter « du droit civil au Moyen Âge » Mais nous ne possédons pas le détail de son enseignement<sup>57</sup>. Les fonds d'archives n'ont conservé que le cours d'histoire du droit français de doctorat pour l'année 1883-1884. Dans le résumé de ce cours, P.-E. Vigneaux reproduit les titres des 43 chapitres qu'il compte proposer à ses étudiants, chaque chapitre correspondant à une leçon. Ce cours du millésime 1883-1884 porte sur le « Tableau du dernier état de l'ancien droit français avant 1789 ». Mais la lecture du résumé des chapitres nous montre qu'il ne s'agit là que du développement d'une partie du cours de première année. La matière est seulement plus approfondie, mieux détaillée. Mais on retrouve toujours la même méthode d'exposition : histoire externe du droit, histoire interne, droit privé, condition des personnes, propriété, droit public, etc.<sup>58</sup>. En dépit de l'absence de tout autre plan détaillé, nous savons qu'en 1891-1892, le même Vigneaux traitera « Des origines du droit canonique », ce qui posera problème, comme nous le verrons. Enfin, nous n'ignorons pas que P.-E. Vigneaux ne fut pas toujours investi de ce cours complémentaire d'histoire du droit français en doctorat. Nous avons vu que vers la fin du siècle, Henri Monnier a pu se charger de la matière. De la même manière, Léon Duguit pouvait enseigner l'histoire du droit en doctorat, comme il le fera à partir de 1905 notamment. Mais nous ignorons malheureusement tout de la substance des cours de Monnier et de Duguit.

Il est donc évident que l'histoire du droit enseignée à la faculté de Bordeaux l'est de la manière la plus traditionnelle. Ni Levillain ni Vigneaux ne remettent en cause

---

*du droit français de 1789 à 1815 (Révolution, Consulat, Empire)*. Mais en 1896, Vigneaux était très proche de la fin de sa carrière, et il prendra sa retraite en 1909. D'autre part, le cours de Vigneaux n'englobait pas systématiquement la Révolution le Consulat et l'Empire. Il est donc difficile d'en faire un précurseur d'Esmein : sur ce point, voir Jacques POUMARÈDE, « Pavane [...] », p.96.

<sup>56</sup> Voir le rapport d'inspection de la faculté de droit de Bordeaux en juin 1892. Le professeur Lyon-Caen, membre du Comité consultatif des universités et inspecteur délégué à Bordeaux, déplore cette liberté de choix et l'absence de tout contrôle étatique, qui, selon lui, aboutit aux abus les plus criants : « [...] A Bordeaux, le mal s'est produit de la façon la plus grave pour le cours de Pandectes de M. Monnier : il parle grec tout le temps, langue que les étudiants n'entendent pas forcément. Il présente et expose des textes grecs, que les étudiants lisent et assimilent fort mal, en dépit de la traduction. Pour l'examen, ils apprennent la matière par cœur [...] » (Archives nationales, F<sup>17</sup> 13072, rapport daté du 29 juillet 1892, p. 3-4).

<sup>57</sup> A.D. Gironde, T 93 (fonds du rectorat).

<sup>58</sup> A.D. Gironde, T 93, fonds du rectorat, avec lettre jointe de Paul-Emile Vigneaux, du 4 août 1883.

les méthodes d'enseignement de cette matière ou son contenu. Dans ces conditions, nous pouvons légitimement nous poser la question de l'impact de ces cours d'histoire du droit. Comment étaient-ils professés ? Comment étaient-ils perçus ? Etaient-ils appréciés, non seulement par les étudiants, mais par la hiérarchie universitaire ? En d'autres termes, il convient de s'interroger sur la portée des cours d'histoire du droit à Bordeaux à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

*La portée des cours.*

Plusieurs sources archivistiques nous permettent d'émettre un jugement de valeur sur l'influence exercée par l'enseignement de l'histoire du droit. Quelques lettres de la main de Paul-Emile Vigneaux nous décrivent le déroulement de ses cours. Il existe en outre un certain nombre de statistiques sur la fréquentation des cours par les étudiants. De plus, nous disposons des rapports des différents doyens, adressés chaque année au recteur de l'Académie. Les dossiers individuels des professeurs contiennent aussi des fiches de renseignements confidentiels, émanant souvent des recteurs eux-mêmes. Enfin, les rapports d'inspection périodiquement rédigés par les inspecteurs généraux des facultés constituent un autre témoignage non négligeable<sup>59</sup>.

Depuis les débuts de la faculté de droit de Bordeaux, les cours duraient une heure et demie, et se divisaient en deux parties. Dans la première demi-heure, le professeur dictait un texte à ses étudiants, texte qu'il commentait et expliquait pendant le reste de la séance. Cette technique était directement issue de la méthode exégétique, pratiquée jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Les cours d'histoire du droit n'y échappaient pas, et Paul-Emile Vigneaux lui-même se plaisait à décrire le déroulement de ses cours : « Chaque leçon sera précédée de la dictée d'un sommaire assez détaillé et suivie d'indications bibliographiques précises qui renverront les étudiants studieux à nos grands écrivains, aux meilleures monographies, parfois aux publicistes et aux articles spéciaux des collections et des revues savantes, dont je désignerai jusqu'aux pages à consulter »<sup>60</sup>. La substance même du cours se trouvait donc encadrée par ce que Vigneaux appelait un sommaire, qui pouvait être soit un plan détaillé de la leçon, soit un texte dicté, et par une bibliographie minutieuse, relative à la matière enseignée. Cet enchaînement se répétait à chaque leçon, jusqu'à la fin du cours. Une leçon formait donc un tout. L'idéal consistait à traiter un chapitre par leçon. C'est en tous

---

<sup>59</sup> Il convient cependant de manier avec beaucoup de précautions les comptes-rendus des doyens sur l'activité de leur faculté et le talent de leurs professeurs. Un doyen a tout intérêt à présenter l'établissement qu'il dirige sous son meilleur jour. Dans ces conditions, rares sont les remarques négatives sur tel ou tel enseignant : il faut vraiment une situation de conflit d'une grande gravité pour qu'un doyen signale un dysfonctionnement dans sa faculté. En revanche, les recteurs sont enclins à une plus grande rigueur, et les renseignements confidentiels qu'ils transmettent au ministère sur les professeurs sont parfois extrêmement sévères. Enfin, les inspecteurs généraux ne passent qu'un temps très bref au sein des établissements, et leurs rapports ne constituent qu'un cliché valable pour la seule époque de leur inspection. L'objectivité se situe sans doute dans une juste moyenne.

<sup>60</sup> Sous la plume de P.-E. Vigneaux, cette phrase deviendra vite une clause de style, ou si l'on préfère un leitmotiv. On la retrouve en effet systématiquement, d'année en année, dans chaque lettre accompagnant l'envoi au Ministère de son programme du cours d'histoire de première année. C'est ainsi que de 1878 à 1886, il la reproduit *in extenso* à sept reprises (Archives nationales, F<sup>17</sup> 13162 pour les années 1878-1882, et A.D. Gironde, T 93, fonds du rectorat, pour les années 1883-1886).

cas l'avis de Paul-Emile Vigneaux, qui s'excuse de devoir parfois consacrer plusieurs leçons à un même chapitre<sup>61</sup>. Mais on sait qu'avec l'abandon de l'Exégèse, la dictée préliminaire disparaît à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, et avec elle la durée traditionnelle du cours, qui sera désormais d'une heure. À la faculté de droit de Bordeaux, les cours étaient encore d'une heure et demie en 1898, mais se trouvaient réduits à une heure seulement en 1910, sans que nous puissions préciser l'année exacte de ce changement. On ne sait pas non plus si Paul-Emile Vigneaux a suivi cette transformation. S'il le fit, ce fut sans doute à l'extrême fin de sa carrière, puisqu'il partit à la retraite en 1909.

Quel était le public de ces cours ? Il est difficile de répondre avec certitude à une telle question, mais pour Bordeaux, nous pouvons tenter une approche plus précise de ce problème. Entre 1875 et 1877, le doyen Couraud a dressé un état statistique du nombre des étudiants assistant aux cours, matière par matière, sans doute pour tenter de juguler un mal qui rongeaient déjà son jeune établissement : l'absentéisme étudiant<sup>62</sup>. On constate que ce tableau ne concerne que les trois premières années de l'enseignement historique de Vigneaux, et nous laisse ignorer le volume du public de Levillain. En 1875, 34 étudiants ont suivi le cours d'histoire du droit de P.-E. Vigneaux, 21 en 1876, et 27 en 1877. La même statistique nous apprend qu'en 1875, le cours d'histoire de première année a nécessité 63 leçons, 64 en 1876, alors que 29 leçons étaient déjà effectuées au moment du recensement de 1877. Rapportés au nombre total des étudiants pour les années considérées, ces chiffres sont instructifs. En 1875, il y avait 465 étudiants inscrits à la faculté de droit de Bordeaux, 445 en 1876, et 400 en 1877. Ces étudiants se répartissent sur les quatre années d'études, jusqu'au doctorat. Si l'on tient compte du fait que les étudiants sont toujours plus nombreux en première année de licence, on comprend que le cours d'histoire du droit n'était guère fréquenté, avec seulement une trentaine d'auditeurs en moyenne. Il est cependant juste de rappeler qu'entre 1875 et 1877, il ne s'agissait encore que d'un cours complémentaire. À partir de 1879, devenu cours d'État, et surtout à la suite du décret du 28 décembre 1880 le rendant obligatoire, il est vraisemblable que le cours attira une assistance accrue. Quant au cours complémentaire d'histoire du droit français spécifique au doctorat, il ne rassemblait guère que quelques individus. Mais aucun témoignage certain ne vient étayer cette estimation, qui demeure malgré tout vraisemblable.

Lorsqu'on cherche à connaître l'ambiance de ces cours d'histoire du droit, les renseignements deviennent très ténus. Nous ne disposons pour cela que des fiches confidentielles incluses dans les dossiers administratifs des professeurs, fiches qu'il faut utiliser avec les précautions susdites. C'est ainsi que le doyen Couraud et son successeur Baudry-Lacantinerie considéraient que Camille Levillain était doté d'une élocution « convenable » et qu'il était « bon professeur ». L'opinion de l'inspecteur général Calixte Accarias est tout aussi neutre. En février-mars 1886, il inspecte la Faculté de droit de Bordeaux pour la seconde fois, et note dans son rapport : « En

<sup>61</sup> Lettre au doyen Couraud, du 19 juillet 1878 : « Plus d'une fois, l'étendue des matières ou les exigences pratiques du professorat m'obligeront à diviser un seul chapitre en plusieurs leçons [...] »

<sup>62</sup> A.D. Gironde, T 93 (fonds du rectorat). Ce tableau statistique a sans doute été confectionné au printemps de l'année 1877. Sur les raisons de l'absentéisme à la faculté de droit de Bordeaux, Marc MALHERBE, *La faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, p. 189-191.

1882, j'avais entendu M. Levillain dans des conditions défavorables : il était souffrant. J'ai été plus heureux cette fois. Son cours est bon, sans être remarquable. Il possède à fond son sujet, l'expose avec ordre et clarté dans un langage exact »<sup>63</sup>. À cette époque, Camille Levillain n'enseignait plus l'histoire du droit, mais nous pouvons nous faire une idée de ses dons oratoires. Telle n'était pourtant pas l'opinion du recteur de l'Académie de Bordeaux, G. Bizos, qui estime en 1898 qu'il « manque d'autorité et n'a pas su s'imposer à ses auditeurs ». Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le même recteur Bizos se retient péniblement d'affirmer que Levillain est l'archétype du parfait imbécile, lorsqu'il écrit le 20 avril 1901 : « Que dire de M. Levillain, sinon qu'il est l'indolence et la médiocrité mêmes ? ». Il renouvellera cette opinion détestable l'année suivante, en déclarant que « M. Levillain n'a aucune autorité sur les étudiants. C'est un homme indolent et un professeur sans portée »<sup>64</sup>. Près de trente années se sont certes écoulées entre les cours d'histoire de Levillain (1873-1875) et les appréciations du recteur Bizos. Mais, en combinant tous les témoignages le concernant, on devine que ce professeur n'a certainement jamais été un modèle de dynamisme.

En ce qui concerne Paul-Emile Vigneaux, les fiches de renseignements confidentiels insistent davantage sur sa science d'historien du droit que sur son talent pédagogique. Cependant, en 1882, l'inspecteur général Calixte Accarias avait trouvé son débit monotone. À son retour en 1886, il relève un léger mieux dans l'expression orale du professeur. Mais il semble qu'avec le décès prématuré de son épouse en 1892, le goût de Paul-Emile Vigneaux pour l'enseignement se soit quelque peu émoussé. Tous les rapports le décrivent comme replié, effacé, isolé. Son enseignement s'en ressent. En 1901, le sévère recteur Bizos, tout en reconnaissant sa douleur personnelle, dépeint Paul-Emile Vigneaux comme un professeur « retiré du monde après de grands malheurs domestiques, ne sortant de sa solitude que pour donner à la faculté un enseignement un peu sec et froid, mais consciencieux et solide ». L'année suivante, le recteur dépeint « un vieux maître maladif et morose, mais exact et laborieux ». Vers la fin de son activité professorale, les cours d'histoire du droit de Paul-Emile Vigneaux nous apparaissent assez relâchés. À la veille de sa retraite, le successeur du recteur Bizos, R. Thamin, signale en 1907-1908 que « Vigneaux est fatigué : ses élèves font du bruit dans ses cours »<sup>65</sup>.

Mais en dehors des qualités personnelles et des défauts formels des enseignants et de leurs cours, comment la substance de la matière était-elle perçue ? Il s'agit ici d'essayer de juger le fond des cours, leur valeur intrinsèque. Or, on relève à ce sujet une nette différence entre Camille Levillain et Paul-Emile Vigneaux. Professé entre 1873 et 1875, le cours du premier n'a jamais été véritablement apprécié par ses supérieurs hiérarchiques. Le 20 juin 1874, alors que s'achève la première année d'enseignement historique de Levillain, le doyen Couraud, dans une lettre au recteur accompagnant l'envoi des programmes suivis dans sa faculté, décerne une mention particulière au cours de Camille Levillain : « [...] j'estime que certains de ces programmes ressemblent un peu trop à une table des matières : que celui d'histoire du droit, excellent du point de vue de l'histoire externe, n'est pas assez nourri d'histoire interne, je crois même que ce n'est pas, à ce point de vue, ce qu'a voulu

<sup>63</sup> Archives nationales, F<sup>17</sup> 13072.

<sup>64</sup> A.D. Gironde, V<sup>1</sup>111 liasse n°47, dossier administratif personnel de Camille Levillain.

<sup>65</sup> *Ibid.*, V<sup>1</sup> 111, liasse n° 76, dossier administratif personnel de Paul-Emile Vigneaux.

M. le Ministre »<sup>66</sup>. Cet avis passablement négatif est à peine adouci par l'opinion de l'inspecteur général Charles Giraud, qui, après avoir lu le plan détaillé du cours de Levillain pour l'année 1874-1875, inscrit en marge de la première page : « Il y a de l'étude dans ce programme. Mais la direction du cours ne s'y manifeste pas assez. Approuver sans difficulté ». Sans doute reprochait-on à Levillain le manque de profondeur de son enseignement ? Peut-être le trouvait-on insuffisamment savant en histoire du droit ? Mais on sait que cette discipline n'était pas vraiment la matière de prédilection de Camille Levillain. Quoi qu'il en soit, ces reproches vont disparaître à partir de 1875-1876, lorsque Paul-Emile Vigneux reprendra le cours d'histoire de première année. Dès lors, les réserves laissent place à la dityrambe. Le cours de Vigneux ne suscite que des éloges, voire une cascade de louanges. En 1878, la fiche de renseignements rédigée à l'attention du recteur déclare que « nul n'est plus capable que lui d'enseigner l'histoire du droit » (tant pis pour Levillain...). Et lorsqu'il envoie le détail de son cours de 1878-1879 au Ministère, l'inspecteur général Giraud, dans une note manuscrite, s'extasie sur ce « très excellent programme [*sic...*] pour lequel il y a lieu de témoigner à M. Vigneux la satisfaction du Ministre »<sup>67</sup>. On mesure par conséquent l'abîme qui sépare la réception du cours de Levillain de celle du cours de Vigneux. On peut d'ailleurs s'interroger sur le fait de savoir si un tel écart se justifie pleinement. Nous connaissons le détail des cours de Levillain et de Vigneux. Or, il n'y a pas une énorme différence de fond entre les deux. L'enseignement de Vigneux peut sembler plus complet, plus savant, moins superficiel. Mais le plan général des deux cours demeure très comparable, et les méthodes d'exposition restent identiques. Il est vrai que le plan détaillé fourni au ministère par Levillain est infiniment moins travaillé que les envois successifs de Vigneux. Mais cette nuance ne peut à elle seule expliquer les appréciations très opposées entre les deux enseignements, tant de la part du doyen Amédée Couraud que des recteurs ou des inspecteurs généraux.

Nous avons dit qu'il était beaucoup plus difficile de connaître le cours complémentaire d'histoire du droit français en doctorat. L'absence de contrôle hiérarchique, consécutive à sa qualité de simple cours complémentaire, entraîne la raréfaction des témoignages concernant ce cours, et l'inspecteur général Lyon-Caen s'en était désolé en 1892<sup>68</sup>. Cependant, son rapport d'inspection pour cette année 1892 nous dévoile le thème choisi par P.-E. Vigneux : les origines du droit canonique. Ce choix déchaîne les critiques de Lyon-Caen, et renforce sa conviction de la nécessité d'un contrôle étatique sur les cours complémentaires : « Le professeur d'histoire du droit a traité, en 1891-1892, dans son cours de doctorat, des origines du droit canonique. C'est là un sujet tout spécial, et il est profondément fâcheux d'exiger, pour l'examen, des aspirants au doctorat, qu'ils apprennent des matières aussi restreintes, qu'on peut qualifier de matières de pure érudition, quand ils ignorent les choses nécessaires et fondamentales »<sup>69</sup>. On peut s'étonner que cette seule

<sup>66</sup> Archives nationales, F<sup>17</sup> 13162.

<sup>67</sup> *Ibid.* Cette exclamation concerne le premier plan détaillé de Vigneux, comptant une centaine de pages. On aurait aimé connaître la réaction de l'inspecteur général à la réception de celui en 400 pages, relatif à l'année 1879-1880... mais les archives n'ont pas conservé ce volumineux document.

<sup>68</sup> Cf. *supra*, note 56.

<sup>69</sup> Archives nationales, F<sup>17</sup> 13072, d'inspection de Lyon-Caen p.5.

raison constitue l'unique motif du courroux de l'inspecteur général. En 1892, au lendemain de la laïcisation républicaine des années 1880, comment ne pas avoir relevé qu'enseigner le droit canonique dans une université juridique d'État constituait une monstruosité ? Sans doute les encycliques *Rerum novarum* de l'année précédente 1891, et celle « Au milieu des sollicitudes » du 12 février 1892, appelant les catholiques français au ralliement à la République, ont-elles beaucoup fait pour tempérer les critiques de l'inspecteur général à l'égard du cours de doctorat de P.-E. Vigneaux<sup>70</sup>. Quoi qu'il en soit, il s'agit là du seul avis négatif connu concernant l'historien du droit bordelais dans toute sa carrière.

Si l'on excepte les deux années 1873-1875, le sort de l'histoire du droit à Bordeaux repose donc entièrement sur Paul-Emile Vigneaux, qui enseignera cette matière sans interruption (tout au moins en première année) entre 1875-1876 et 1908-1909, soit pendant 34 ans. Si l'on part du principe que le fond du cours de Vigneaux est considéré à l'époque comme quasiment parfait, cela ne suffit pas pour hisser l'histoire du droit au rang d'une science. Pour cela, le support que constitue la recherche demeure absolument indispensable. Qu'en est-il à la faculté de droit de Bordeaux ?

## 2 — LA RECHERCHE EN HISTOIRE DU DROIT.

Evacuons immédiatement le cas de Camille Levillain : il n'a rien écrit en histoire du droit. En l'occurrence, il ne détonne pas au sein de la première génération d'enseignants de la faculté de droit de Bordeaux<sup>71</sup>. Les premiers maîtres bordelais n'étaient pas vraiment des chercheurs, à l'exception de quelques uns, et beaucoup n'auront qu'une activité scientifique fort limitée. Pourtant, toutes les conditions se trouvaient réunies au sein de la faculté pour mener à bien une œuvre scientifique. Le doyen Couraud avait consacré une énergie considérable et des moyens financiers importants pour doter son établissement d'une magnifique bibliothèque contenant absolument tous les ouvrages et toutes les revues souhaitables. Le bibliothécaire lui-même, Georges Platon, était un savant. Il avait abandonné une carrière d'enseignant prometteuse pour suivre les cours de l'Ecole des Hautes Etudes. Il avait préféré un

<sup>70</sup> Très catholique, profondément croyant, Paul-Emile Vigneaux était membre du Conseil de fabrique de l'église Saint Paul-Saint François-Xavier à Bordeaux.

<sup>71</sup> Décidément mal aimé, Levillain traîne une réputation d'oisiveté à longueur de fiches de renseignements confidentiels. Le 25 juin 1895, le recteur Couat estime « qu'il a trop peu travaillé pour la science, et n'a produit aucun ouvrage sur le droit maritime ». On ne redira pas les appréciations du recteur Bizos sur le malheureux Levillain. Il s'agit là d'un exemple typique du caractère aléatoire des opinions hiérarchiques concernant les professeurs. Tout d'abord, il est faux que Levillain n'ait rien écrit. Il est l'auteur d'une étude sur « Les caractères juridiques des conventions passées en vue de la construction des navires, et de la propriété des navires pendant la durée de la construction », publiée sous la forme de livraisons dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, t.1 (1877), p. 586-606, t.2 (1878), p. 57-68, 181-190 et 189-396, et t.3 (1879), p. 277-289 et 469-479. Ce travail est cependant resté inachevé. Il a également publié quelques notes au *Recueil périodique Dalloz*. Il a donc beaucoup plus écrit que son collègue bordelais Alphonse Marandout, dont on chercherait vainement la moindre ligne signée de sa main en plus de 40 ans de carrière ! Pourtant, cette absence totale de travail n'a jamais soulevé la plus petite remarque de la part des recteurs, à l'exception d'une seule, en 1891 ! Même le recteur Bizos ne dira rien de cette carence absolue...

poste de bibliothécaire pour mieux se consacrer à la lecture, au commentaire des ouvrages, et à ses travaux personnels<sup>72</sup>. Parmi les professeurs les plus laborieux, on trouve Paul-Emile Vigneaux, mais avec neuf publications seulement pour 39 années de service. Cependant, l'examen des ouvrages et travaux de l'historien du droit bordelais ménage quelques surprises. En effet, nous constatons que sa production scientifique concerne essentiellement le droit romain. C'est ailleurs qu'on découvre la recherche scientifique en histoire du droit, ce qui constitue un véritable paradoxe bordelais.

*Le poids du droit romain.*

Paul-Emile Vigneaux a publié neuf études scientifiques au cours de sa vie universitaire (en comptant sa thèse). Or, nous remarquons qu'une seule concerne, très partiellement, l'histoire du droit. C'est en effet dans sa thèse, soutenue à Paris en 1867<sup>73</sup>, que l'on découvre les seules lignes de son œuvre écrites relatives à l'histoire du droit. Comme toutes les thèses de l'époque, celle-ci comprend deux parties : droit romain (*Du mariage*) et droit positif contemporain (*De la communauté réduite aux acquêts*). Dans cet ensemble de 311 pages, 105 sont consacrées au droit romain, et 196 au droit positif. L'histoire du droit est réduite à 46 pages, et n'est utilisée que comme introduction historique au second volet de la thèse. Après cette thèse de 1867, Vigneaux n'écrivra plus rien en histoire du droit. Se destinant tout d'abord à la profession d'avocat, il est l'auteur du discours de rentrée du barreau de Bordeaux pour l'année 1868, et produit à cette occasion un travail biographique sur un illustre avocat bordelais, qui ne contient pas un seul mot d'histoire du droit<sup>74</sup>. En 1881, il donne un compte-rendu d'à peine trois pages relatif à une publication de textes, suivi en 1882 d'une notice portant sur trois manuscrits de la Bibliothèque Vaticane<sup>75</sup>. Mais, pour remarquables qu'elles sont, ces deux publications n'intéressent que le droit romain médiéval. C'est encore dans le domaine du droit romain qu'il réalisera son travail majeur : *Essai sur l'histoire de la Praefectura urbis à Rome*. C'est de son séjour à l'École française de Rome, en 1880-1881, qu'il ramènera la matière de ce

<sup>72</sup> La bibliothèque de la faculté de droit de Bordeaux était si bien pourvue, qu'elle publiait chaque année un catalogue imprimé des périodiques disponibles. On trouve encore quelques uns de ces fascicules. A titre d'exemple, celui de 1917 répertorie près de 200 revues scientifiques du monde entier, auxquelles la faculté bordelaise était abonnée.

<sup>73</sup> Du mariage en droit romain. De la communauté réduite aux acquêts. Le jury était particulièrement prestigieux : Colmet de Santerre, président, Demangeat, Bufnoir, Gérardin et Accarias, suffragants. L'inspecteur général Giraud assistait également à la soutenance.

<sup>74</sup> *Eloge historique de Romain de Sèze*, Bordeaux, Lefraïse, 1868.

<sup>75</sup> Compte rendu des *Studi e documenti di Storia e Diritto* (publication de l'Academia di Conferenze storico-giuridiche) dans les *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École française de Rome*, I, 1881, p. 156-159, et « Notice sur trois manuscrits inédits de la Vaticane », dans la même revue, II, 1882, p. 309-355. Dans cette dernière notice, Vigneaux examine les manuscrits 8069, 8068 et 8070 de la Bibliothèque Vaticane (dans cet ordre). Il s'agit de fragments de consultations de jurisconsultes italiens du XIV<sup>e</sup> siècle, parmi lesquels Bartole. Pour chaque manuscrit analysé, l'auteur dresse un tableau des jurisconsultes cités, dont certains sont inconnus. Il publie aussi de larges extraits de ces manuscrits, qu'il commente. Le travail de Vigneaux est très érudit, voire savant. Il connaît toutes les publications de l'époque, en particulier les italiennes. Excellent paléographe, il maîtrise aussi le latin médiéval. Enfin, il rapproche les extraits qu'il étudie des compilations de Justinien, qui n'ont aucun secret pour lui.

livre. La publication s'effectuera tout d'abord par livraisons régulières dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*. Il ne faudra pas moins de douze années consécutives (1885-1896) pour venir à bout de l'entreprise. La dernière année de livraison, les fascicules seront réunis et édités en un volume unique<sup>76</sup>. Il s'agit là d'un travail monumental, unanimement salué, qui suffira à asseoir la réputation scientifique de son auteur pour le restant de sa carrière. Mais on conviendra qu'il ne s'agit pas d'histoire du droit. En 1884, pendant que se poursuit la parution de son *Essai sur la Praefectura urbis*, Paul-Emile Vigneaux donne à la *Revue générale du droit*, un compte-rendu critique du *Cours élémentaire d'histoire du droit français public et privé depuis les premiers temps jusqu'à la publication du Code civil*, du professeur toulousain Ginouilhac. Il s'agit ici incontestablement d'histoire du droit. Mais, analyser les travaux d'un collègue, n'équivaut assurément pas à une production personnelle. La critique de Vigneaux, souvent acerbe sous un aspect onctueux, montre certes toute l'étendue de son savoir, mais il est évident que l'on ne peut tenir ce compte-rendu pour une œuvre originale<sup>77</sup>. Affectionnant décidément les analyses d'ouvrages, Vigneaux entreprend ensuite un commentaire analytique et critique de la traduction du *Manuel des antiquités romaines* de Mommsen et Marquardt, sous la direction de Georges Humbert. Quatre livraisons seront nécessaires pour triompher de ce labeur<sup>78</sup>. Mais ici encore, toujours du droit romain. Puis, de 1896 à 1909, année de son départ à la retraite, on ne trouve plus aucune publication de P.-E. Vigneaux pendant 13 ans. Ce silence scientifique est-il dû au traumatisme causé par le décès de son épouse, déjà responsable de son effacement, de son repli et de sa morosité signalés par les rapports le concernant ? On ne sait. Mais, au moment de quitter la carrière universitaire, il signe un ultime travail sur la date de l'édit de Nantes<sup>79</sup>. Il s'agit essentiellement d'une étude archivistique exhaustive, dans laquelle Paul-Emile Vigneaux démontre une maîtrise totale des sources et une connaissance parfaite de la littérature de son temps sur ce sujet. Mais il ne s'agit toujours pas d'histoire du droit, puisque ce travail concerne la chronologie, et s'efforce de déterminer la seule véritable date à retenir pour cet édit fondamental.

Au total, sur les neuf travaux publiés par Paul-Emile Vigneaux, cinq sont consacrés au droit romain, et trois ne sont que des comptes-rendus d'ouvrages, que l'on ne peut considérer comme des œuvres personnelles, en dépit de leurs qualités. En définitive, Vigneaux n'a jamais écrit qu'une quarantaine de pages sur l'histoire du droit, isolées dans sa thèse<sup>80</sup>. Comment expliquer cette attirance marquée pour le droit

<sup>76</sup> *Essai sur l'histoire de la Prefectura urbis à Rome*, Paris, Thorin, 1896.

<sup>77</sup> On trouvera cette étude critique dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, VIII, 1884, p. 461-472.

<sup>78</sup> *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, XI (1887), p. 225-243, XII (1888), p. 258-272, XIII (1889), p. 163-171 et 556-566, et XV (1891), p. 273-276.

<sup>79</sup> « La véritable date de l'édit de Nantes et des actes additionnels », dans *Revue des études historiques*, 1909, 48 p.

<sup>80</sup> Dans le dossier administratif personnel de Paul-Emile Vigneaux conservé aux A.D. Gironde (VT<sup>111</sup> liasse n° 76), on trouve mention de quelques articles que le professeur bordelais aurait publiés dans le *Journal des greffiers*, sans autre précision. Nous avons consulté cette publication, difficile à trouver (elle n'existe qu'à la Bibliothèque Cujas -1<sup>er</sup> magasin, cote 24065-, et à la Bibliothèque Nationale de France -cote PER-8-F 3107, collections patrimoniales-). Cette revue paraît à partir de 1872, mais les articles qu'elle contient sont tous anonymes. Il existe des tables, pour les années 1872-1882 et 1891-1902

romain, de la part d'un professeur se déclarant passionné par l'histoire du droit ? Sans doute, la formation juridique délivrée dans les facultés de droit au XIX<sup>e</sup> siècle peut-elle apporter un élément de réponse. Toutes les études sont en effet concentrées autour du droit civil et du droit romain, considéré à la fois comme l'histoire du droit civil et comme outil méthodologique pour l'apprentissage de cette dernière discipline<sup>81</sup>. En outre, les thèses de doctorat doivent obligatoirement faire place à l'un et à l'autre, et ce schéma restera immuable pendant longtemps. Il faut attendre un décret du 28 décembre 1878 pour voir le droit public et le droit commercial introduits en doctorat. Or, Paul-Emile Vigneaux est docteur de 1867<sup>82</sup>. Enfin, ce n'est qu'en 1896 que l'agrégation des facultés de droit sera fractionnée en quatre sections, dont l'une spécialement vouée au droit romain et à l'histoire du droit. Avant 1896, l'agrégation en droit était globale, et la connaissance du droit romain et du droit civil déterminait le succès au concours. Paul-Emile Vigneaux, agrégé en 1872, appartient à cette génération de professeurs « généralistes ». Pour toutes ces raisons, la recherche juridique se tourne plus volontiers vers le droit civil et le droit romain.

Paul-Emile Vigneaux participe donc médiocrement à la constitution de la science historique du droit. L'absence de véritables travaux dans ce domaine a d'ailleurs paru gêner quelque peu ses supérieurs et ses collègues. Tous louaient son immense savoir. Léon Duguit lui-même, avouait apprendre énormément en écoutant les conversations réunissant Henri Monnier, Paul-Emile Vigneaux et le bibliothécaire Georges Platon. Mais tous regrettaient que Vigneaux n'ait pas répandu sa science de l'histoire du droit dans le public. En 1901-1902, le doyen Baudry-Lacantinerie écrit qu'« il est incontestable que Vigneaux a réuni de très nombreux matériaux, fruits de ses longues et patientes recherches, mais il en fait profiter ses élèves en attendant d'en faire profiter le public »<sup>83</sup>. En 1922, Léon Duguit, évoquant la mémoire de son collègue et ami Vigneaux, disparu l'année précédente, estimera qu'il « a laissé des traces profondes dans l'enseignement de l'histoire du droit ». Mais il ajoute : « [...] son beau livre sur la *Praefectura urbis* fait profondément regretter que sa modestie (*sic...*) l'ait empêché de donner de plus nombreuses publications »<sup>84</sup>. Cependant, la quasi inexistence d'études d'histoire du droit ne fait pas de Paul-Emile Vigneaux un

---

(seulement disponibles à la Bibliothèque Cujas). Mais ces tables n'offrent qu'un classement thématique des matières traitées dans la revue. Il n'existe pas de répertoire onomastique des auteurs. Il n'a donc pas été possible de repérer les contributions de Paul-Emile Vigneaux. Cependant, les pages de couverture des différents fascicules indiquent les noms des collaborateurs de la revue, et Paul-Emile Vigneaux apparaît à partir de 1891. Mais on ne sait en quoi consistait sa participation. Peut-être a-t-il rédigé quelques articles, mais ils sont impossibles à localiser, en raison de leur anonymat. En outre, les études publiées dans le *Journal des greffiers* sont toutes de droit positif. Paul-Emile Vigneaux ayant une formation d'avocat, inscrit au barreau dès l'obtention de sa licence en droit en 1864, a parfaitement pu produire des notes de droit positif, mais sûrement pas d'histoire du droit, puisque la revue n'en contient pas.

<sup>81</sup> Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1968, p. 15.

<sup>82</sup> Sur l'évolution des études doctorales, voir Jean IMBERT, « Passé, présent et avenir du doctorat en droit en France », *Annales d'histoire des facultés de droit*, I, 1984, p. 11-33.

<sup>83</sup> A.D. Gironde, V<sup>T</sup> 111, liasse n° 76, Fiche de renseignements confidentiels, (dossier administratif personnel de Paul-Emile Vigneaux).

<sup>84</sup> Léon DUGUIT, « La faculté de droit de l'Université de Bordeaux », *Le Sud-Ouest économique*, 3<sup>ème</sup> année, n°34, 12 mai 1922, p. 573.

ignorant ou un paresseux. Bien au contraire, il était très savant, et tous ses travaux forcent l'admiration sur ce point. Il parlait plusieurs langues. C'était un excellent épigraphiste. Il possédait une connaissance quasi-exhaustive des sources et de la littérature scientifique. Il n'ignorait aucune publication concernant sa discipline. Mais en dépit de ces qualités éminentes et de sa passion pour l'histoire du droit, le poids de la tradition romaniste a paralysé sa production scientifique en histoire du droit. N'est-il pas significatif qu'il n'ait jamais donné le moindre article à la *Revue Historique de Droit français et étranger*, revue majeure s'il en est de la discipline qu'il enseignait ? Contraste étonnant avec, par exemple, l'activité déployée par les historiens du droit toulousains : Ginouilhac avait fondé sa propre revue, avant de participer à la création de la *Revue Historique de Droit français et étranger*. Brissaud écrit dans tous les périodiques importants de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et dirige la *Revue générale du droit* : ses travaux sont traduits en anglais<sup>85</sup>. Pour autant, on travaillait l'histoire du droit à la faculté de Bordeaux. Mais ce n'était pas l'historien du droit local qui se chargeait de la besogne. Cette réalité constitue par conséquent un véritable paradoxe.

#### *Le paradoxe bordelais.*

Pour apprécier la contribution de la faculté bordelaise à la science de l'histoire du droit, il faut se tourner vers les collègues de Levillain et de Vigneaux. Ce sont eux en effet, qui travaillent plus volontiers l'histoire du droit. Il convient d'expliquer cette singularité, qui, en réalité, n'est qu'un paradoxe apparent. En effet, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, beaucoup d'universitaires considèrent encore que la véritable histoire du droit, c'est le droit romain. Dans la mesure où le droit civil constitue l'essentiel du droit positif, le droit romain est regardé comme l'histoire du droit civil, auquel il sert de base scientifique<sup>86</sup>. Dans ces conditions, l'histoire du droit n'est utilisée que comme introduction des autres cours enseignés. Chaque professeur travaille donc l'histoire juridique afin de nourrir le chapitre introductif de son cours<sup>87</sup>. Cet état d'esprit est parfaitement vérifiable, à Bordeaux. À la faculté de droit, Henri Barckhausen, professeur de droit administratif, est sans conteste l'enseignant le plus actif en matière d'histoire du droit. Il publie au moins sept travaux d'envergure entre 1876 et 1907, c'est-à-dire pendant le temps où Vigneaux occupe la chaire d'histoire du droit. Barckhausen est un grand connaisseur des institutions municipales de Bordeaux au Moyen Âge, ainsi que des coutumes de la ville, dont on lui doit la publication et l'analyse. L'œuvre juridique de Montesquieu n'a pas de secret pour lui. Il est enfin l'auteur de deux études sur les statuts de l'Université de Bordeaux au Moyen Âge et sur l'enseignement au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>88</sup>. Très versé dans l'histoire du droit, comme on

<sup>85</sup> John M. BURNEY, *Toulouse et son université. Facultés et étudiants dans la France provinciale au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris-Toulouse, éd. du C.N.R.S.-éd. du Mirail, 1988, p.124.

<sup>86</sup> Jacqueline GATTI-MONTAIN, ouv. cité, p. 33.

<sup>87</sup> Il s'agit là d'une pratique générale en France : Jean-Louis HALPERIN, « L'enseignement du droit civil dans les années 1880 [...] », p. 200.

<sup>88</sup> Chronologiquement, les travaux d'histoire du droit de Barckhausen s'établissent comme suit : *Arrêt du Parlement de Rouen (31 octobre 1686) dans un procès fait au cadavre d'un nouveau converti*, Bordeaux, Gounouilhou, 1876, « Une enquête sur l'instruction publique au XVIII<sup>e</sup> siècle », extrait des *Annales de la faculté des Lettres de Bordeaux*, Paris, Leroux, 1888, *Note sur le texte et l'origine des statuts primitifs de la commune de Bordeaux*, Bordeaux, Cadoret, 1889, *Livre des coutumes*, Archives municipales de Bordeaux, Bordeaux,

l'a dit, Léon Duguit se distingue également par sa production scientifique en ce domaine. À la différence de son collègue et ami Vigneaux, il livre à *La Revue Historique de Droit français et étranger* une magistrale étude sur le rapt de séduction, suivie d'une note sur la famille dans l'ancien droit. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, il publie un travail sur la séparation des pouvoirs en 1789. Au début du siècle suivant, il travaille toujours la matière, en étudiant les rapports entre l'Église et l'État avant la loi de 1905<sup>89</sup>. L'économiste Joseph Benzacar n'est pas en reste, avec six ouvrages consacrés à l'Ancien Régime. C'est également à lui que l'on doit la publication (avec Marion et Candriller) des documents relatifs à la vente des biens nationaux en Gironde sous la Révolution<sup>90</sup>. Enfin, même le savant bibliothécaire Georges Platon travaillait l'histoire du droit et publiait les résultats de ses recherches. On lui doit au moins deux importantes études sur l'époque franque et le droit médiéval<sup>91</sup>.

On comprend donc qu'en dehors du titulaire de la chaire d'histoire du droit, la faculté de droit de Bordeaux participe malgré tout à l'élévation scientifique de cette discipline. Mais il s'agit, pour les chercheurs, d'utiliser l'histoire juridique comme élément d'appoint pour leur propre matière. En ce sens, l'histoire du droit est employée de manière explicative au service d'autres spécialités (droit administratif, droit constitutionnel, économie politique), exactement comme le droit romain peut servir à illustrer la genèse du droit civil<sup>92</sup>. Dans l'esprit de ces universitaires bordelais, l'histoire du droit est à leur discipline ce que le droit romain est au droit civil. Mais leur démarche aura le mérite de contribuer à faire de l'histoire juridique un

---

Gounouilhou, 1890, « Essai sur le régime législatif de Bordeaux au Moyen Âge », dans *Le Livre des coutumes* précité, p. XVII-XLVIII, *Statuts et règlements de l'ancienne Université de Bordeaux*, et enfin, *Montesquieu : ses idées et ses œuvres d'après les papiers de La Brède*, Paris, Hachette, 1907.

<sup>89</sup> « Etude historique sur le rapt de séduction », dans *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1886, p. 587-625, *Quelques mots sur la famille primitive*, Paris, Larose et Forcel, 1883, *La séparation des pouvoirs à l'Assemblée nationale de 1789*, Paris, 1893, et *Le régime du culte catholique antérieur à la loi de séparation, et les causes juridiques de la séparation*, Paris, Larose et Forcel, 1907.

<sup>90</sup> « Travaux historiques de Joseph Benzacar : Règles économiques de l'administration d'Aubert de Tourny, intendant de Bordeaux », extrait du *Bulletin des sciences économiques et sociales du Comité des travaux historiques et scientifiques*, Paris, Imprimerie nationale, 1904 (81 p.), « Le pain à Bordeaux au XVIII<sup>e</sup> siècle », extrait de la *Revue philomatique de Bordeaux*, Bordeaux, Gounouilhou, 1905, « Les jeux de hasard à Bordeaux », extrait de la même revue, Bordeaux, Gounouilhou, 1905, « Dom Devienne, historiographe de Guyenne (XVIII<sup>e</sup> siècle) », dans *Revue philomatique de Bordeaux*, t.IX, 1906 (20 p.), « Enquête sur la banque royale de Law dans l'élection de Bordeaux », extrait du *Bulletin des sciences économiques et sociales du Comité des travaux historiques et scientifiques*, Paris, Imprimerie nationale, 1907 (24 p.), *Documents relatifs à la vente des biens nationaux dans le département de la Gironde*, Bordeaux, 1911 (avec M. MARION et CANDRILLER), et *Eclaircissements sur les finances de Bordeaux (XVIII<sup>e</sup> s.-1701-1791)*, Bordeaux, Gounouilhou, 1918.

<sup>91</sup> *Le droit de propriété dans la société franque et en Germanie*, Paris, Larose et Forcel, 1890, et « L'Hommage féodal comme moyen de contracter des obligations privées », dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1902 (33 p.).

<sup>92</sup> Michel VILLEY, « Sur une maladie de la section d'histoire du droit », *Religion, société et politique, mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, P.U.F., 1983, p. 405.

paramètre de l'organisation normative de la vie sociale, et non plus une simple succession de faits et de textes commentés chronologiquement. Grâce à eux, le champ d'investigation de l'histoire du droit s'élargit à l'activité humaine tout entière, diversifiant ainsi son domaine traditionnel.

C'est donc de manière très contrastée que l'histoire de droit s'implante à la faculté de droit de Bordeaux à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>. Autant la création des différents cours et de la chaire se fait rapidement sans véritable difficulté, autant la science de l'histoire du droit suit un cheminement laborieux. L'autonomie, l'indépendance de la matière sont acquises très tôt, mais le niveau scientifique de la discipline tarde à s'élever. Il faut dire que la réglementation des études pouvait constituer un véritable handicap. Il faut attendre l'arrêté du 23 juillet 1896 et le sectionnement de l'agrégation pour que l'histoire obtienne un rang officiel au niveau le plus élevé. On peut d'ailleurs se demander si, loin de consacrer les historiens du droit, cette réforme de 1896 n'a pas contribué à les isoler en les coupant des évolutions contemporaines de la science juridique<sup>93</sup>. Mais jusque là, il n'existe pas de réelle préparation spécifique à l'histoire juridique. À Bordeaux, Paul-Emile Vigneaux, quoique très savant, appartient à l'ancienne génération des enseignants universitaires. Il restera en fonctions jusqu'en 1909, ce qui signifie que treize ans après la réforme de l'agrégation, rien n'avait véritablement changé pour l'histoire du droit au sein de la faculté bordelaise, en particulier pour le cours de première année de licence. Vigneaux ne nourrit aucun dessein pour l'histoire du droit, et son absence de vision globale contraste fortement avec celle d'un Adhémar Esmein, par exemple<sup>94</sup>. Pourtant, en 1906, apparaît André Ferradou, qui reçoit la charge du cours complémentaire de doctorat après Vigneaux, Monnier et Duguit. Il est le premier représentant issu de la nouvelle agrégation d'après 1896<sup>95</sup>. Il sera rejoint en 1909 par Pierre Maria, qui s'installe sur la chaire laissée vacante par le départ à la retraite de Paul-Emile Vigneaux<sup>96</sup>. Mais tant que les études doctorales ne seront pas calquées sur l'organisation quadripartite des disciplines juridiques, rien ne changera vraiment. Ce n'est qu'en 1925 que le décret du 2 mai reformera le doctorat, et, du même coup les études historiques. En créant quatre diplômes d'études supérieures correspondant à chacune des sections établies en 1896 pour l'agrégation, le texte du 2 mai 1925 réalisait une adéquation parfaite entre les études et la recherche juridiques.

<sup>93</sup> C'est l'opinion de Pierre LEGENDRE : *Histoire de l'administration [...]*, ouv. cité, p. 17-19, reprise par Jacques POUMAREDE, « Pavane [...] », art. cité, p. 97.

<sup>94</sup> Voir Jean-Louis HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 1997, n°3, p. 415-433.

<sup>95</sup> Pur produit de la faculté de droit de Bordeaux, André Ferradou, né en 1872, était l'élève de Paul-Emile Vigneaux. Licencié en droit en 1891, docteur en 1896, il est agrégé deux ans plus tard. Il commence sa carrière à Rennes, où il reste six ans, jusqu'en 1904. Après un bref séjour de deux années à Toulouse, il rejoint Bordeaux en 1906. Il sera doyen de sa faculté d'origine de 1935 à 1940.

<sup>96</sup> Né le 6 avril 1867, Pierre Maria étudie le droit à Poitiers, où il obtient la licence en 1889. Mais c'est à Paris qu'il est docteur en 1895, et qu'il reçoit les leçons de P.F. Girard et de A. Esmein. Agrégé en 1898 comme André Ferradou, il commence sa carrière la même année à Toulouse, et y demeure onze ans, avant d'être transféré à Bordeaux en 1909 sur la chaire de Paul-Emile Vigneaux. Il terminera sa carrière en Aquitaine en 1934.

Désormais, la formation doctorale coïncidait avec l'agrégation<sup>97</sup>. On pouvait former de véritables spécialistes des diverses disciplines juridiques. Dès lors, l'enseignement de l'histoire du droit disposera de tous les atouts souhaitables pour se hisser au rang d'une authentique science.

---

<sup>97</sup> Ce décret de 1924 est accueilli avec enthousiasme par Julien Bonnecase, professeur à la faculté de droit de Bordeaux : « Le décret du 2 mai 1925 sur la réforme du doctorat et la vie interne des facultés de droit », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, t.51, 1927, p. 78-80.

DEUX HISTORIENS DES INSTITUTIONS  
ET DU DROIT DE LA BRETAGNE :  
MARCEL PLANIOL ET EDMOND DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR

MARIE-YVONNE CREPIN

En Bretagne, l'histoire du droit est enseignée aujourd'hui dans quatre universités si, avec celles de Rennes, Brest et Vannes, nous comptons aussi l'Université de Nantes. Il semble difficile, en effet, de placer historiquement la ville de Nantes en dehors de la Bretagne. La première université créée en Bretagne le fut à Nantes, en 1460, par le duc François II et c'est seulement en 1735 que la Faculté « des Droits » quitta cette ville pour s'installer à Rennes, attirée par le Parlement. Si les deux historiens du droit retenus ici ont bien enseigné à Rennes, ils étaient tous les deux originaires du département de la Loire-inférieure, Marcel Planiol étant né à Nantes et Edmond Durtelle de Saint-Sauveur à Moisdon-la-Rivière, et ils eussent été bien surpris si on leur avait dénié leur appartenance à la Bretagne. Bien des juristes bretons ont, avant eux, étudié l'histoire : il suffit de citer les noms de Bertrand d'Argentré ou de Poullain du Parc dont les œuvres traduisent la volonté de comprendre les origines et l'évolution du droit de leur province. B. d'Argentré, après la parution de ses *Commentaires de la Coutume*, a même écrit une *Histoire de la Bretagne* qui lui valut quelques difficultés avec le pouvoir, et E. Durtelle de Saint-Sauveur a eu l'occasion d'exposer les péripéties de cette parution, les prises de position « nationalistes » de l'auteur lui ayant valu cette remarque acerbe d'un contemporain « qu'il était aussi méchant historien que bon jurisconsulte »<sup>1</sup> ! Poullain du Parc, nommé professeur de droit français à la Faculté de Rennes en 1743, fut amené, pour enseigner le droit coutumier de son temps, à remonter à ses origines c'est-à-dire à la *Très Ancienne Coutume*. En bibliophile averti, il possédait d'ailleurs un manuscrit de cette T.A.C., c'est ce même manuscrit qui sera publié plus tard par M. Planiol. C'est donc bien l'histoire de la Bretagne et de ses sources juridiques qui relie aux jurisconsultes anciens les deux historiens du droit M. Planiol et E. Durtelle de Saint-Sauveur. A une génération d'écart, ils ont enseigné le droit à Rennes. Planiol, même s'il n'y a pas vécu toute sa vie et s'il est surtout connu aujourd'hui comme civiliste, revenait régulièrement en Bretagne et a choisi d'y être enterré. Sa famille a gardé jusqu'à nos jours le souvenir de son attachement à la Bretagne puisque, il y a quelques années, sa petite fille a voulu faire don au Centre d'histoire

---

*Professeur à l'Université de Rennes I.*

<sup>1</sup> E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR, « Bertrand d'Argentré », *Conférences universitaires de Bretagne (année 1942-1943) organisées par la Faculté des Lettres de Rennes*, Paris, 1943. L'ouvrage de d'Argentré avait été dénoncé au parlement de Paris qui l'obligea à faire des corrections sur les passages les plus litigieux.

du droit de Rennes de la partie de sa bibliothèque rassemblant des coutumiers et des ouvrages anciens. Durtelle de Saint-Sauveur, s'il dut quitter son pays dans sa jeunesse, put y revenir en 1920 et, dès lors, ne quitta plus Rennes et la Bretagne jusqu'à sa mort en 1956.

C'est ainsi leur carrière qui détermina pour chacun d'eux une œuvre essentielle sur l'histoire de la Bretagne.

## I – LA CARRIERE DE PLANIOL ET DE. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR.

A trente ans d'écart, on pourrait penser que la carrière de ces deux professeurs a été très différente, d'autant plus qu'ils n'ont pas connu les mêmes conditions quant à leurs études et à l'accès à leur profession. Mais leur passion pour la recherche et, ici, la recherche historique, a rapproché leur œuvre, d'autant plus que c'est grâce à Durtelle de Saint-Sauveur que l'ouvrage historique de Planiol put être publié.

### *Les études.*

Marcel Planiol a fait ses études de droit à Paris, Edmond. Durtelle de Saint-Sauveur à Rennes où il est arrivé quelques années trop tard pour être son étudiant. Ils vont passer par les mêmes étapes, licence, doctorat et agrégation, mais la réglementation en a été modifiée entre l'époque des études de Planiol et celle de Durtelle de Saint-Sauveur. Au temps où Planiol fut étudiant, il fallait soutenir deux thèses, l'une en droit romain et l'autre en droit français, ce qui permettait de se présenter ensuite aux deux épreuves du concours d'agrégation (créé en 1855) qui étaient les mêmes pour tous les candidats : une épreuve de droit romain, une épreuve de droit civil français. Les thèses soutenues en 1879 par Marcel. Planiol portaient sur des sujets de même nature : « le bénéfice d'inventaire en droit romain » et « les bénéfices accordés aux héritiers en droit français ». Ces travaux annonçaient celui que le doyen Berthélémy estimera, en 1931, avoir été « le plus grand civiliste de son temps ».

A l'époque d'Edmond Durtelle de Saint-Sauveur, on appliquait un décret de 1895 qui avait créé deux doctorats, un de sciences juridiques et un de sciences politiques et économiques. Cette réforme du doctorat devait entraîner celle du concours d'agrégation qui s'appuya sur une série d'enquêtes effectuées auprès des Facultés de Droit en 1895 et 1896 et il fut décidé d'exiger des candidats le double doctorat qui apparaissait comme une garantie de leur valeur<sup>2</sup>. Durtelle de Saint-Sauveur va affirmer sa vocation d'historien du droit dans ses deux thèses : la première, soutenue en 1904 sous le titre *Etude historique sur les droits de bail seigneurial et de rachat en Bretagne*, lui donne le grade de docteur ès sciences juridiques. Cette question importante des successions nobles était étudiée dans le cadre des institutions bretonnes

---

<sup>2</sup> Cf. le rapport d'A. Esmein présenté au Conseil supérieur de l'instruction publique : « Le doctorat avec la double mention, avec les deux thèses qu'il comporte, est une garantie parfaitement sûre et efficace. La spécialisation de nos agrégés, quelle qu'elle soit, reposera désormais sur un fonds large et solide ». *Nouvelle revue historique de droit*, 1897, p. 45. Il ajoutait que, pour le sectionnement du concours, la section d'histoire du droit avait été demandée la première de toutes.

qui connaissaient, en la matière, une certaine spécificité<sup>3</sup>. La seconde thèse, présentée en 1908 pour le doctorat de sciences politiques et économiques, portait sur le droit public ecclésiastique : *Les pays d'obédience dans l'ancienne France*. Parmi ces pays où le Concordat de Bologne ne s'appliquait pas et qui se trouvaient dans une dépendance plus étroite vis-à-vis de Rome, Durtelle de Saint-Sauveur s'attachait plus précisément à la Bretagne pour laquelle ce régime particulier avait suscité un conflit entre le pape et le roi Henri II<sup>4</sup>. Aussi paraissait-il destiné à rester enseigner en Bretagne tandis que Planiol s'en était éloigné pour ses études. C'est le concours d'agrégation qui va décider pour eux.

Marcel Planiol est agrégé en 1880 et, après un court passage à Grenoble, nommé à Rennes où il enseignera jusqu'en 1887, date de son retour à Paris. Edmond Durtelle de Saint-Sauveur, n'ayant pas passé aussitôt le concours, a d'abord été chargé de cours à Alger en 1911 et 1912, puis il rejoignit l'École française de droit du Caire (1913-1920), ce qui lui fera écrire plus tard un article sur « le Droit français en Egypte »<sup>5</sup>. C'est en 1919 qu'il est reçu au concours d'agrégation d'histoire du droit avec Bry, Lévy-Bruhl et Noailles, et qu'il pourra enfin revenir à Rennes où il restera toute sa carrière jusqu'à la fin de sa vie.

Planiol ne donna des cours à Rennes que pendant quelques années. Mais c'est cependant dans cette Faculté que les circonstances déterminèrent son goût pour l'histoire. En plus du cours de droit civil, il fut chargé par le doyen Bodin d'un cours d'histoire du droit en doctorat. Au lieu de préparer un cours classique sur l'Antiquité ou l'Ancien Régime, Planiol choisit alors de travailler sur le droit coutumier breton et, toujours modeste, il attribuait le mérite de ce choix au doyen Bodin, comme il le lui écrivit quelques années plus tard : « PS : Je m'aperçois que bavardant sur d'Argentré j'ai oublié de vous remercier du conseil que vous m'avez donné autrefois de consacrer le cours d'histoire du droit à l'étude de l'ancienne coutume de Bretagne. Vous êtes donc indirectement la cause première de mes travaux sur l'Assise et sur la Coutume et c'est un peu à vous qu'en revient l'honneur... *quod jussu* »<sup>6</sup>. Ce cours après son départ fut, semble-t-il, délaissé jusqu'à l'arrivée à la Faculté d'Edmond Durtelle de Saint-Sauveur qui fut d'abord professeur de droit romain avant d'être nommé professeur d'histoire générale du droit français en 1921, en remplacement de François Olivier-Martin appelé à Paris. Il fit alors créer comme cours d'université le cours d'Histoire des coutumes et des institutions bretonnes qu'il professa jusqu'à sa retraite en 1953<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> E. Durtelle de Saint-Sauveur montrait que le droit de bail seigneurial, ayant donné lieu à toutes sortes d'abus, était devenu très impopulaire, ce qui déterminait le duc Jean Le Roux à le remplacer en 1276 par un droit de rachat.

<sup>4</sup> En 1910, E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR publia un troisième ouvrage en vue de se préparer au concours d'agrégation, *Recherches sur l'histoire de la théorie de la mort civile des religieux des origines au seizième siècle*, Rennes, 1910.

<sup>5</sup> Dans cette conférence, publiée en 1930, E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR soulignait l'influence française dans les codes et les tribunaux ainsi que la prépondérance de la langue française dans les plaidoiries et les sentences. *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, t.X, 1930, p. 100-120.

<sup>6</sup> M.Y. CREPIN, « Marcel Planiol (1853-1931), historien des institutions bretonnes », *Mémoires de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne*, t.LXXX, 2002, p. 484.

<sup>7</sup> Ce fut après lui Jacques Brejon de Lavergnée qui reprit le cours et, tout récemment, notre regretté collègue Hubert Guillotel jusqu'en 2004, année de sa mort.

*L'orientation des recherches.*

Si la recherche nourrit l'enseignement, souvent, la préparation d'un cours ouvre la voie à la recherche. Cette opportunité fut saisie par Marcel Planiol : ayant été chargé du cours complémentaire d'Histoire du droit à la Faculté de Rennes, il décida, dit-il, de s'appliquer exclusivement à l'étude des anciens usages de la Bretagne. Il va ainsi remonter aux sources juridiques de la Bretagne ducale, domaine de recherches qui, selon ce que dira Durtelle de Saint-Sauveur plus tard, avait été négligé tout autant par les historiens que par les juristes. C'est en premier l'Assise au comte Geffroi de 1185, le plus ancien acte juridique que nous ayons des ducs de Bretagne, qui attire son attention : il s'agit d'une convention entre le duc et ses barons pour prohiber la division des baronnies et des fiefs de chevaliers dans les successions. Ce vieux texte, remarquait Marcel Planiol, dont la forme révélait l'archaïsme, avait eu « la singulière fortune de rester en vigueur pendant plus de six cents ans »<sup>8</sup>. Les originaux du texte latin remis aux barons avaient disparu depuis longtemps, le dernier connu étant l'exemplaire du baron de Vitré que la famille possédait encore au XVI<sup>e</sup> siècle, mais il en existait de nombreuses copies ainsi que des traductions. Au-delà d'une simple analyse, Planiol en a, de façon remarquable, tracé l'évolution à travers les différentes rédactions de la coutume et les interprétations des auteurs dont principalement d'Argentré et Hévin. Avec sa première thèse sur les droits de bail seigneurial et de rachat, Durtelle de Saint-Sauveur pourra préciser vingt ans après, certains aspects du régime féodal des successions.

C'est surtout la coutume et, d'abord, la *Très Ancienne Coutume de Bretagne* qui va faire l'objet d'une réflexion approfondie des deux historiens. Planiol s'intéresse à « l'esprit de la Coutume de Bretagne » et en fera le sujet d'un article, paru en 1891, où il souligne son originalité<sup>9</sup>. La coutume de Bretagne est moins ancienne que celles des provinces voisines, Anjou et Normandie, ayant été rédigée sous le règne du duc Jean III (1312-1341). Mais elle a d'autres mérites : ce n'est pas « un aride assemblage de décisions juridiques », c'est un livre dont on peut apprécier la qualité littéraire, écrit sur un ton familier, où les auteurs parlent au lecteur et révèlent leurs sentiments.

Ce qui a aussi frappé Planiol, c'est l'esprit religieux qui l'imprègne et qui en fait, dit-il, un catéchisme et un livre de morale en même temps qu'une coutume : « moi qui ai depuis plusieurs années étudié ce livre ligne à ligne et mot à mot, je me plais à lui payer ce tardif hommage que personne encore ne lui a rendu »<sup>10</sup>. Dans l'introduction comme dans la conclusion de la coutume, le texte contient, en effet, des invocations à Dieu et à la « benoïste Vierge Marie ». De même, le devoir de piété est rappelé au lecteur dans plusieurs chapitres, par exemple dans le chapitre 294, *Dou pouaïr es justiciers* : « Nous devons tous et toutes croire en Dieu et le servir ». La morale a aussi sa place dans la coutume, qu'il s'agisse des devoirs de

<sup>8</sup> M. PLANIOL, « L'Assise au comte Geffroi, Etude sur les successions féodales en Bretagne », *Nouvelle revue historique de droit*, 1887, p. 117 s. Il s'étonnait de constater que ce vieux texte qui avait été suivi par d'autres provinces et qui caractérisait le régime féodal français n'ait pas été cité dans les traités d'histoire du droit de son temps et y voyait la tendance des jurisconsultes à tout ramener à la Coutume de Paris.

<sup>9</sup> *Revue de Bretagne, de Vendée et d'Anjou*, 1891, p. 3 s.

<sup>10</sup> *Ibidem.*

famille ou des devoirs de charité et de justice : « Justice fut établie par charité ». Cette tournure d'esprit, conclut Planiol, était propre à la Bretagne « comme la poésie un peu triste de ses paysages et le parfum de ses landes ». Le texte de la T.A.C. méritait donc une publication que préparait Marcel Planiol depuis 1886 et qui va se réaliser en 1896, année marquée d'un caillou blanc, selon Emile Chénon, puisqu'elle voyait également se réaliser l'édition du Grand Coutumier de Normandie par J.-E. Tardif<sup>11</sup>. C'est aussi l'année où paraît le premier volume de l'*Histoire de la Bretagne* d'Arthur de La Borderie.

L'objectif de Planiol était de restaurer, le plus qu'il était possible, la T.A.C. dans son texte d'origine, car il y avait eu de nombreuses altérations au fur et à mesure des copies successives de manuscrits. Ainsi, la version la plus connue, publiée par Michel Sauvageau en 1710 et reprise dans le *Coutumier général* de Bourdot de Richebourg, était-elle l'une des plus imparfaites. M. Planiol, après avoir recensé les manuscrits (trente et un) et les éditions (dix sept entre 1480 et 1538), va en retenir deux qui, par la pureté de leur texte, étaient sans doute très proches de l'original. Entre ces deux manuscrits, il adopta le plus complet ayant appartenu à Poullain du Parc qui l'avait légué à la bibliothèque des avocats au parlement de Bretagne<sup>12</sup>, mais il ajouta en note les variations et modifications des autres manuscrits.

Marcel Planiol ne voulut pas s'en tenir à la seule publication de ce texte juridique, aussi la seconde partie de l'ouvrage est-elle consacrée à un ensemble de documents à la manière des anciens copistes des manuscrits de la coutume. Il fallait, par une recherche méticuleuse reprendre toutes les assises, ordonnances ducales et constitutions de parlement qui n'avaient jamais été réunies en un recueil complet et dont les textes n'avaient été, pour la plupart, ni étudiés ni vérifiés. En effet, les anciens recueils, confectionnés pour les praticiens, tendaient à éliminer les textes archaïques dont ceux-ci n'avaient plus besoin. Lors de l'impression de l'ancienne coutume en 1539, on se contenta d'un résumé des anciennes ordonnances ducales. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, il y eut encore des tentatives pour rassembler des textes législatifs anciens<sup>13</sup>, mais le travail resta fort lacunaire alors que l'objectif de Planiol fut de dresser « un catalogue aussi complet que possible de ces anciens documents ».

Pour opérer cette collation, il devait d'abord analyser la nature d'écrits très divers, soit pour les retenir, soit pour les exclure. Le triage fut possible en considérant « que l'essence de l'acte législatif est d'établir une règle qui dure, c'est-à-dire qui s'applique à tout un groupe de personnes ou à toute une série d'actes »<sup>14</sup>. Ce critère permettait d'écarter les simples actes d'administration ou les mandements périodiques et ce sont ainsi cent treize documents de 1185 à 1488 qui ont été retenus. Les plus intéressants sont publiés intégralement, les autres étant résumés avec la référence du manuscrit et de l'impression. Lorsque le texte est perdu, Marcel Planiol cite les mentions qui en sont faites, le plus souvent chez dom Morice ou dom Lobineau. Enfin, sous la rubrique « textes divers », il a ajouté des fragments

<sup>11</sup> *Nouvelle revue historique de droit*, 1897, comptes-rendus critiques, p. 224 s.

<sup>12</sup> M.Y. CREPIN, « La bibliothèque de Poullain du Parc (1703-1782) », in *Figures de Justice, Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 439. La bibliothèque des avocats a été confisquée à la Révolution au bénéfice de la Bibliothèque municipale de Rennes.

<sup>13</sup> C'est le cas de Michel Sauvageau qui fit suivre l'édition de la T.A.C des anciennes constitutions et ordonnances des ducs de Bretagne.

<sup>14</sup> M. PLANIOL, *La Très Ancienne Coutume de Bretagne*, Rennes, 1896, p. 317.

d'assises, de brefs de mer, de coutumiers qu'il admet être d'importance inégale, mais dont certains étaient inédits. Ainsi, le dernier de ces textes, connu sous le nom de « petite coutume », était-il un abrégé de la très ancienne coutume plus commode à consulter par les praticiens que les longs développements du texte original. Cet ensemble qualifié par Chénon de « Code du vieux droit breton » et par Durtelle de Saint-Sauveur de « *Corpus Juris Britannici* », mériterait aujourd'hui une réédition.

Après l'étude et la publication des sources, c'est l'histoire de la Bretagne et de ses institutions qui va retenir les travaux de Marcel Planiol et d'Edmond Durtelle de Saint-Sauveur.

## II – L'ŒUVRE ESSENTIELLE : L'HISTOIRE DE LA BRETAGNE.

L'intérêt pour l'histoire de la Bretagne a suscité des liens très forts entre les deux professeurs : Durtelle de Saint-Sauveur qui succéda à Planiol dans l'enseignement du droit breton fut aussi celui grâce à qui la publication de l'ouvrage historique de Planiol devint possible avec la première édition de *l'Histoire des institutions de la Bretagne*, réalisée de 1953 à 1955. Lui-même avait fait paraître, en 1935, une *Histoire de Bretagne* et les deux ouvrages, bien que différents dans leur construction et dans le choix des domaines développés, se rapprochent par une certaine unité de ton et par une même conception de la recherche historique. Il faut rappeler les circonstances qui les amenèrent à réaliser leur œuvre pour en apprécier la valeur.

### *Le choix de l'œuvre.*

Les travaux de Planiol sur l'histoire de la Bretagne furent connus avant même d'être édités, l'auteur en a lui-même expliqué les circonstances dans la préface placée en tête de son manuscrit. Partant à Paris, il croyait, dit-il, faire ses adieux à la Bretagne. Or, l'Académie des sciences morales et politiques proposa, en 1891, un sujet de concours sur l'histoire du droit public et privé de la Bretagne, depuis l'époque romaine jusqu'à la rédaction définitive de la coutume au XVI<sup>e</sup> siècle. Marcel Planiol ne pouvait qu'être attiré par ce sujet, même s'il débordait le cadre de ses recherches antérieures : « Je repris mes recherches pour compléter mes renseignements sur les points que j'avais jusqu'alors laissés de côté et me trouvais en mesure de déposer en décembre 1894 un manuscrit qui comptait 2200 pages grand format, bien qu'il y eût encore à rédiger près d'un cinquième de l'ouvrage »<sup>15</sup>. Le mémoire reçut en 1895 le prix Odilon Barrot à l'unanimité et Ernest Glasson, chargé du rapport, avait noté : « l'auteur du mémoire n° 2 est vraiment un historien, un juriconsulte et un érudit. Il connaît l'histoire locale ; il manie la langue du droit avec l'autorité d'un maître »<sup>16</sup>.

Ce prix était un encouragement à la publication, ce qui était bien dans l'intention de Planiol, même s'il était occupé par ailleurs à la préparation d'un *Traité de droit civil* dont la première édition parut en 1899. Malheureusement des contretemps et, surtout, la maladie en empêchèrent la réalisation de son vivant. Après sa mort en 1931, sa famille souhaita voir l'aboutissement de son travail. Le premier collègue

---

<sup>15</sup> J. BREJON DE LAVERGNEE, « Le manuscrit de Marcel Planiol », *Mémoires de la Société d'histoire et d'archéologie de Bretagne*, 1966, p. 9.

<sup>16</sup> L'extrait de ce rapport est cité par E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR dans son avant-propos à *l'Histoire des institutions de la Bretagne*, Rennes, 1953, p. 15.

sollicité, François Olivier-Martin n'ayant pu le faire, c'est au doyen Durtelle de Saint-Sauveur que revinrent la charge et l'honneur de cette publication. Dans son avant-propos, Durtelle de Saint-Sauveur exprime toute l'admiration qu'il éprouvait pour les travaux de son prédécesseur. Il considérait que, malgré les cinquante années qui s'étaient écoulées depuis sa rédaction, l'œuvre restait intacte car les recherches postérieures avaient, le plus souvent, confirmé les résultats avancés par Planiol<sup>17</sup>. Il n'empêche que ce fut un labeur difficile et ingrat qu'il accepta d'effectuer et ses enfants ont gardé le souvenir de cette tâche qui prit plusieurs années de la fin de la vie de leur père. Il ne suffisait pas, en effet, de reproduire le manuscrit tel qu'il se présentait : Durtelle de Saint-Sauveur jugea utile d'apporter des compléments et la mise à jour de la bibliographie. Trois volumes furent ainsi édités entre 1953 et 1955 qui couvraient la période des temps primitifs jusqu'en 1491, fin de l'époque ducal<sup>18</sup>. Il y avait encore 1500 pages inédites pour les institutions du XVI<sup>e</sup> siècle qui débordaient sur les XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : J. Brejon de Lavergnée eut le mérite d'assurer une nouvelle édition en cinq volumes de 1981 à 1984.

L'ouvrage de Planiol doit donc beaucoup à Durtelle de Saint-Sauveur qui, par délicatesse et modestie, renonça lui-même à la publication qu'il aurait pu faire, à partir de son cours, d'un manuel d'histoire des institutions bretonnes. Ce cours n'aurait pourtant pas souffert de la comparaison avec l'œuvre de Planiol, selon ses anciens étudiants<sup>19</sup>. En revanche, l'œuvre de sa vie, parue en 1935, est l'*Histoire de la Bretagne des origines à nos jours*. Selon la tradition familiale, c'est Madame de Saint-Sauveur, originaire d'une famille des Côtes-du-Nord, qui décida son mari à entreprendre la rédaction d'une histoire de Bretagne. Encouragé aussi par son éditeur, Edmond Durtelle de Saint-Sauveur choisit de tenir un juste milieu entre une histoire monumentale, réservée aux érudits, et un simple ouvrage de vulgarisation comme il en existait déjà, en particulier pour les élèves des écoles<sup>20</sup> : le sujet est traité en deux volumes et près de neuf cents pages dans un style remarquable par sa clarté et sa simplicité. C'est la grande réussite de cette *Histoire de Bretagne* qui est restée inégalée pendant plusieurs décennies<sup>21</sup> : ses qualités lui valurent le prix Gobert de l'Académie française en 1936 et des rééditions successives jusqu'en 1975. Durtelle de Saint-Sauveur a divisé cette histoire en cinq périodes plus ou moins développées selon l'abondance des sources : les origines bretonnes, la Bretagne féodale, la Bretagne ducal, la Bretagne province, la Bretagne nouvelle (depuis la Révolution de 1789). Il n'était pas courant, alors, chez les historiens du droit de traiter l'époque de la Révolution et du XIX<sup>e</sup> siècle. Par ses origines et par ses goûts, Durtelle de Saint-Sauveur n'était pas un thuriféraire de la Révolution, mais il a

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 17. E. Durtelle cite l'exemple de la *plebs* bretonne du IX<sup>e</sup> siècle : l'explication de M. Planiol fut retenue contre celle d'A. de La Borderie.

<sup>18</sup> M. PLANIOL, *Histoire des institutions de la Bretagne (Droit public et Droit privé)*, Rennes, 1953-1955.

<sup>19</sup> L'académicien Michel Mohrt, dans sa préface à l'ouvrage de J.-L. AVRIL, *Mille Bretons*, éd. Les Portes du large, 2002, écrit qu'il a été heureux d'y retrouver « le professeur Durtelle de Saint-Sauveur, [son] ancien professeur de droit à Rennes ». M. Mohrt en a fait le personnage principal de son roman *Les Moyens du bord*, Paris, Gallimard, 1975.

<sup>20</sup> A. REBILLON, *Manuel d'histoire de Bretagne*, Rennes, 1944.

<sup>21</sup> Parmi les ouvrages scientifiques publiés une trentaine d'années plus tard, on peut citer celui de J. DELUMEAU (sous la direction de), *Histoire de la Bretagne*, Toulouse, 1969, ainsi que ceux de la collection Ouest-France Université.

parfaitement respecté les règles de neutralité et d'objectivité que son honnêteté intellectuelle lui imposait. S'il souligne le retentissement qu'eut en Bretagne, au début de la Révolution, le mandement du dernier évêque de Tréguier, M<sup>gr</sup> Le Mintier<sup>22</sup>, il insiste également sur la diffusion des idées révolutionnaires et sur le rôle du parti patriote. L'auteur consacre aussi ses dernières pages, plutôt mélancoliques, au temps où il écrit, celui des années 1930, regrettant tout autant les risques du mouvement nationaliste breton que la « centralisation excessive » appliquée par la République<sup>23</sup>.

#### *L'intérêt de l'œuvre.*

L'objectif que les deux auteurs ont souhaité réaliser était de s'attacher à l'histoire des institutions de la Bretagne. Planiol précisait qu'il voulait faire comprendre le rôle juridique des institutions, ce qu'il avait parfaitement réussi selon Durtelle de Saint-Sauveur : « chez lui le juriste et l'historien ne se séparent jamais. Ils vont toujours de pair, le juriste s'appuyant sur l'histoire, l'historien s'attachant au passé juridique »<sup>24</sup>. Lui-même, s'il avait choisi pour son étude des grandes périodes de l'histoire bretonne un mode plus synthétique, avait élargi le domaine des institutions à la vie économique, religieuse, intellectuelle et artistique du duché<sup>25</sup>. On remarque aussi dans leur œuvre une indéniable unité de pensée. Il n'y a pas de divergences entre eux, les recherches de l'un ont été confirmées par l'autre, et l'analyse des sources et des documents est soumise à la même discipline et rigueur de jugement. Cette méthode exigeante, partagée avec beaucoup d'autres historiens<sup>26</sup>, est affirmée sous leur plume dans des termes similaires. Ainsi, Planiol, soulignant les erreurs de Bertrand d'Argentré, les attribue-t-il à « son absence de critique et de jugement », tandis qu'il reconnaissait à P. Hévin, autre jurisconsulte breton, « toutes les qualités qui font le bon historien, l'amour de l'exactitude et l'esprit de critique ». Durtelle de Saint-Sauveur, dans l'avant-propos de son livre, écrit qu'il a cherché l'exactitude et que, n'ayant d'autre préoccupation que celle de la vérité, il s'est constamment efforcé d'être impartial.

L'insistance des deux auteurs sur la déontologie de l'historien est sans doute une réaction à la méthode controversée d'un autre historien de la Bretagne, Arthur de La Borderie. Celui-ci, après de nombreux articles, avait commencé la publication d'une monumentale histoire de la Bretagne qu'il mena jusqu'à la fin de la guerre de succession de Bretagne en 1364. Après sa mort en 1901, elle fut poursuivie par

---

<sup>22</sup> Il s'agissait d'une lettre pastorale du 14 septembre 1789 en réponse au roi qui contenait une critique très vive des utopies de l'Assemblée Constituante et prévoyait « la subversion de tout l'ordre social ». L'Assemblée ordonna l'envoi au Châtelet du mandement. Celui-ci, après information, déclara l'évêque non coupable. *Histoire de Bretagne*, p. 321 s. Madame de Saint-Sauveur était apparentée à la famille Le Mintier de Saint-André.

<sup>23</sup> Dans une réédition postérieure à la guerre, car le doyen Durtelle de Saint-Sauveur avait renoncé à une nouvelle publication de son Histoire pendant la guerre, il ajoute que « les Bretons, dans leur immense majorité, ne songent nullement à poursuivre un rêve chimérique d'indépendance ».

<sup>24</sup> Avant-propos à *Histoire des institutions de la Bretagne*, ouv. cité, p. 10.

<sup>25</sup> Pour chaque période, un ou deux chapitres sont réservés à la civilisation bretonne, aux lettres et aux arts, à la vie sociale et économique.

<sup>26</sup> Fustel de Coulanges n'attendait-il pas des historiens « ce charme d'impartialité parfaite qui est la chasteté de l'histoire » !

Barthélémy Pocquet. Le tome premier, qui allait des origines armoricaines jusqu'au VIII<sup>e</sup> siècle, était paru en 1896, la même année que l'édition de la *Très Ancienne Coutume* de Marcel Planiol. Aussi, ce dernier a-t-il connu et cité tant les articles que ce premier volume d'A. de La Borderie, mais il le fait presque toujours pour réfuter des affirmations qu'il estimait très hasardeuses. C'est surtout à propos de l'arrivée des Bretons en Armorique, de leur influence et du rôle des institutions bretonnes que Planiol s'oppose à ce qu'il appelle les « imaginations toutes pures » et les « suppositions légères » d'A. de La Borderie, relevant même la retranscription incorrecte de documents<sup>27</sup>. C'est que La Borderie aimait la Bretagne d'un amour passionné comme le reconnaît Durtelle de Saint-Sauveur, et qu'il avait une vision romantique de son histoire. Aussi, depuis un siècle, les historiens, juristes ou non, ont-ils dû nuancer, corriger et même écarter les théories de La Borderie sur les origines de la Bretagne, que ce soit sur la dépopulation de l'Armorique au moment de l'immigration bretonne, le caractère uniquement pacifique de l'établissement des Bretons, le crédit à accorder aux vies des saints, la survivance des institutions bretonnes face aux institutions franques, etc.. Et Durtelle de Saint-Sauveur, tout en rendant hommage à son érudition, ne peut s'empêcher de regretter chez lui « des exagérations de langage et un parti-pris persistant qui n'est pas sans diminuer la valeur de son œuvre ». Déjà, dans sa première thèse, il montrait son désaccord avec La Borderie sur la question des plous et des machtierns<sup>28</sup>. Dans son *Histoire de Bretagne* où il reprend cette question, son jugement est plus sévère : « ces conceptions qui, sur la foi de La Borderie, ont été longtemps acceptées sans conteste, au point de passer jusqu'à l'état de dogme, sont pourtant très sujettes à caution... et ainsi s'écroule toute cette théorie du plou »<sup>29</sup>. Et, tout au long du premier volume, comme M. Planiol précédemment, il relève une conclusion « bien hasardée », une autre qui est « du domaine de la légende bien plus que de l'histoire » ou une méprise sur un texte<sup>30</sup>.

Tout récemment et dans le même esprit, Hubert Guillotel, à l'occasion du centenaire de la mort de La Borderie, avait publié une analyse très sévère de son œuvre, estimant qu'il s'était intellectuellement intoxiqué et qu'il avait induit en erreur des générations d'historiens<sup>31</sup>. Notre cher collègue, par ses travaux<sup>32</sup> et sa d'Edmond rigueur, s'inscrivait bien dans la tradition de Marcel Planiol et Durtelle de Saint-Sauveur, car il avait, comme il le disait lui-même, choisi d'être au service des

<sup>27</sup> M. PLANIOL, *Histoire des institutions de la Bretagne*, Rennes, 1953, t.I, p. 129, 132, 151. A tout moment, on lit sous sa plume d'autres formules telles « M. de La Borderie croit, mais sans en donner de motifs », « M. de La Borderie affirme à titre purement hypothétique ».

<sup>28</sup> E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR, *Etude historique sur les droits de bail seigneurial et de rachat en Bretagne*, Rennes, 1904, p. 28 et 32. Selon La Borderie, le plou aurait été la transposition de l'ancien clan breton placé sous l'autorité du machtiern.

<sup>29</sup> *Histoire de Bretagne des origines à nos jours*, t.I, p. 39. Le plou ou plebs est en réalité l'institution ecclésiastique de la paroisse.

<sup>30</sup> Ouv. cité, t.I, p. 77, p. 104, p. 173.

<sup>31</sup> H. GUILLOTEL, « Le poids historiographique de La Borderie », *Mémoires de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne*, t.LXXX, 2002, p. 343-359.

<sup>32</sup> Rappelons qu'Hubert Guillotel fut l'un de ceux grâce à qui, en 1998, fut réalisée une splendide et savante édition du *Cartulaire de Redon*, Association des Amis des Archives Historiques du diocèse de Rennes-Dol-Saint-Malo. Une deuxième partie de son travail consacré au « petit cartulaire » est parue juste après sa mort en 2004.

sources.

## HISTOIRE DU DROIT ET NATIONALISME EN BELGIQUE AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE

FRED STEVENS

### I — À LA RECHERCHE D'UN PASSÉ NATIONAL.

Après la révolution belge de 1830, la nouvelle nation ressent un besoin de légitimation et veut s'inscrire dans un développement historique séculaire. Les témoignages de l'époque démontrent une évocation ardente d'un passé national.<sup>1</sup> Une évocation par la littérature.<sup>2</sup> Dans les années qui suivent la révolution, cette littérature va évoquer les personnages historiques «belges» les plus divers. Même les œuvres de l'auteur flamand Henri Conscience (1812-1883), considéré comme «l'homme qui a appris les Flamands à lire» (*de man die zijn volk leerde lezen*), tels que *De Leeuw van Vlaanderen* (le Lion de Flandre, 1838), qui évoque la défaite française contre la Flandre en 1302 lors de la bataille des Eperons d'or, ou *De Boerenkrijg* (la Guerre des Paysans, 1853), une révolte des paysans flamands contre les révolutionnaires français en 1798, sont des éloges à cette nouvelle nation belge, caractérisée par un désir d'indépendance et de liberté. Une évocation d'un passé national également par l'art. Les œuvres romantiques d'un peintre tel que Gustaf Wappers (1803-1874) acclament la révolution et le nouvel État. D'autres, comme Henri Leys (1815-1869), Jean-Baptiste Madou (1796-1877) ou Louis Gallait (1810-1887), représentent des épisodes et des personnages d'un passé glorieux.<sup>3</sup> Une évocation d'un passé national par une histoire nationale glorieuse. Le discours du baron de Stassart à l'Académie royale des sciences et belles lettres, le 15 décembre 1841, résume tout ce programme : « ce culte de la gloire nationale épure, élève, électrise le cœur, et peut seul inspirer cet héroïsme qui garantit mieux la défense des frontières que les boulevards les plus formidables. Cherchons à nous rendre familière la connaissance des hauts faits de nos ancêtres, et que les noms illustres dont le

---

*Professeur à la Katholieke Universiteit Leuven.*

<sup>1</sup> PH. GODDING, « Statuaire, histoire et politique au 19<sup>e</sup> siècle », *Académie royale de la Belgique. Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, 6<sup>ième</sup> série, t.8, 1997, p. 213-240; J. STENGERS & E. GUBIN, *Le grand siècle de la nationalité belge* (Histoire du sentiment national en Belgique des origines à 1918, t.2), Bruxelles, 2002; J. Tollebeek, F. Ankersmit & W. Krul (eds.), *Romantiek en historische cultuur*, Groningue, 1996.

<sup>2</sup> A. DIERKENS, *Le moyen âge dans l'art et la littérature belge du XIX<sup>e</sup> siècle* (L'histoire aujourd'hui : nouveaux objets, nouvelles méthodes. Université de Liège. Faculté de philosophie et lettres. Faculté ouverte, vol. 38 B), Liège, 1987.

<sup>3</sup> *Le romantisme en Belgique : entre réalités, rêves et souvenirs. Exposition. Bruxelles, Musées royaux des beaux-arts de Belgique, 18 mars-31 juillet 2005*, Bruxelles, 2005.

pays s'honore deviennent de plus en plus populaires! Qu'en posant le pied sur notre sol, l'étranger sache ce que nous fumons, ce que nous voulons être ». <sup>4</sup> Quelques années auparavant, un arrêté royal du 22 juillet 1834 avait installé une commission, instituée à l'effet de rechercher et de mettre au jour les chroniques belges inédites. <sup>5</sup>

## II — UNE GLORIFICATION DU PASSÉ PAR LE DROIT ?

### *L'enseignement juridique.*

Lors de l'institution des universités aux Pays-Bas méridionaux, en 1817, le roi Guillaume I<sup>er</sup> opte pour une instruction universitaire à l'image intellectuelle du modèle allemand de von Humboldt, ceci en opposition avec la finalité ultra-professionnelle des écoles de droit sous Napoléon, qui se réduit à la formation de techniciens du droit. <sup>6</sup> Ainsi Antoine Ernst (1796-1841) enseigne à Liège en 1825-1826 un cours « *historiam iuris* ». Il est succédé en 1826 par Evrard Dupont (1799-1880). Pendant les années 1818-1822, ce cours est enseigné à Louvain par Joannes Birnbaum (1792-1877), alors que Jacques Haus (1796-1881) l'enseigne à Gand en 1823-1824 et Leopold August Warnkönig (1796-1881) en 1827-1828. Les activités comme historien du droit de Warnkönig sont bien connues. <sup>7</sup> Mais même son *Histoire du droit Belgique, contenant les institutions politiques et la législation de la Belgique sous les Francs*, parue en 1837, reste en premier lieu une œuvre véritablement scientifique. <sup>8</sup>

Après la révolution belge, la première loi universitaire du 27 septembre 1835, introduit un cours d'*Histoire du droit coutumier de la Belgique et les questions transitoires*. <sup>9</sup> Cette loi de 1835, selon le célèbre historien Henri Pirenne (1862-1935), « faisait [des universités] des écoles techniques préparant leurs élèves aux diverses professions libérales [...]. Elle les rendait incapables de collaborer au mouvement scientifique ». <sup>10</sup>

Le cours d'histoire du droit coutumier ne se maintient pas longtemps. Comme la

<sup>4</sup> Académie royale de Belgique. *Bulletin de l'Académie royale des sciences et belles-lettres*, Bruxelles, 1841, t.8, 2<sup>e</sup> part., p. 551.

<sup>5</sup> *Bulletin officiel*, X, n<sup>o</sup> 607.

*La Commission royale d'Histoire, 1845-1934. Livre jubilaire composé à l'occasion du centième anniversaire de sa fondation par les membres de la Commission*, Bruxelles, 1934.

<sup>6</sup> M. RIEDEL; « Wilhelm von Humboldts Begründung der 'Einheit von Forschung und Lehre' als Leitidee der Universität », U. Herrmann, *Historische Pädagogik* (Beiheft 14), Weinhem/Basel, 1977, p. 231-247; F. STEVENS, « Het rechtsonderwijs in de Zuidelijke Nederlanden in het begin van de 19<sup>de</sup> eeuw », *Centre de recherches en histoire du droit et des institutions. Cahiers*, Bruxelles, 1998, p. 119-149.

<sup>7</sup> P. HARSIN, « Quelques incidents de la vie universitaire à Liège et à Louvain avant la révolution de 1830 », *La vie wallonne*, 1930, p. 5-23; G. WILD, *Leopold August Warnkönig. 1794-1866 : Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa*, Karlsruhe, 1961.

<sup>8</sup> L.A. WARNKÖNIG, *Histoire du droit Belgique, contenant les institutions politiques et la législation de la Belgique sous les Francs*, Bruxelles, 1837.

<sup>9</sup> *Bulletin officiel*, XII, n<sup>o</sup> 652.

<sup>10</sup> H. PIRENNE, « L.-A. Warnkoenig », *Liber memorialis. Notices biographiques*, Gand, 1913, t.1, p. 316-317. *Vide* : TH. LUYCKX, « De eerste organieke wet op het hoger onderwijs in België (1835) », *Hoofdmomenten uit de ontwikkeling van de Gentse rijksuniversiteit (1817-1967)*, Gand, 1967, p. 5-27.

deuxième partie de l'intitulé l'indique, il ne s'agit pas véritablement d'un cours d'histoire du droit, mais plutôt d'un cours qui traite de problèmes de transition de l'ancien droit au droit du Code civil.<sup>11</sup> À l'Université libre de Bruxelles, créée en 1834, Eugène Defacqz (1797-1871) devient le titulaire d'une chaire consacrée à la théorie des sources de la législation depuis les lois romaines jusqu'à l'époque actuelle, au droit coutumier et à la législation transitoire.<sup>12</sup> Son enseignement est à l'origine de la publication de son livre *Ancien droit Belgique*. Il y suit le Code civil de 1804 « dans la distribution des matières, dans ses subdivisions, et autant que possible dans le classement des dispositions particulières ».<sup>13</sup> Le premier volume de l'ouvrage de Defacqz paraît, en deux livraisons, dès 1846-1852. Il renferme le titre préliminaire et les titres I à IX du livre premier. Le tome second est publié après la mort de l'auteur par son exécuteur testamentaire. Il renferme les titres I à V du livre II, ainsi que plusieurs notices et dissertations. Les ressemblances de cet ouvrage avec un ouvrage de Britz sont tel, que Defacqz lui-même a cru devoir s'en expliquer par un avis. Dès la parution de l'œuvre de Defacqz, la revue *La Belgique Judiciaire* estime même nécessaire de préciser que Defacqz publie ses notes de cours, qu'il enseigne depuis douze ans, cours lesquels Britz a suivi.<sup>14</sup>

À la suite d'un article transitoire de la loi de 1835, le cours d'Histoire de droit coutumier est réduit à un « cours à fréquentation », ce qui implique qu'il suffit d'obtenir un certificat de la fréquentation du cours, mais qu'il n'y a pas d'obligation de se présenter à un examen.<sup>15</sup> Le cours disparaît des programmes universitaires avec la loi organique sur l'enseignement supérieur de 1849.<sup>16</sup> La motivation indique clairement de quoi il s'agit: son « importance diminue chaque jour ».<sup>17</sup> Le projet initial de la loi du 15 juillet 1849 ne contient aucun élément d'histoire du droit civil. À la suite des discussions dans la section centrale, un cours d' « Encyclopédie du droit, introduction historique au cours de droit civil et exposé des principes généraux du code civil » est introduit pour le grade de candidat en droit.<sup>18</sup> Cette division tripartite est à l'origine de bien de difficultés. À l'Université de Gand, le célèbre professeur François Laurent (1810-1887) ne consacre que douze leçons à la partie historique et encyclopédique. L'accent est mis sur les principes généraux. À

<sup>11</sup> R. VERSTEGEN, « L'enseignement du droit en Belgique. Evolution de la législation aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle », F. STEVENS & D. VAN DEN AUWEELE, 'Houd voet bij stuk'. *Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Louvain, 1990, p. 182. Concernant la question d'un droit privé « belge » pendant l'Ancien Régime, *vide* : PH. GODDING, « Peut-on parler d'un droit privé 'belge' avant 1830 », *Académie royale de Belgique. Bulletin de la Classe des Lettres et Sciences Morales et Politiques*, 5<sup>ème</sup> série, t.70, 1984, p. 262-281; PH. GODDING, « Peut-on décélérer un droit commun dans l'histoire du droit privé belge ? », *Sartonia*, vol.16, p. 125-156.

<sup>12</sup> Article 51, 2<sup>o</sup> de la loi du 27 septembre 1835 statue que l'examen de docteur en droit comprend « L'histoire du droit coutumier et les questions transitoires ». Concernant E. Defacqz : PH. GODDING, « Defacqz », *Nouvelle biographie nationale*, Bruxelles, 2001, t.6, p. 106-111.

<sup>13</sup> E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le Code civil*, Bruxelles, 1873, t.1, p. 228.

<sup>14</sup> *Infra*, p. 180.

<sup>15</sup> Article 68.

<sup>16</sup> *Moniteur belge*, 19 juillet 1849.

<sup>17</sup> *Chambre des représentants. Documents*, 1848-49, p. 1100.

<sup>18</sup> *Chambre des représentants. Annales parlementaires*, 1848-1849, p. 1725.

l'Université de Liège, la situation est inverse.<sup>19</sup> Afin d'obtenir une uniformité plus grande, une commission, composée de tous les titulaires des trois éléments, est créée. Leurs activités aboutissent à un arrêté ministériel du 26 novembre 1850 et à une lettre circulaire ministérielle de juin 1851. Cette circulaire indique que la partie historique et encyclopédique peut occuper au maximum douze leçons. À Gand, le conseil de la faculté de droit va même décider que seulement trois ou quatre leçons peuvent être consacrées à l'histoire.<sup>20</sup>

La loi du 1<sup>er</sup> mai 1857 sur les jurys d'examen pour la collation des grades académiques partage ce cours en « L'encyclopédie du droit » d'une part et « L'introduction historique au droit civil, l'explication des principes généraux du code civil » d'autre part.<sup>21</sup> Malheureusement ce dernier cours est une matière à certificats.<sup>22</sup> Il suffit donc d'un certificat qui constate que l'étudiant a suivi le cours, sans devoir passer un examen. Le projet initial prévoit cependant un cours de « droit civil élémentaire et histoire du droit civil ». Le résultat d'un cours à certificat est un compromis, puisque la section centrale veut supprimer ces matières.<sup>23</sup> Il est étonnant de voir, lors des discussions au parlement de cette loi, accentuer l'opposition du droit romain aux coutumes et au Code civil. Ainsi, le représentant Orts soutient à la Chambre, le 29 janvier 1857, que : « La tendance législative actuelle est de s'inspirer à la source coutumière de droit chaque fois qu'on réforme les codes. Toutes nos lois récentes s'éloignent de la législation romaine pour se rapprocher des coutumes, témoin notre réforme hypothécaire. Le Code Napoléon lui-même est loin de trouver ses principales origines dans le droit romain ». <sup>24</sup> On vient en effet de changer, par la loi du 16 décembre 1851, le régime hypothécaire du Code civil.<sup>25</sup> Déjà au début du XIX<sup>e</sup> siècle, lors de l'élaboration du Code, la Cour de Bruxelles avait critiqué ces articles dans ses observations sur le projet de Code civil.<sup>26</sup>

Au niveau de l'enseignement, la loi du 20 mai 1876 maintient le cours « L'encyclopédie du droit et l'introduction historique au cours de droit civil ». Il devient même obligatoire pour les candidats-notaires.<sup>27</sup> Le grand changement est l'abandon des cours à certificats.<sup>28</sup> Lors de la discussion du projet de loi dans la

<sup>19</sup> A.M. SIMON-VAN DER MEERSCH, « François Laurent, hoogleraar », J. ERAUW (e.a.) (eds.), *Liber Memorialis François Laurent.1810-1887*, Bruxelles, 1989, p. 175-176.

<sup>20</sup> L. VANDERSTEENE, *Geschiedenis van de Faculteit Rechtsgeleerdheid. Boek 1 : 1817-1940*, hoofdstuk 2. De tijd van de examenjury's. [www.law.ugent.be/decaan/geschiedenis/1-hoofdstuk-2.html](http://www.law.ugent.be/decaan/geschiedenis/1-hoofdstuk-2.html).

<sup>21</sup> *Moniteur belge*, 13 juin 1857.

<sup>22</sup> Article 15.

<sup>23</sup> *Chambre des représentants. Annales parlementaires*, 1856-1857, p. 599.

<sup>24</sup> *Chambre des représentants. Annales parlementaires*, 1856-57, séance du 29 janvier 1857, p. 603.

<sup>25</sup> *Moniteur belge*, 22 décembre 1851. F. STEVENS, « Der Code civil in Belgien seit 1804. Ein fester Halt », W. SCHUBERT & M. SCHMOECKEL, *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, Cologne, Weimar, Vienne, 2005, p. 217-218.

<sup>26</sup> *Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil*, Paris, an IX-X, t.1, p. 1-3; t.3, p. 32-124; *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de Code civil*, Paris, an X, p. 693-699.

<sup>27</sup> *Moniteur belge*, 24 mai 1876.

<sup>28</sup> P.KLUYSKENS, « De wet van 20 mei 1876. De universiteit kent voortaan zelf de academische graden toe », *Hoofdmomenten in de ontwikkeling van de Gentse rijksuniversiteit.1817-1967*, Gand, 1967, p. 49-57; E. IOSSA, *La loi du 20 mai 1876 sur la*

section centrale, un membre pose la question s'il ne convient pas « de faire une part plus large au droit national dans l'introduction historique au Code civil ». <sup>29</sup> Mais la réponse ne laisse aucun doute : « Le Code civil qui nous régit a ses racines dans l'ancien droit de France. Ce n'est que par la connaissance de son passé, c'est à dire de l'ancien droit français, que l'on peut se mettre à bien le comprendre. Aucun lien direct ne le rattache à notre ancien droit national ; la connaissance de ce dernier ne peut donc servir à l'éclairer. Ce n'est pas que l'histoire de notre ancien droit ne mérite pas d'être étudiée; mais ce ne peut être qu'à raison de son intérêt propre et essentiellement national; nullement comme préface et introduction à l'étude du Code civil. » <sup>30</sup>

La loi du 10 avril 1890 sur le programme des examens universitaires maintient le cours « L'introduction historique au droit civil » comme cours à part entière <sup>31</sup>. En vain, quelques représentants ont tenté d'y ajouter des amendements ajoutant un exposé des principes ou des notions générales du Code civil.

L'impact du Code Napoléon en Belgique est donc tel qu'il domine complètement l'enseignement de l'histoire du droit <sup>32</sup>. Mais il convient de souligner que le Code civil est également considéré comme un code « belge ». Dans un ouvrage collectif, *Patria Belgica*, François Laurent affirme même: « le Code civil procède des coutumes françaises et belgiques ». <sup>33</sup>

*La « Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de la Belgique »* <sup>34</sup>.

Que l'histoire du droit, et donc l'évocation d'un passé juridique glorieux, joue un rôle minimal dans l'enseignement universitaire, n'implique pas qu'elle n'a pas contribué à la création d'un sentiment national belge. En effet, un arrêté royal du 18 avril 1846 institue une Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de la Belgique. <sup>35</sup> Cette commission et ses activités s'inscrivent

---

*libre collation des grades académiques accordée aux universités*, mémoire inédit, Louvain, 1968.

<sup>29</sup> *Chambre des représentants. Documents*, 1875-1876, p. 41.

<sup>30</sup> *Chambre des représentants. Documents*, 1875-1876, p. 41.

<sup>31</sup> *Moniteur belge*, 24 avril 1890.

<sup>32</sup> A juste titre, Dirk Heirbaut souligne que le *Code Napoléon* est pour la Belgique en français la dernière version officielle du Code civil. Cela n'empêche que pour les juristes belges la dénomination usuelle est *Code civil*. La loi du 30 décembre 1961 établit la version néerlandaise officielle, ayant force légale. D. HEIRBAUT, « Introduction à l'édition cumulative du Code civil en Belgique : sources et méthodologie », HEIRBAUT & G. BAETEMAN (eds.), *Cumulatieve editie van het Burgerlijk wetboek. Edition cumulative du Code civil*, Gand, 2004, t.1, p. XC et XCIII.

Cf. F. LAURENT, « Droit civil », E. VAN BEMMEL (ed.), *Patria Belgica. Encyclopédie national ou exposé méthodique de toutes les connaissances relatives à la Belgique*, Bruxelles, 1873, t.2, p. 537.

<sup>33</sup> F. LAURENT, « Droit civil », VAN BEMMEL (ed.), *Patria Belgica [...]*, t.2, p. 543.

<sup>34</sup> G. VAN DIEVOET, « Histoire de la Commission », *Commission royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique*, 37, 1996, p. 14-40.

<sup>35</sup> *Pasinomie*, 1846, n°289, p. 227 et n.1.

R. JACOB, « Editer la loi. Positivisme juridique et histoire nationale au début du XIX<sup>e</sup> siècle », *Commission royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique*, 37, 1996, p. 164-168.

véritablement dans une évocation d'un passé national par l'histoire du droit, comme apparaît dans l'avis d'A. de Cuyper lors de la séance du 29 février 1856: «... il s'agit d'un véritable monument à élever à notre nationalité, de la publication de nos titres de famille belge, de toute notre législation historique, c'est-à-dire de ce qui constitue l'expression la plus haute et la plus fidèle de notre nationalité »<sup>36</sup>. Au départ, la commission est composée en majorité de membres de l'ordre judiciaire. Dans une contribution à l'occasion du cent-cinquantième de la Commission, Guido van Dievoet a indiqué que l'on peut douter des connaissances de l'histoire des institutions chez la plupart de ces membres. Il est à remarquer que Defacqz, qui enseigne l'histoire du droit et qui publie en 1846 les premières livraisons de son ouvrage *Ancien droit Belgique* ou que Warnkönig, qui avait enseigné à Liège, Gand et Louvain et qui avait été nommé membre de la Commission royale d'histoire en 1834, ne font pas partie de cette nouvelle Commission. La mission de cette Commission, qui ressort encore aujourd'hui sous le ministère de la Justice, est aussi d'ordre pratique, puisque dans plusieurs procès d'anciennes coutumes sont encore invoquées.

La majorité des ouvrages concernant l'histoire du droit du 19<sup>ième</sup> siècle est le résultat des travaux de la *Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de Belgique*. Même durant la deuxième moitié du 19<sup>ième</sup> siècle, cette commission reste pour une grande partie composée de magistrats importants: des procureurs-généraux, des anciens ministres de la Justice et anciens membres du Congrès national, des premiers présidents de la cour de cassation, des présidents de cour d'appel...<sup>37</sup>.

#### *L'apport des magistrats.*

Mais même en dehors des travaux de la commission, l'apport des magistrats à l'histoire du droit reste important. Ainsi, des auditeurs généraux près de la cour militaire, tel que de A. Robaulx de Soumoy ou P.A.F. Gérard, publient diverses contributions d'histoire du droit.<sup>38</sup>

Le particularisme et le provincialisme, éléments caractéristiques des Pays-Bas autrichiens, se reflètent également dans les publications concernant les anciennes provinces. M. Raoux, ancien conseiller au conseil souverain du Hainaut, publie en

---

<sup>36</sup> Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de la Belgique, *Procès-verbaux des séances*, III, p. 79.

<sup>37</sup> Pour une liste des membres, auteurs d'éditions de textes importants, *vide* : G. VAN DIEVOET, *Rapport [...]*, p. 44-56.

<sup>38</sup> A. DE ROUBEAUX DE SOUMOY, *Etude historique sur les tribunaux militaires en Belgique*, Bruxelles, 1857; « Tribunaux militaires », E. VAN BEMMEL (dir.), *Patria Belgica*, Bruxelles, 1874, t.2, p. 731; 'Les avocats en Belgique à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle', in : *La Belgique Judiciaire*, 1875, p. 1169. P.A.F. GÉRARD, *Histoire de la législation nobiliaire en Belgique*, Bruxelles, 1847; « Lettres sur l'histoire de la Belgique. Origine de la nationalité et des institutions belges », *Revue trimestrielle*, 1854, p. 26; « De l'origine des communes », *Revue trimestrielle*, 1857, p. 223; « De la loi salique et de son origine », *La Belgique Judiciaire*, 1863, p. 657; *Essai sur l'histoire des captations*, Bruxelles, 1865; *Etudes historiques et critiques sur la constitution belge, suivies du texte de cette loi fondamentale*, Bruxelles, 1809; « De l'origine de la féodalité », *Revue de Belgique*, 1871, p. 245; *Etude sur les origines féodales*, Bruxelles, 1873.

1833 un ouvrage concernant les coutumes du pays et comté du Hainaut.<sup>39</sup> En exécution des décisions du Conseil provincial du 18 juillet 1839 et du 17 juillet 1840, J.B. Bivort, directeur au ministère de l'Intérieur, publie les deux volumes de son *Recueil des chartes et coutumes qui ont régi la province du Hainaut*, qui complète son *Ancien droit Belgique*.<sup>40</sup> A. Borgnet, professeur à l'Université de Liège, publie plusieurs ouvrages concernant les institutions liégeoises.<sup>41</sup> Comme recteur de l'université, il prononce lors de la réouverture des cours, le 29 octobre 1849, un discours intitulé *Des causes qui distinguèrent les anciennes institutions politiques de la Belgique de celle de la France, et des résultats opposés par cette différence*.<sup>42</sup>

Néanmoins, la plupart des publications de magistrats concernant l'histoire du droit sont des mémoires couronnées. Ainsi J. Fréson, conseiller à la cour d'appel de Liège, publie un ouvrage couronné par l'Académie d'archéologie de Belgique sur la justice au 17<sup>ième</sup> siècle à Namur.<sup>43</sup> En 1874, A. Matthieu, juge au tribunal de première instance à Bruxelles, publie un ouvrage concernant le conseil de Flandre et un concernant le grand conseil de Malines, tous deux également couronnés par l'Académie d'archéologie de Belgique.<sup>44</sup> En 1873, l'Académie de Bruxelles couronne le mémoire de F.C.J. Grandgagnage, premier président de la cour d'appel de Liège, sur *L'influence de la législation civile française sur celle des Pays-Bas pendant le 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècle*.<sup>45</sup>

Mais il n'y a pas que des magistrats qui publient des mémoires sur l'histoire du droit, rédigés en réponse à des questions de concours de l'Académie royale de Belgique. En 1845, l'Académie des sciences, des lettres et des beaux-arts couronne le mémoire *Code de l'ancien droit Belgique, ou histoire de la jurisprudence et de législation, suivi de l'exposé du droit civil des provinces belgiques* de Britz, ancien fonctionnaire du ministère de la Justice et greffier du tribunal de première instance

<sup>39</sup> M. RAOUX, *Mémoire sur le rapport et la conformité de plusieurs points des anciennes coutumes et chartes du pays et comté de Hainaut, avec l'ancien droit romain antérieur à Justinien et au code Théodosien*, Bruxelles, 1833.

<sup>40</sup> J.B. BIVORT, *Ancien droit Belgique. Analyse chronologique des chartes, coutumes, édits, ordonnances et règlements qui, depuis l'an 1200, ont régi les diverses localités qui composaient le comté de Hainaut au moment de l'invasion française : 12 messidor an II (1<sup>er</sup> juillet 1794; avec des notes historiques et critiques*, Bruxelles, 1846; *Recueil des chartes, coutumes et des règlements, ordonnances et arrêtés d'administration générale qui ont régi la province du Hainaut, depuis l'an 1200 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1842. Deuxième partie contenant les règlements, ordonnances et arrêtés, depuis 1794 (12 thermidor an II), jusqu'en 1842. Troisième partie, comprenant les années 1842 à 1850 inclusivement*, Mons, 2 vol., 1843-1850.

<sup>41</sup> A. BORGNET, « De l'esprit des institutions municipales et de la centralisation dans la Belgique ancienne et moderne », *Revue de droit français et étranger*, 7, 1850, p. 580; « Introduction à une histoire des institutions politiques de l'ancien pays de Liège », *Le progrès pacifique*; « Vingt-quatre lettres inédites de Pierre Stockmans précédée d'une introduction historique », *Bulletin de la commission royale d'histoire*, 10, 1858, p. 371-457.

<sup>42</sup> A. BORGNET, *Des causes qui distinguèrent les anciennes institutions politiques de la Belgique de celle de la France, et des résultats opposés par cette différence*, Bruxelles, 1849.

<sup>43</sup> J. FRÉSON, *La justice au XVII<sup>e</sup> siècle dans le comté de Namur*, Bruxelles, 1873.

<sup>44</sup> A. MATTHIEU, *Histoire du grand conseil de Malines*, Bruxelles, 1874; *Histoire du conseil de Flandre*, Anvers, 1880.

<sup>45</sup> F.C.J. GRANDGAGNAGE, *L'influence de la législation civile française sur celle des Pays-Bas pendant le 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, 1831.

de Bruges.<sup>46</sup> Cette œuvre est une réponse à la question suivante, successivement remise au concours de 1842 à 1845 : « Les anciens Pays-Bas autrichiens ont produit des jurisconsultes distingués, qui ont publié des traités sur l'ancien droit Belgique, mais qui sont, pour la plupart, peu connus ou négligés. Ces traités, précieux pour l'histoire de l'ancienne législation nationale, contiennent encore des notions intéressantes pour notre ancien droit politique, et, sous ce double rapport, le jurisconsulte et le publiciste y trouveront des documents utiles à l'histoire nationale ». Dans leur rapport concernant ce mémoire, les rapporteurs insistent sur « l'immense travail que l'auteur a entrepris et qu'il a si heureusement, disons mieux si habilement exécuté ». Les rapporteurs ne s'attendent sans doute pas à voir cette dernière appréciation se vérifier dans un sens autre que celui qu'ils y donnent. Léon Hennebicq, dans un article concernant 'Les sciences juridiques en Belgique de 1830 à 1905, n'hésite pas de décrire Britz comme l'« élève et plagiaire » de Defacqz.<sup>47</sup> Dans un article récent, Philippe Godding conclut par contre que « qu'on ne peut parler de plagiat »<sup>48</sup>.

Déjà, en 1822, l'Académie royale de Bruxelles avait couronné un mémoire de Pycke, composé en réponse à la question : « Quel était l'état de la législation et des tribunaux dans les Pays-Bas autrichiens avant l'invasion des armées françaises et quels sont les changements que la révolution française et la réunion de ces provinces à la France ont opérés dans la législation et l'administration de la justice civile et criminelle ? »<sup>49</sup>.

Les travaux d'E. Poulet, professeur à l'Université de Louvain, sont à plusieurs reprises couronnés. Ainsi, il rédige en réponse à la question du concours de 1862, son *Histoire de la joyeuse entrée de Brabant et de ses origines* (Bruxelles, 1863) ; à celle de 1867 une *Histoire du droit pénal dans l'ancien duché du Brabant* (Bruxelles, 1867) ; à celle de 1869 son *Histoire du droit pénal dans le duché de Brabant, depuis l'avènement de Charles-Quint jusqu'à la réunion de la Belgique à la France, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle* (Bruxelles, 1869) ; à celle de 1871 un *Essai sur l'histoire du droit criminel dans l'ancienne principauté de Liège* (Bruxelles, 1874) ; à celle de 1873 *Les constitutions nationales belges de l'ancien régime à l'époque de l'invasion française de 1794* (Bruxelles, 1875), qui obtient le grand prix triennal de Stassart, décerné par l'Académie royale des sciences, lettres et beaux-arts de Belgique. En outre, E. Poulet a publié bon nombre d'ouvrages d'histoire du droit. Les nombreuses questions concernant l'histoire du droit « belge » mises au concours, sont néanmoins significatives pour l'intérêt de l'Académie pour cette histoire.

\*

<sup>46</sup> J. BRITZ, *Code de l'ancien droit Belgique, ou histoire de la jurisprudence et de législation, suivi de l'exposé du droit civil des provinces belgiques*, 2 vol., Bruxelles, 1847.

<sup>47</sup> L. HENNEBICQ, « Les sciences juridiques en Belgique de 1830 à 1905 », *Journal des tribunaux*, 27, 1908, col.550.

<sup>48</sup> PH. GODDING, « Britz, Jacques », *Nouvelle biographie nationale*, Bruxelles, 2001, t.6, p. 64-65.

<sup>49</sup> L. PYCKE, *Mémoire couronné en réponse à cette question proposée par l'Académie royale de Bruxelles : Quel était l'état de la législation et des tribunaux dans les Pays-Bas autrichiens avant l'invasion des armées françaises et quels sont les changements que la révolution française et la réunion de ces provinces à la France ont opérés dans la législation et l'administration de la justice civile et criminelle ?* (Mémoires couronnés de l'Académie royale de Bruxelles, t.4), Bruxelles, 1823.

### III — LES DISCOURS PRONONCÉS AUX AUDIENCES SOLENNELLES DE RENTRÉE DES COURS D'APPEL ET LE PASSÉ JURIDIQUE DE LA BELGIQUE.

Avoir des gloires et personnalités communes dans le passé, constitue un élément essentiel de la confirmation d'une nation. Souligner un passé juridique national fort semble même à certains moments l'objectif clef des discours prononcés aux audiences solennelles de rentrée des divers cours d'appel.<sup>50</sup> Les discours de rentrée de Jean-Joseph Raikem, procureur général à la cour d'appel de Liège, entre 1834 et 1844 ne traitent que de matières juridiques *sensu stricto*.<sup>51</sup> Mais, à partir de 1845 et jusqu'en 1866, chaque discours est dédié à un sujet d'histoire du droit, où il traite surtout des juristes liégeois et de l'histoire du droit liégeois.<sup>52</sup> Son successeur H. Beltjens ne parle, dans les années 1867-1873, que de sujets de droit positif. Dès

<sup>50</sup> Au 19<sup>ème</sup> siècle, la Belgique compte trois cours d'appel : la cour de Bruxelles, de Gand et de Liège. Concernant la Cour d'appel de Liège : J. GILISSEN, « L'ordre judiciaire en Belgique au début de l'indépendance (1830-1832) », *Journal des tribunaux*, 1983, p. 594; J.-P. NADRIN, *Hommes, normes et politiques. Le pouvoir judiciaire en Belgique aux premiers temps de l'indépendance (1832-1848)*, Université catholique de Louvain, dissertation inédite, Louvain-la-Neuve, 1994-1995, t.2, p. 333-346.

<sup>51</sup> Jean-Joseph Raikem (1787-1875). Licencié en droit de l'École de droit de Bruxelles en 1809, il exerce la fonction d'avocat, avant d'être nommé procureur général de la Cour de Liège, le 15 octobre 1830. Il exerce cette fonction jusqu'à son éméritat en 1867. Membre du Congrès national, il est élu à la Chambre des Représentants de 1831 à 1848. Il exerce la fonction de ministre de la Justice de 1831 à 1832 et de 1839 à 1840.

J. CONSTANT, « Le procureur général Raikem », *Journal des tribunaux*, 1969, p. 653-661; R. WARLEMONT, « Eraikem », *Biographie nationale*, Bruxelles, 1966, t.33, col.599-602.

<sup>52</sup> 15 octobre 1845 : *Charles de Méan, jurisconsulte liégeois*, Liège, 1845; 15 octobre 1846 : *Mathias Guillaume de Louvrex, jurisconsulte liégeois*, Liège, 1846; 15 octobre 1847 : *Le droit criminel de l'ancien pays de Liège*, Liège, 1847; 16 octobre 1848 : *Les anciennes juridictions civiles du pays de Liège*, Liège, 1848; 15 octobre 1849 : *Des coutumes du pays de Liège*, Liège, 1849; 15 octobre 1850 : *Institutions du pays de Liège*, Liège, 1850; 15 octobre 1851 : *L'ancien coutumier de Liège, connu sous le nom de Pauvillard*, Liège, 1851; 15 octobre 1852 : *De la juridiction ecclésiastique en matière civile dans l'ancien pays de Liège*, Liège, 1852; 15 octobre 1853 : *Des sources des coutumes particulières de la principauté de Stavelot*, Liège, 1853; 16 octobre 1854 : *Des coutumes du comté de Looz*, Liège, 1854; 15 octobre 1855 : *Des droits respectifs des époux, dans les anciens états du ressort de la cour de Liège*, Liège, 1855; 15 octobre 1856 : 15 octobre 1856 : *Origines des dispositions coutumières réglant l'ordre des successions dans le pays de Liège*, Liège, 1856; 15 octobre 1857 : *Etude sur la loi Charlemagne, ou la jurisprudence suivie au moyen-âge par les échevins de Liège*, Liège, 1857; 15 octobre 1858 : *Des institutions judiciaires de l'ancien pays de Liège*, Liège, 1858; 15 octobre 1859 : *Histoire des changements successifs apportés, en Belgique, à la législation qui régit les dispositions à cause de mort*, Liège, 1859; 15 octobre 1860 : *Des principes de l'appel dans l'ancien pays de Liège*, Liège, 1860; 15 octobre 1861 : *De l'enseignement de la science du droit dans l'ancien pays de Liège*, Liège, 1861; 15 octobre 1862 : *De la jouissance des droits civils, et spécialement de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile dans l'ancien pays de Liège*, Liège, 1862; 15 octobre 1863 : *Des anciennes institutions judiciaires liégeoises, connues sous le nom de l'Anneau du palais et du tribunal de la paix*, Liège, 1863; 15 octobre 1864 : *De l'ancienne institution judiciaire liégeoise appelée : Le tribunal des vingt-deux*, Liège, 1864; 16 octobre 1865 : *Des variations de la jurisprudence en matière de contrainte par corps dans l'ancien pays de Liège*, Liège, 1865; 15 octobre 1866 : *De la constitution de la famille dans l'ancien pays de Liège*, Liège, 1866.

1875, le procureur général U.Ernst reprend dans ses discours prononcés aux audiences solennelles de rentrée le fil historique. Ses discours entre 1875 et 1883 traitent de l'histoire du droit, surtout de l'histoire de l'organisation judiciaire du département de Liège pendant la période dite française.<sup>53</sup>

À la cour d'appel de Gand, la situation n'est pas réellement différente.<sup>54</sup> Dans ses discours, le procureur général Léonard Ganser traite en 1851 du conseil de Flandre, en 1852 de l'histoire de droit coutumier.<sup>55</sup> Des seize discours de rentrée de son successeur, le procureur général G.-J.-Ph. Wurth, prononcé entre 1861 et 1877, cinq ont comme sujet l'histoire du droit.<sup>56</sup>

À la cour d'appel de Bruxelles, le procureur général Charles Victor de Bavay tient entre 1844 et 1869 non moins de dix-neuf discours de rentrée sur des sujets d'histoire du droit.<sup>57</sup> Seulement six de ses discours n'ont pas un sujet historique. S'il

<sup>53</sup> 16 octobre 1875 : *Les officiers de justice du pays de Liège*, Liège, 1875; 15 octobre 1877 : *Organisation judiciaire du département de l'Ourthe (Première période)*, Liège, 1877; 15 octobre 1878 : *Organisation judiciaire du département de l'Ourthe (Deuxième période)*, Liège, 1878; 15 octobre 1879 : *De l'organisation judiciaire du département de l'Ourthe de 1799 à 1803*, Liège, 1879; 15 octobre 1880 : *La Cour de Liège sous Napoléon Ier*, Bruxelles, 1880; 15 octobre 1881 : *La Cour de Liège de Napoléon Ier à Léopold Ier*, Bruxelles, 1881; 17 octobre 1883 : *La cour des échevins au pays de Liège*, Bruxelles, 1883.

<sup>54</sup> La Cour d'appel de Gand est créée après la Révolution belge. *Vide* : J.-P.Nandrin, *Hommes, normes et politiques...*, t.2, p. 320-328.

<sup>55</sup> 19 octobre 1846 (inauguration du nouveau palais de justice) : *Le conseil de Flandre*, Gand, 1846; 16 octobre 1851 : *Le droit coutumier*, Gand, 1851.

Léonard Ganser (1791-1859). Docteur en droit de l'université de Gand (1823). Successivement substitut au tribunal de Louvain (1823), procureur au tribunal de Louvain (1830) et au tribunal de Gand (1831) avant de devenir procureur-général à la Cour d'appel de Gand en 1832. J.-P.NANDRIN, *Hommes, normes...*, t.4, p. 862; CH. G.F. VANDEWAL, *Zwart en rood of Wat een parketmagistraat lijden kan. Het turbulente leven van procureur-generaal Leonard Ganser (1791-1859)*, Gand, 1998.

<sup>56</sup> 20 octobre 1864 : *Étude historique sur la législation réglant le taux de l'intérêt*, Gand, 1864; 15 octobre 1868 : *Esquisse historique de la contrainte par corps*, Gand, 1868; 16 octobre 1871 : *Histoire de la législation sur l'autorité paternelle*, Gand, 1871; 15 octobre 1875 : *L'histoire de la peine*, Gand, 1875; 15 octobre 1877 : *Des origines historiques du droit d'appel*, Gand, 1877.

<sup>57</sup> 15 octobre 1844 : *Pierre Stockmans, jurisconsulte belge*, Bruxelles, 1844; 15 octobre 1845 : *Pierre Peckius, chancelier de Brabant*, Bruxelles, 1845; 15 octobre 1846 : *Van Espen, jurisconsulte et canoniste belge. Sa vie et ses travaux*, Bruxelles, 1846; 15 octobre 1847 : *Goswin de Wynants, conseiller de Brabant*, Bruxelles, 1847; 16 octobre 1848 : *Nicolas de Bourgoingne (Burgundus), conseiller de Brabant*, Bruxelles, 1848; 15 octobre 1849 : *Le conseil souverain de Brabant*, Bruxelles, 1849; 15 octobre 1850 : *Le grand conseil de Malines*, Bruxelles, 1850; 15 octobre 1851 : *Ferdinand de Boisschot, chancelier de Brabant*, Bruxelles, 1851; 15 octobre 1851 : *Josse de Damhouder, conseiller des domaines et des finances de Charles V et de Philippe II*, Bruxelles, 1852; 15 octobre 1853 : *Le procès du comte d'Egmont, avec pièces justificatives, d'après les manuscrits originaux trouvés à Mons*, Bruxelles, 1853; 15 octobre 1855 : *Troubles des Pays-Bas. Justice criminelle du duc d'Albe*, Bruxelles, 1855; 15 octobre 1856 : *Justice criminelle d'autrefois*, Bruxelles, 1856; 15 octobre 1858 : *Du pouvoir judiciaire en Belgique depuis la suppression des anciens tribunaux*, Bruxelles, 1858; 15 octobre 1859 : *De crime de sorcellerie*, Bruxelles, 1859; 15 octobre 1862 : *La peine de mort au point de vue pratique et historique*, Bruxelles, 1862; 15 octobre 1863 : *La peine de mort au point de vue pratique et historique. Objections et réfutation*, Bruxelles, 1863; 16 octobre 1866 : *Réglements judiciaires d'autrefois*, Bruxelles, 1866; 15 octobre 1868

en déroge, c'est souvent à la suite de l'actualité. Ainsi, en 1854, il traite de la procédure en matière de presse.<sup>58</sup> Au début des années cinquante, à la suite de tensions entre Napoléon et la Belgique, le problème de la liberté de la presse se propose de manière aiguë.<sup>59</sup> Dans son discours de rentrée de 1864, de Bavay prend position dans la discussion linguistique concernant l'emploi des langues en justice.<sup>60</sup> Il adhère à la thèse du procureur général près de la Cour de cassation Matthieu Leclercq qui considère l'emploi du flamand en justice inefficace, voir néfaste pour le « progrès et la civilisation ». <sup>61</sup> Accepter le français, le flamand, l'allemand... « est en un mot détruire l'unité nationale conquise au prix de tant de luttes et de souffrances ». <sup>62</sup> Le discours de de Bavay suscite de fortes réactions dans le mouvement flamand.<sup>63</sup>

Cet intérêt pour l'histoire du droit n'est pas un hasard. Ces procureurs généraux veulent par ce biais insister sur un passé juridique glorieux. Il s'inscrit dans ce que l'historien Jean Stengers a appelé « le grand siècle de la nationalité belge », bien que ce siècle ne dure que des années cinquante à septante du XIX<sup>e</sup> siècle.<sup>64</sup> La loi du 17 août 1873 réglant l'emploi du flamand en matière judiciaire peut être considérée comme la première brèche.<sup>65</sup> Les années 1870-1880 constituent en outre l'époque d'une lutte politique à outrance entre catholiques et libéraux.<sup>66</sup> Le parti catholique est travaillé par une vague ultramontaine, qui implique le rejet des libertés modernes garanties par la constitution. L'aile radicale du parti libéral réclame une révision du régime censitaire, régime qui est perçu comme le pilier central du maintien de la bourgeoisie au pouvoir.

Si les procureurs généraux près des trois cours d'appel traitent lors de leurs discours de rentrée de sujets concernant l'histoire du droit, ce n'est pas le cas à la cour de Cassation. Ceci nonobstant le fait que le procureur général Faider est inté-

---

: *Épisode judiciaire de l'ancien royaume des Pays-Bas (1815 à 1821)*, Bruxelles, 1868; 15 octobre 1869 : *Du régime de la presse sous l'ancien gouvernement des Pays-Bas*, Bruxelles, 1869. Charles Victor de Bavay (1801-1875). Docteur en droit de l'université de Liège (1823). Successivement avocat, substitut (1832) et procureur général à la Cour d'appel de Bruxelles (1844). Révoqué en 1870 par le ministre de la Justice Jules Bara à la suite de l'affaire Langrand-Dumonceau.

J.-P. NADRIN, *Hommes, normes [...]*, t.4, p. 851; R. PASSEMIERS, *Charles Victor de Bavay (1831-1875 : 'l'homme de tous les pouvoirs et de tous les ministres')*. *Proeve tot biografie van een parketmagistraat uit de 19de eeuw*, Gand, mémoire inédit, 1974.

<sup>58</sup> 16 octobre 1854 : *De la procédure en matière de presse*, Bruxelles, 1854.

<sup>59</sup> Souvent avec l'aide de réfugiés français, la presse belge multiplie ses attaques violentes contre Napoléon, ce qui entraîne un vif mécontentement des autorités françaises. J. STENGERS, « Léopold I<sup>er</sup> et la France au lendemain du coup d'État du 2 Décembre », *Les relations franco-belges de 1830 à 1934. Actes du Colloque de Metz. 15-16 novembre 1974*, Metz, 1975, p. 46.

<sup>60</sup> 15 octobre 1864 : *La question flamande dans ses rapports avec les affaires judiciaires*, Bruxelles, 1864.

<sup>61</sup> M.N.J. LECLERCQ, *De l'usage des langues parlées en Belgique*, Bruxelles, 1864.

<sup>62</sup> *La Belgique Judiciaire*, 1864, col. 81-84.

<sup>63</sup> H.J. ELIAS, *Geschiedenis van de Vlaamse gedachte*, Anvers, 1971, t.3, p. 35-37.

<sup>64</sup> J. STENGERS & E. GUBIN, *Le grand siècle de la nationalité belge* (Histoire du sentiment national en Belgique des origines à 1918, t.2), Bruxelles, 2002.

<sup>65</sup> J. STENGERS & E. GUBIN, *Le grand siècle [...]*, p. 91-94.

<sup>66</sup> E. WITTE E.A. (eds.), *Nieuwe geschiedenis van België*, Tiel, 2005, p. 349-499.

ressé par l'histoire du droit, comme prouvent ses publications. En 1834, il publie un *Coup d'œil historique sur les institutions provinciales et communales en Belgique*; en 1846 *De l'étude du droit coutumier en Belgique*; en 1848 *Ancien droit du Hainaut* et en 1871-78 les coutumes du pays et comté de Hainaut dans la *Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de Belgique* - et cette liste n'est pas exclusive. Mais aucun de ses discours de rentrée - à l'exception peut-être de son discours en 1884, lors de l'installation du conseiller Demeure, où il parle de la première année de la cour de cassation - ne traite de l'histoire du droit.

### III — « L'ÂME BELGE »

La personnalité d'Edmond Picard peut être considérée comme l'apogée de cette évolution.<sup>67</sup> Bien qu'il a enseigné à la faculté de droit de l'*Université nouvelle de Bruxelles* un cours «L'évolution historique du droit civil français, alias Introduction historique au droit civil» et publié un syllabus, intitulé *Evolution historique du droit civil dans les provinces belgiques*, ce brillant et flamboyant juriste génial ne peut être considéré comme un véritable historien du droit. Mais sa personnalité est caractéristique pour le milieu bruxellois de juristes belges à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.<sup>68</sup> Personnalité pleine de contrastes. Il est issu d'une famille de la haute bourgeoisie: son père est l'avocat parisien François David, qui a succédé à Defacqz à l'Université de Bruxelles pour le cours d'histoire du droit. Menant une vie de prince, il devient sénateur pour le parti socialiste. C'est un vrai touche-à-tout. Comme l'indique Jean Stengers, il est un des premiers à essayer de théoriser une fierté nationale belge. Dans un article «L'Âme belge», paru dans la *Revue encyclopédique* de Paris en 1897, Picard affirme l'existence d'une âme belge spécifique née «de la convivance des deux races sous une direction gouvernementale unique».<sup>69</sup> Cet effort de théorisation d'une âme belge correspond à une tentative d'écarter la langue comme fondement d'une nation. La Belgique vient en effet de faire ses premiers pas dans le bilinguisme.<sup>70</sup> Cette évolution s'inscrit en outre dans un courant européen. À l'opposé des théories allemandes basées sur la langue, la race, le sol et le sang,

<sup>67</sup> Edmond Picard (1836-1924). Juriste, avocat, politicien, journaliste, littérateur, promoteur des arts, académicien et antisémite. Il fonde en 1895 l'Université nouvelle de Bruxelles. L. DUPONT, « Edmond Picard 1836-1924 », FIJNAUT (ed.), *Gestalten uit het verleden. 32 rechtsvoorgangers in de strafrechtswetenschap, de strafrechtspleging en de criminologie*. Leuven/Deurne, 1993, p. 97-107; L. INGBER, « Edmond Picard : Du droit pur au droit nouveau », M. MAGITS (ed.), *Handelingen van het achtste Belgisch-Nederlands rechtshistorisch colloquium. Lopend rechtshistorisch onderzoek. Colloquium gehouden op 10 en 11 mei 1983 aan de Vrije Universiteit Brussel en de Université Libre de Bruxelles*. Anvers, 1984, p. 59-86; A. LICART & R. MERGET, *L'oeuvre d'Edmond Picard*, Bruxelles, 1937; A. PASQUIER, *Edmond Picard* (Collection Nationale 59), Bruxelles, 1945; F. RINGELHEIM, *Edmond Picard : jurisconsulte de race*, Bruxelles, 1999.

<sup>68</sup> E. VAN DIEVOET, E. *Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen. Bijdrage tot de vergelijkende rechtsgeschiedenis*. Anvers/La Haye, 1943, p. 123-154.

<sup>69</sup> M. DETIÈGE, *Edmond Picard, défenseur de 'l'âme belge'*, Virton/Namur, 1999; J. STENGERS & E. GUBIN, *Le grand siècle [...]*, p. 121.

<sup>70</sup> La première loi sur l'emploi de la langue flamande en matière judiciaire est la loi du 17 août 1873, *Moniteur belge*, 26 août 1873.

Ernest Renan avance la volonté des individus dans sa célèbre conférence à la Sorbonne en 1882 *Qu'est-ce qu'une nation ?*. Mais «l'âme belge » va très vite se voir opposer une « âme régionale » — flamande ou wallonne — qui se rapporte aux caractères supposés des Flamands et des Wallons. Un nouveau nationalisme s'annonce.



## LES DÉBUTS ET LE DÉVELOPPEMENT DE L'HISTOIRE DU DROIT EN AUTRICHE

MARIA ROSA DI SIMONE

En Autriche, après la deuxième guerre mondiale, l'intérêt pour l'histoire juridique des pays des Habsbourg a graduellement augmenté et s'est développé en plusieurs directions. La reprise des études en ce domaine est particulièrement significative si on la compare avec les résultats obtenus pendant le XIX<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Au cours de cette période, l'histoire du droit a été influencée par le problème de l'identité de l'État autrichien. Le caractère composite des pays administrés par les Habsbourg a représenté un important obstacle à l'établissement d'un tableau unitaire concernant les aspects politiques, culturels, sociaux et juridiques. D'ailleurs, l'accentuation de l'élément germanique, si elle peut bien avoir fourni un outil précieux d'unification et de simplification de l'histoire de l'évolution du droit, a néanmoins abouti à une évaluation insuffisante de l'individualité autrichienne en comparaison avec celle des autres États allemands<sup>1</sup>. Un autre obstacle est représenté par le fait que l'État autrichien d'aujourd'hui ne coïncide que partiellement avec les anciens domaines héréditaires (*Erbländer*).

L'exigence de connaître l'évolution du système juridique dans le territoire autrichien se manifesta très tôt, déjà dans la deuxième moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. En 1770, Lothar Friedrich Voss publia un recueil de lois locales pour en faciliter la connaissance et l'usage<sup>2</sup>. Si la comparaison avec le droit romain était très fréquente à l'époque, voire inévitable, on remarquera que dans cet ouvrage tous les paragraphes sont introduits par un préambule à caractère historique qui, par-delà son rôle subsidiaire, est important car il révèle l'intérêt que l'auteur porte à la recherche des racines du droit de son temps.

En 1771, Franz Ferdinand Scroetter, Studiendirektor à l'Université de Vienne, s'attela le premier à la tâche d'écrire une véritable histoire des institutions

---

*Professeur à l'Université de Teramo (Italie).*

<sup>1</sup> F. HEER, *Der Kampf um die österreichische Identität*, Wien-Köln-Graz 1981; F. FELLNER, *Die Historiographie zur österreichisch-deutschen Problematik als Spiegel der nationalpolitischen Diskussion*, dans *Österreich und die deutsche Frage im 19. und 20. Jahrhundert. Probleme der politisch-staatlichen und soziokulturellen Differenzierung im deutschen Mitteleuropa (Wiener Beiträge zur Geschichte der Neuzeit, 9)*, Wien, 1982, p. 33 s.; P. LOIDL, *Österreichbewusstsein. Gibt es in der österreichischen Rechtsgeschichte Identitätsstiftung und Identitätsverlust ?*, Thèse de Doctorat, Wien, 1999.

<sup>2</sup> L. F. VOSS, *Legum consuetudinumque austriacarum earum maxime, quae infra Anasum vigent, cum jure romano collatio ad ordinem Digestorum ab Joanne Ortiv. Westembergio expositorum accomodata*, Viennae, 1770.

autrichiennes, tout en se bornant au Moyen Âge<sup>3</sup>. À son époque il fut un défenseur acharné de la nécessité d'insérer l'histoire du droit dans les universités des Habsbourgs et, en fait, il parvint en 1775 à ce que le cours de *Reichs- und Staatsgeschichte* figure parmi les matières obligatoires de la faculté de jurisprudence. Au cours des leçons, qui traitaient du droit public de l'empire entier, les pays héréditaires faisaient l'objet d'une attention toute particulière<sup>4</sup>.

La nécessité de diffuser la connaissance et d'approfondir la recherche dans le domaine encore presque inconnu de l'histoire du droit autrichien fut également affirmée dans le livre publié par Schwabe en 1782<sup>5</sup>, où l'histoire et la statistique sont indiquées comme des sciences indispensables à la formation du juriste. Dans cet ouvrage, l'auteur considère le droit autrichien en tant que système autonome et particulier dans le cadre du vaste empire allemand. Il se pose en outre le problème du rapport entre le droit romain et le droit germanique dans la zone autrichienne et, tout en critiquant l'excessive importance donnée dans l'enseignement universitaire au *Corpus juris civilis* de Justinien, il reconnaissait le rôle fondamental que le droit romain avait jusque-là joué pour donner un caractère scientifique et ordonné à la jurisprudence allemande qui, autrement, en serait restée à l'état d'un ensemble chaotique de lois pratiques.

Ces premières tentatives reflètent un moment particulier de l'évolution de l'État des Habsbourgs. Il ne semble pas un hasard qu'elles datent de l'époque où se développent les réformes de Marie-Thérèse et de Joseph II. La recherche des racines juridiques naît au moment où les nombreuses et différentes parties de l'Empire sont en train de devenir un État plus unitaire et moderne et lorsque se forme un sentiment patriotique aux nuances particulières. À savoir, l'amour pour la patrie, d'après l'ouvrage *Ueber die Liebe des Vaterlandes* (1771) écrit par Joseph von Sonnenfels, un des plus importants protagonistes des réformes<sup>6</sup>, était surtout l'amour pour l'État,

<sup>3</sup> F. F. VON SCROETTER, *Versuch einer österreichischen Staatsgeschichte von dem Ursprunge Oesterreichs bis nach dessen Erhöhung in ein Herzogtum*, Wien, 1771.

<sup>4</sup> H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, dans *Sitzungsberichte der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse*, 239, 2. Abhandlung, Wien, 1962, p. 57-58; R. MEISTER, *Entwicklung und Reformen des österreichischen Studienwesens*, *ibidem*, 1. Abhandlung, Wien, 1963, p. 26 s.

<sup>5</sup> D. SCHWABE, *Versuch über die ersten Grundlinien des österreichischen Land-adelrechts nebst einem Versuche über die Deutsche Rechtsgeschichte überhaupt, und Österreichs insbesondere, dann einer Abhandlung über das Österreichische Rechts und Rechtsgelehrtheit überhaupt*, Wien, 1782.

<sup>6</sup> K. H. OSTERLOH, *Joseph von Sonnenfels und die österreichische Reformbewegung im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus*, Lübeck, Hamburg, 1970; G. REBUFFA, « Scienza del governo e problema penale nell'opera di Josef von Sonnenfels », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 1981, p. 37 s.; M. R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca nel Settecento*, Roma, 1984, p. 99 s.; W. OGRIS, « Joseph von Sonnenfels », dans W. BRAUNEDER (DIR.), *Juristen in Österreich 1200-1980*, Wien, 1987, p. 82 s.; H. REINALTER, éd., *Joseph von Sonnenfels*, Wien, 1988; W. OGRIS, « Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts », dans L. BERLINGUER et F. COLAO (dir.), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990, p. 459 s.; W. OGRIS, « Joseph von Sonnenfels als Rechtsreformer », *Sigismondo Moll e il Tirolo nella fase di superamento dell'antico regime*, Atti del convegno Rovereto 25-27 ottobre 1990, Trento, 1993, p. 57 s.; W. OGRIS, « Joseph von Sonnenfels 1733-1817 », J. VON SONNENFELS, *Grundsätze der Politzey*, W. OGRIS (éd.), München, 2003, p. 261 s..

ses institutions et ses lois qui permettaient de réaliser à travers une bonne administration les conditions favorables à la jouissance des droits naturels et d'une vie heureuse. Et puisque les lois étaient considérées comme l'élément le plus important pour définir l'idée de patrie, leur histoire avait une importance remarquable pour renforcer le sentiment patriotique.

Cela dit, après ce début prometteur, l'historiographie juridique ne suivit pas un développement aussi important. La mort prématurée de Schroetter, qui avait été un défenseur de l'histoire dans les études de droit, en fut sans aucun doute une cause, mais davantage encore le renforcement des tendances rationalistes à l'université pendant le règne de Joseph II. En effet, les théories du droit naturel moderne n'avaient pas pu se répandre en Autriche depuis la deuxième moitié du XVII<sup>e</sup> jusqu'au début du XVIII<sup>e</sup> siècle parce qu'elles étaient un produit intellectuel issu du milieu protestant et par conséquent elles étaient vigoureusement contrecarrées par les Jésuites qui à l'époque avaient le contrôle sur l'éducation du pays entier.

Ce fut la réforme universitaire de 1753 qui changea cette situation en écartant les Jésuites et en introduisant de nombreuses nouveautés dans l'organisation et dans les cursus. Entre autres choses, on introduisit l'enseignement du droit naturel qui devint le principal pilier des études juridiques. Le professeur de cette discipline, Carlo Antonio de Martini, qui était un très actif promoteur des réformes ainsi que l'auteur d'un grand projet de code civil<sup>7</sup>, encouragea en 1792 la modification du cursus de la Faculté de droit dans le sens d'une limitation de l'importance de la *Deutsche Rechtsgeschichte*, dont l'enseignement fut donc circonscrit à la première année. Martini avait lui-même publié un petit livre d'histoire du droit romain<sup>8</sup>, mais il ne devait servir que pour compléter et enrichir l'étude du *Corpus juris civilis*, tandis que le droit local n'avait pour lui ni grande importance ni dignité académique. En outre, suivant un idéal typique de la pensée des Lumières, il estimait que dans un pays où les lois étaient désormais claires, rationnelles, et sans contradictions, loin de pouvoir les interpréter l'histoire ne pouvait plus jouer qu'un rôle secondaire et à caractère introductif, tandis que la méthode philosophique et la connaissance du droit naturel étaient indispensables pour donner aux élèves les principes pour légiférer correctement.

Cette orientation fut suivie aussi par Franz von Zeiller, élève de Martini, qui est

---

<sup>7</sup> M. R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica*, cit., p. 65 s.; H. SCHLOSSER, « Karl Anton von Martini zu Wasserberg », *Juristen in Österreich*, ouv. cit., p. 77 s.; G. KLEINHEYER, J. SCHRÖDER, « Karl Anton Freiherr von Martini (1726-1800) », dans ID., *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3<sup>e</sup> éd., Heidelberg, 1989, p. 174 s.; A. A. CASSI, « Diritto e politica nelle *De lege exercitationes sex* di Carlo Antonio Martini », *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LXVI, 1993, p. 149 s.; M. HEBEIS, *Karl Anton von Martini : (1726-1800); Leben und Werk*, Frankfurt am Main, 1996; A. A. CASSI, *Il "bravo funzionario" absburgico tra Absolutismus e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)*, Milano 1999; H. BARTA, R. PALME, W. INGENHAEFF (éds), *Naturrecht und Kodifikation, Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998*, Wien, 1999; R. PANCHERI, *Carlo Antonio Martini. Ritratto di un giurista al servizio dell'Impero*, Trento, 2000; H. BARTA, G. PALLAVER, G. ROSSI, G. ZUCCHINI (dir.), *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800)*, 2 *Colloquio europeo Martini, Trento, 18-19 ottobre 2000*, Trento, 2002.

<sup>8</sup> C. A. DE MARTINI, *Ordo historiae Juris Civilis in usum auditorii vulgatus*, Vindobonae, 1755.

considéré comme le principal auteur du code civil autrichien de 1811<sup>9</sup>, le *Allgemeines Österreichisches Gesetzbuch (ABGB)*. Celui-ci accentua le caractère technique et anti-historique de la faculté de jurisprudence dans un projet de 1808 qui inspira largement la réforme de 1810 dans laquelle l'histoire du droit fut abolie presque complètement. Cette circonstance ainsi que l'entrée en vigueur du code civil, qui devint rapidement le centre autour duquel tournait tout entière l'instruction des futures juristes, donnèrent à la culture juridique de l'Empire des Habsbourgs une empreinte assez différente de celle de la plupart des pays germaniques, où des tendances anti-rationalistes, historicistes et contraires à la codification étaient en train de s'affermir. Friedrich Carl von Savigny exprima une opinion défavorable au sujet de la réforme universitaire autrichienne de 1810, en estimant que les études historiques après la réception de l'ABGB seraient encore plus importants qu'avant pour assurer une science juridique riche et vitale et éviter de la réduire comme en France, à un exercice plat et mécanique d'interprétation littérale du texte<sup>10</sup>. D'après quelques historiens modernes, même la fin du Saint Empire (1806) aurait exercé une certaine influence sur la tendance autrichienne à se différencier de l'école historique allemande.

En fait, les prévisions de Savigny se réalisèrent et surtout après la mort de Zeiller (1828), la science juridique tourna très vite au simple commentaire servile des normes. Il s'agit là d'un phénomène très proche de celui qui, en France, avait donné lieu à l'école de l'Exégèse<sup>11</sup>.

Pendant les années de la Restauration, le conservatisme de Metternich n'était pas favorable aux changements et l'enseignement, comme la doctrine, continuèrent à se borner à l'interprétation des sources normatives de l'Empire. Ce n'est que vers la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle que cette situation de stagnation commença à changer. Déjà, dans les années Quarante, on put ouvrir des cours extraordinaires d'histoire du droit grâce à l'initiative de quelques autodidactes enthousiastes de la matière, tels que

<sup>9</sup> C. VON WURZBACH, *Biographisches Lexicon des Kaisertums Österreich*, LIX, Wien, 1890, p. 283 s.; E. SWOBODA, *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehre Kants*, Graz, 1962, p. 36 s.; H. CONRAD, *Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preußens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts*, Köln-Opladen, 1961, p. 39 s.; H. E. STRAKOSCH, *State absolutism and the rule of law. The struggle for the codification of civil law in Austria 1753-1811*, Sidney, 1967, p. 205 s.; W. SELB et H. HOFMEISTER (DIR.), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Wien-Graz-Köln, 1980; G. OBERKOFER, « Franz Anton Felix von Zeiller 1751-1828 », *Juristen in Österreich*, ouv. cit., p. 97 s.; U. FLOßMANN, « Zeiller, Franz von », *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, V, Berlin, 1998, coll. 1637 s.; W. INGENAEFF, « Martini als Lehrer Zeillers », *Naturrecht und Kodifikation*, ouv. cit., p. 261 s.; F. DESPUT et G. KOCHER (DIR.), *Franz von Zeiller, Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermärkischen Landesbibliothek am 30. 11. 2001 aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages*, Graz, 2003.

<sup>10</sup> F. K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 140 s.

<sup>11</sup> H. LENTZE, « Austrian Law Schools and Legal History », *Essays in Legal History in Honor of Felix Frankfurter*, Indianapolis-Kansas City-New York, 1966, p. 159 s.; W. OGRIS, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1968, p. 6; ID., « Die historische Schule der österreichischen Zivilistik », *Festschrift Hans Lentze. Zum 60. Geburtstag dargebracht von Fachgenossen und Freunden*, Innsbruck-München, 1969, p. 449 s.

Anton Schuler, Johann Nepomuk Berger, Joseph von Würth<sup>12</sup>. Parmi ceux-ci, on considère Emil Franz Rössler comme l'un des plus réputés : il réussit à donner en 1846-1847 un cours d'histoire du droit à l'Université de Vienne et, pour cela, il renonça à une carrière académique déjà entamée à Prague.

Il publia en cette occasion des études<sup>13</sup> où il déclare que ce genre de recherche est très utile même au niveau de la pratique, étant donné qu'en grande partie le droit civil, pénal et processuel en vigueur en Autriche était, encore à son époque, plus proche de l'ancien droit germanique que du droit romain. Il faut également signaler l'ouvrage de Moritz von Stubenrauch, *Bibliotheca juridica austriaca*, Wien 1847, qui contient en ordre alphabétique les auteurs de l'Empire qui avaient écrit des essais de droit par le passé. À la même époque, un professeur de droit canonique et romain à l'Université de Vienne, August Chabert, commença à élaborer un travail de large envergure visant la reconstruction des nombreux aspects de l'histoire juridique de l'Empire entier à partir des origines pré-romaines<sup>14</sup>. Malheureusement il mourut à l'âge de trente ans et cela empêcha bien évidemment l'achèvement de son ouvrage, dont il ne put que rédiger la partie initiale, qui arrive jusqu'à Charles le Gros. Il est considéré par certains historiens d'aujourd'hui comme le fondateur de l'histoire autrichienne du droit<sup>15</sup> mais il fallut attendre bien des années encore avant que cette discipline pût entrer officiellement dans les universités.

Ce fut la révolution de 1848 qui déclencha une nouvelle et profonde réflexion concernant l'organisation des facultés de jurisprudence : la racine idéologique des insurrections ayant été ramenée par les autorités à l'esprit rationaliste qui dominait l'instruction supérieure, l'enseignement de l'histoire parut, par conséquent, comme le moyen le plus efficace pour corriger les tendances libérales des étudiants. En 1855 fut approuvée la réforme du ministre de l'instruction publique Leo Thun-Hohenstein qui était hostile aux théories relevant du droit naturel et voulait former des juristes conservateurs, catholiques et participant de l'évolution de la science juridique allemande<sup>16</sup>. L'histoire du droit fut ainsi insérée à nouveau dans les cursus. Mais il ne s'agissait plus de celle que les écrivains autrichiens avaient commencé à construire de façon autonome : bien au contraire, elle était maintenant moulée sur le système allemand. Ainsi, des professeurs comme Emil Franz Rössler et Anton Hye

<sup>12</sup> H. LENTZE, « Graf Thun und die deutsche Rechtsgeschichte », *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, LXIII, 1955, p. 500 s.

<sup>13</sup> E. F. RÖSSLER, *Über die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Österreich*, Prag, 1847.

<sup>14</sup> A. CHABERT, « Bruchstück einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutschösterreichischen Länder », *Denkschriften der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, philosophisch-historische Classe, III, 2, Wien, 1852, p. 47 s.

<sup>15</sup> H. VON VOLTELINI, « Die österreichische Reichsgeschichte, ihre Aufgaben und Ziele », *Deutsche Geschichtsblätter*, II, 4, 1901, p. 97 s., p. 99; H. BALTL, « Dr. August Chabert und die österreichische Rechtsgeschichte », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, G. A., CIII, 1986, p. 276 s..

<sup>16</sup> H. LENTZE, « L'insegnamento della storia del diritto nella riforma degli studi universitari promossa dal ministro austriaco von Thun e l'istituzione di una cattedra a Pavia e Padova », *Archivio storico lombardo*, III, 1951-52, p. 291 s.; H. LENTZE, *Graf Thun und die deutsche Rechtsgeschichte*, ouv. cit.; ID., *Die Universitätsreform*, ouv. cit.; ID., « Die germanistischen Fächer an der juristischen Fakultät der Universität Wien », *Studien zur Geschichte der Universität Wien*, II, Graz-Köln, 1965, p. 61 s.; R. MEISTER, *Entwicklung und Reformen*, ouv. cit., p. 77 s..

von Glunecq, qui défendaient l'indépendance de la tradition historique du pays des Habsbourgs, furent écartés de l'enseignement tandis qu'on appela à occuper la nouvelle chaire de *Deutsche Reichs-und Rechtsgeschichte* le catholique conservateur Georg Phillips qui avait été professeur à Berlin et à Munich et qui poursuivait le programme grand-allemand.

Le ministre Thun aspira surtout à établir une étroite liaison avec l'école historique allemande et à mettre en valeur les éléments communs : de sorte que le développement d'une histoire du droit autrichien fut encore une fois bloqué. En effet, pendant les années qui suivirent la réforme de 1855 la production historiographique fut bien mince. Mais il faut de toute façon signaler, au cours des années Cinquante et Soixante, les recherches sur l'Université de Vienne de Kink, Tomaschek et Aschbach<sup>17</sup>, celles sur la codification civile de Harras von Harrasowsky<sup>18</sup>, l'ouvrage de Domin Petrushevecs qui est la première tentative de dresser un tableau complet de la discipline à partir de Marie-Thérèse<sup>19</sup>. Il faut également rappeler comment le tournant dû à Thun impulsa le développement de la discipline en Italie où l'on avait déjà manifesté de l'intérêt pour elle, surtout au Piémont, sans pourtant lui assurer une place convenable dans l'enseignement universitaire. En effet, dans le Royaume lombard-vénitien qui faisait partie de l'Empire, les universités étaient réglementées d'après le système autrichien : par conséquent en 1857 une chaire d'histoire du droit fut créée à Pavie, destinée à Antonio Pertile que le gouvernement autrichien avait fait étudier à Vienne à dessein.

C'est seulement vers la fin du siècle, après la création de la chaire de *Österreichische Rechtsgeschichte* en 1893, qu'on peut envisager une certaine reprise des études. Suivant l'exemple de Domin-Petrushevecs, entre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> des traités d'ensemble furent publiés qui portaient de l'époque romaine ou du Moyen-Age et arrivaient jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle en se concentrant notamment sur les structures publiques et l'administration, qui demeuraient les sujets les plus étudiés<sup>20</sup>. Mais on commença également à s'occuper du droit pénal<sup>21</sup>,

<sup>17</sup> R. KINK, *Die Rechtslehre an der Wiener Universität. Geschichtliches Fragment als Beitrag zur österreichischen Rechtsgeschichte*, Wien, 1853; ID., *Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien*, 2 voll, 3 tomes, Wien, 1854; J. A. TOMASCHEK, « Über zwei ältere Rechtsgutachten der Wiener Universität », *Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, philosophisch-historische Classe, XXXIV, 1860, p. 58 s.; J. ASCHBACH, *Geschichte der Wiener Universität*, 3 vol., Wien, 1865-1888.

<sup>18</sup> PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes*, Wien, 1868.

<sup>19</sup> A. VON DOMIN-PETRUSHEVECS, *Neuere Österreichische Rechtsgeschichte*, Wien, 1869.

<sup>20</sup> E. VERUNSKY, *Österreichische Reichs-und Rechtsgeschichte. Ein Lehr-und Handbuch*, Wien, 1894; A. BACHMANN, *Lehrbuch der österreichischen Reichsgeschichte. Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts*, Prag, 1895; A. HUBER, *Österreichische Reichsgeschichte. Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts*, A. DOPSCH éd., Wien, 1895, 2<sup>ème</sup> éd., Wien 1901; A. LUSCHIN VON EBENGREUTH, *Österreichische Reichsgeschichte (Geschichte der Staatsbildung, der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechts)*, Bamberg, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., Bamberg 1914; ID., *Grundriss der österreichischen Rechtsgeschichte*, Bamberg, 1899, 2<sup>ème</sup> éd., Bamberg, 1918.

<sup>21</sup> F. BILOFF, *Das Verbrechen der Zauberei (crimen magiae). Ein Beitrag zur Geschichte der Strafrechtspflege in Steiermark*, Graz, 1902; E. KWIATOWSKI, *Die Constitutio criminalis Theresiana. Ein Beitrag zur thesianischen Reichs-und Rechtsgeschichte*, Innsbruck, 1904; H. HOEGEL, *Geschichte des österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer*

des tribunaux<sup>22</sup>, des rapports entre l'État et l'Église<sup>23</sup>, et de la réception du droit romain dans les territoires des Habsbourgs<sup>24</sup>.

Le premier centenaire de l'ABGB (1911) représenta une occasion pour réfléchir sur ses origines et son importance ainsi que pour approfondir les recherches sur le droit privé. On publia un ouvrage de plusieurs auteurs qui offre encore aujourd'hui beaucoup de matériaux intéressants<sup>25</sup> et on continua à enrichir les connaissances en ce domaine à travers plusieurs études<sup>26</sup>.

Pendant ces mêmes années, la *Österreichische Akademie der Wissenschaften* amorça la publication d'une importante série de volumes (qui, à l'heure actuelle, sont encore en cours de publication), consacrés à recueillir les *Weistümer* et les *Urbare*, à savoir les anciennes et caractéristiques expressions du droit coutumier autrichien qui fournissent aux historiens modernes un instrument incontournable

---

*Erläuterung seiner grundsätzlicher Bestimmungen*, 2 vol., Wien, 1904-1905; ID., *Freiheitsstrafe und Gefängniswesen in Österreich von der Theresiana bis zur Gegenwart*, Graz, 1916.

<sup>22</sup>A. LUSCHIN VON EBENGREUTH, *Geschichte der älteren Gerichtswesen in Österreich ob und unter der Enns*, Weimar, 1879; . VON MAGES, *Die Justizverwaltung in Tirol und Vorarlberg in den letzten hundert Jahren*, Innsbruck, 1887; M. F. VON MAASBURG, *Geschichte der obersten Justizstelle in Wien (1749-1848)*, Prag, 1879; J. STERNADT, « Materialien zur Geschichte der Entwicklung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens in den alten Vierteln des Landes ob der Enns bis zum Untergange der Patrimonialgerichtsbarkeit », *Archiv für Österreichische Geschichte*, XCVII, 1909, p. 161 s.; E. PLANER, *Recht und Richter in den innerösterreichischen Ländern Steiermark, Kärnten und Krain*, Graz, 1911; O. STOLZ, « Geschichte der Gerichte Deutschtirols », *Archiv für Österreichische Geschichte*, CII, 1913, p. 83 s.

<sup>23</sup>L. WAHRMUND, *Das Kirchenpatronatrecht und seine Entwicklung in Österreich*, 2 vol., Wien, 1894-1896; H. VON SRBIK, *Die Beziehungen von Staat und Kirche in Österreich während des Mittelalters*, Innsbruck, 1904; J. R. KUSEJ, *Joseph II. und die äussere Kirchenverfassung Innerösterreichs*, Stuttgart, 1908; G. HOLZKNECHT, *Ursprung und Herkunft der Reformideen Kaiser Josefs II. auf kirchlichem Gebiete*, Innsbruck, 1914.

<sup>24</sup>T. VON SARTORI-MONTECROCE, *Beiträge zur österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte. Über die Reception der fremden Rechte in Tirol und die Tiroler Landes-Ordnungen*, Innsbruck, 1895; C. CHORINSKY, *Beiträge zur Erforschung österreichischer Rechtsquellen*, Wien, 1896; V. HASENÖHRL, « Beiträge zur Geschichte der Rechtsbildung und der Rechtsquellen in den österreichischen Alpenländern bis zur Rezeption des römischen Rechtes », *Archiv für Österreichische Geschichte*, XCIII, 1905, p. 249 s.; TH. MOTLOCH, « Landesordnungen geschichtlich und Landhandfesten », *Österreichisches Staatswörterbuch*, 2<sup>ème</sup> éd., III, Wien, 1907, p. 331 s.

<sup>25</sup>*Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2 vol., Wien, 1911

<sup>26</sup>C. CHORINSKY, *Das Vormundschaftsrecht Österreichs vom 16. Jahrhundert bis zum Erscheinen des Josephinischen Gesetzbuches*, Wien, 1878; R. BARTSCH, *Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter. Geschichtliche Entwicklung ihrer persönlichen Stellung im Privatrecht bis in das 18. Jahrhundert*, Leipzig, 1903; R. BARTSCH, « Das eheliche Güterrecht in der *Summa Raymundus* von Wiener-Neustadt », *Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, philosophisch-historische Classe, CLXVIII, 1911, VII Abhandlung; A. DOPSCH, « Zur Geschichte der patrimonialen Gewalten in Niederösterreich », *Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung*, XXIX, 1908, p. 594 s.; V. HASENÖHRL, « Beiträge zur Geschichte des deutschen Privatrechts in den österreichischen Alpenländern », *Archiv für Österreichische Geschichte*, XCVII, 1909, p. 1 s..

pour mener des recherches sur les droits locaux.

Dans l'ensemble, au cours de la période qui précède la première guerre mondiale on assiste à un grand essor en plusieurs directions mais le domaine privilégié a sans aucun doute été celui du droit public, et notamment la formation de l'État, du système administratif et bureaucratique et de l'organisation judiciaire, tandis que les travaux sur le droit privé et sur les sources du droit ont été beaucoup moins nombreux et bien plus fragmentaires. Presque complètement absente a été la recherche portant sur la science juridique, ou bien sur les juristes et leurs doctrines, de même que le droit pénal et processuel n'a pas été très attractif.

Entre les deux guerres mondiales, la situation ne changea guère. L'élan qui s'était produit entre la fin du XIX<sup>e</sup> et le commencement du XX<sup>e</sup> siècle perdit de son intensité et la production historiographique fut moins florissante : on ne publia plus d'autres grands travaux d'ensemble et les efforts se portèrent plutôt sur l'approfondissement des institutions locales.

Il ne faut pas oublier pourtant que ce fut l'époque où commença à opérer Otto Brunner qui, en 1929, publia un vaste volume consacré à l'administration financière de la ville de Vienne<sup>27</sup> dans lequel sont visées les nombreuses institutions urbaines (telles que la police, les tribunaux, les écoles, la santé, la poste, le système des sources normatives etc.) en mettant l'accent sur la liaison entre le droit et les aspects sociaux et humains. Mais justement de par sa méthode, Brunner n'est pas considéré à proprement parler comme un historien du droit et occupe une position autonome et particulière dans le cadre de l'historiographie de son temps.

Un autre ouvrage important qu'il est nécessaire de rappeler est *Das österreichische Staats-und Reichsproblem*, publié en trois tomes entre 1920 et 1926 par Joseph Redlich qui était un politique et un expert de droit administratif plutôt qu'un historien.

Sans aucun doute, la chute et le démembrement de l'empire avaient causé une crise d'identité qui se reflétait sur les études. L'unification avec l'Allemagne réalisée par l'*Anschluss* (1938), par laquelle l'Autriche perdait son indépendance, créa un climat assez peu favorable à la continuation des recherches qui avaient été entamées à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle justement dans le but de définir à travers l'histoire l'individualité de la monarchie des Habsbourgs.

Après la guerre et le recouvrement de l'indépendance et de la souveraineté nationale, dans le cadre du renouvellement général au niveau politique et intellectuel, on sentit l'exigence de poursuivre les études d'histoire du droit. Significatif à cet égard fut, en 1950, l'article du jeune professeur Hermann Baltl, où l'auteur soutenait la nécessité, pour l'Autriche, de se rendre autonome de l'historiographie allemande et de rechercher les caractères spécifiques et particuliers du développement juridique autrichien afin d'atteindre une conscience renouvelée du pays<sup>28</sup>. En effet, depuis, l'histoire du droit a fait de gros progrès et s'est beaucoup enrichie de recherches abordant des sujets ignorés ou peu connus auparavant.

Il m'est impossible maintenant de dresser un tableau complet de ces progrès et je me bornerai à quelques indications d'ensemble.

---

<sup>27</sup> O. BRUNNER, *Die Finanzen der Stadt Wien von den Anfängen bis ins 16. Jahrhundert*, Wien, 1929.

<sup>28</sup> H. BALTL, « Über die Notwendigkeit einer österreichischen Rechtsgeschichte » *Juristische Blätter*, LXXII, 17, 1950, p. 397 s..

Le droit public et l'histoire de l'administration ont gardé leur importance et dans ce domaine il faut souligner les ouvrages d'ensemble de Otto Stolz : *Grundriss der österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte. Ein Lehr- und Handbuch*, Wien, 1951, de Ernst Hellblin : *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien-New-York 1974, partant de l'époque romaine et arrivant à la constitution actuelle, de Wilhelm Brauner et Friedrich Lachmayer : *Österreichische Verfassungsgeschichte* qui parut en 1976 et qui en est à la neuvième édition en 2003, de Oskar Lehner : *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte mit Grundzügen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Linz 2002 qui envisage avec soin particulier l'époque moderne et contemporaine, de Hermann Baltl : *Österreichische Rechtsgeschichte* qui a connu de nombreuses éditions jusqu'à nos jours (on est arrivé à la dixième en 2004) et qui est très utilisée dans les universités : elle part de la préhistoire et traite aussi des sources du droit, des institutions économiques et sociales ainsi que du droit privé, tout en donnant un aperçu global mais cependant assez complet des différents aspects de la discipline.

On a continué les recherches sur le Moyen Âge, mais l'intérêt pour l'âge moderne et contemporain a de plus en plus augmenté et l'on a prêté grande attention aux réformes majeures du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>29</sup>, à l'évolution du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>30</sup> ainsi qu'aux problèmes du XX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire de la fin de la Monarchie jusqu'à la création de l'actuelle République<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> F. WALTER, *Die thesesianische Staatsreform von 1749*, Wien, 1958; G. KLINGENSTEIN, *Staatsverwaltung und kirchliche Autorität im 18. Jahrhundert*, München, 1970; E. BRADLER-ROTTMANN, *Die Reformen Kaiser Josephs II.*, Goppingen, 1973; W. OGRIS, « Maria Theresia judex », *Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, philosophisch-historische Klasse, CX, 1973, p. 232 s.; W. OGRIS, « Joseph II : Staat und Rechtsreformen », *Im Zeichen der Toleranz. Aufsätze zur Toleranzgesetzgebung des 18. Jahrhunderts in den Reichen Joseph II., ihren Voraussetzungen und ihren Folgen. Eine Festschrift*, Wien, 1981, p. 109 s.; G. KLINGENSTEIN, « Riforma e crisi : la monarchia austriaca sotto Maria Teresa e Giuseppe II. Tentativo di un'interpretazione », *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo. Strutture e tendenze di storia costituzionale prima e dopo Maria Teresa*, par le soin de P. SCHIERA, Bologna, 1981, p. 93 s.; W. OGRIS, *Recht und Macht bei Maria Theresia, Tätigkeitsbericht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften 1980-1981*, Wien, 1982, p. 9 s.; W. OGRIS, « Maria Theresia und die Entfaltung des Absolutismus in Österreich », *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, Firenze, 1982, II, p. 867 s.; *Étatisation et bureaucratie. Staatswerdung und Bürokratie*, Symposium der Österreichischen Gesellschaft zur Erforschung des 18. Jahrhunderts, M. CSÁKY et A. LANZER, éd., Wien, 1990.

<sup>30</sup> H. STURMBERGER, *Der Weg zum Verfassungsstaat. Die politische Entwicklung in Oberösterreich von 1791-1861*, Wien, 1962; *Der österreichisch-ungarische Ausgleich von 1867. Vorgeschichte und Wirkungen*, P. BERGER éd., Wien, 1967; G. STOURZH, *Kleine Geschichte des österreichischen Staatsvertrages mit Dokumententeil*, Graz-Wien-Köln, 1975; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Die Überleitung von Herrschafts. verhältnissen am Beispiel Österreichs*, Wien-New York, 1982.

<sup>31</sup> F. ERMACORA, CHR. WIETH, *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen, Analysen und Materialien*, Wien, 1982; U. KLUGE, *Der österreichische Ständestaat 1934-1938. Entstehung und Scheitern*, München, 1984; R. WALTER, *Die Entstehung des Bundesverfassungsgesetzes 1920 in der konstituierenden Nationalversammlung*, Wien, 1984; R. OBERDIEK, *Parteien und Verfassungsfrage in Österreich. Die Entstehung des Verfassungsprovisoriums der Ersten Republik 1918-1920*, Wien, 1987; K. BERCHTOLD (dir.), *Die Verfassungsreform von 1925*, Wien, 1992; W. GOLDINGER, D. A. BINDER, *Geschichte der*

Parmi les sujets qui ont été le plus étudiés on soulignera les rapports entre l'État et l'Église, les institutions des villes, l'organisation des tribunaux, le droit pénal. L'histoire du droit privé a fait de grands progrès grâce aux recherches de Gunter Wesener sur la condition des fils naturels et sur la succession<sup>32</sup>, de Wilhelm Brauner sur les rapports patrimoniaux entre les conjoints, sur le droit des personnes, de la famille et des obligations<sup>33</sup>, et grâce aux volumes d'ensemble de Gernot Kocher : *Österreichische und deutsche Privatrechtsgeschichte*, Graz 1978 et de Ursula Floßmann : *Österreichische Privatrechtsgeschichte* qui a paru la première fois en 1983 et qui en est arrivé, en 2005, à la cinquième édition. Une nouveauté remarquable a été pendant les dernières années l'intérêt pour l'histoire de la condition juridique de la femme, à laquelle Ursula Floßmann a consacré plusieurs études et un important ouvrage d'ensemble<sup>34</sup>.

Les recherches concernant les sources du droit ont reçu une grande impulsion et en particulier le phénomène de la codification privée, pénale et du procès a été approfondi en de nombreuses publications<sup>35</sup> ; la réception du droit romain en

---

*Republik Österreich 1918-1938*, Wien-München, 1992; W. PUTSHECK, *Ständische Verfassung und autoritäre Verfassungspraxis in Österreich 1933-1938 mit Dokumentenanhang*, Frankfurt am Main, 1993; H. SCHAMBECK( éd.), *Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich. Entwicklung und Gegenwartsprobleme*, 2 vol., Berlin, 2003; H. WOHNOUT, *Regierungsdiktatur oder Ständenparlament ? Gesetzgebung im autoritären Österreich*, Wien-Köln-Graz, 1993; H. RUMPLER et P.URBANITSCH (dir.), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, VII, *Verfassung und Parlamentarismus*, 2 vol., Wien, 2000; H. WOHNOUT, *Regierungsdiktatur oder Ständenparlament? Gesetzgebung im autoritären Österreich*, Wien-Köln-Graz, 1993; W. BRAUNEDER, *Deutsch- Österreich 1918. Die Republik entsteht*, Wien, 2000; F. ERMACORA, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920*, 5 vol., Wien, 1986-1993.

<sup>32</sup> G. WESENER, *Geschichte des Erbrechtes in Österreich seit der Rezeption*, Graz-Köln, 1957; G. WESENER, « Die Stellung des Kindes im Recht der altösterreichischen Länder (vom Mittelalter bis zum ABGB) », *L'enfant.(Recueils de la Société Jean Bodin, t.XXXXVI)*, Bruxelles, 1976, p. 453 s.; G. WESENER, *Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich (vom Mittelalter bis zur Gegenwart)*, *ibidem*, p. 493 s.

<sup>33</sup> W. BRAUNEDER, *Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit*, München, 1973; W. BRAUNEDER, *Studien II : Entwicklung des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1994.

<sup>34</sup> U. FLOßMANN, « Das neue Familienrecht.Frauenfragen und Reformschwerpunkte im historischen Abriß », dans U. FLOßMANN (dir.), *Offene Frauenfragen in Wissenschaft Recht Politik*, Linz, 1991, p. 165 s.; U. FLOßMANN (dir.), *Nationalsozialistische Spuren im Recht.Ausgewählte Stolpersteine für ein selbstbestimmtes Frauenleben*, Linz, 1999; U. FLOßMANN, « Geschlechterdifferenz und persönliche Ehwirkungen in historischer Perspektive », dans U. FLOßMANN et al. (dir.), *Wahnsinnsweiber? Weiberwahnsinn? Wer braucht Feminismus ? Erweiterte Dokumentation des 6. Linzner AbsolventInnen-tages*, Linz 2000, p. 147 s.; U. FLOßMANN (dir.), *Sexualstrafrecht.Biträge zum historischen und aktuellen Reformprozeß*, Linz, 2000; U. FLOßMANN, *Frauenrechtsgeschichte : ein Leitfaden für den Rechtsunterricht*, Linz, 2004.

<sup>35</sup> G. KOCHER, *Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtscodifikation. Die Oberste Justizstelle und das allgemeine Privatrecht in Österreich von 1749-1811*, Wien-Köln-Graz, 1979; N. SCHOIBL, *Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts*, Frankfurt am Main-Bern-New-York, 1987; O. LEHNER, *Familie – Recht – Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert*, Wien-New York, 1987; W.

Autriche est aujourd'hui bien mieux connue grâce aux recherches de Winfred Stelzer, Otmar Hageneder et Gunter Wesener<sup>36</sup>. Même dans le domaine de la science juridique on a avancé avec des études, des ouvrages collectifs et des congrès sur plusieurs grands juristes comme Franz Klein, Karl Renner, Hans Kelsen<sup>37</sup> et en continuant les études sur les universités<sup>38</sup>.

En 1991 a paru un volume de plusieurs auteurs en honneur de Herman Baltl : *Die*

---

OGRIS, *175 Jahre ABGB. Eine Bilderfolge in Fünfzehn «Hauptstücken»*, Wien, 1987/87; W. BRAUNEDER, «Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811», *Gutenberg-Jahrbuch*, LXII, 1987, p. 205 s.; ID., *Studien, II : Entwicklung des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1994; W. OGRIS et G. MÁTHÉ (dir.) *Die Entwicklung der österreichischungarischen Strafrechtskodifikation im XIX-XX Jahrhundert*, Budapest, 1996; E. C. HELLBLING, *Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Theresiana*, I. REITER éd., Wien, 1996; *Naturrecht und Kodifikation*, ouv. cit.; W. OGRIS, « Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches (ABGB) », dans W. OGRIS, *Elemente europäischer Rechtskultur. Rechtshistorische Aufsätze aus den Jahren 1961-2003*, Th. OLECHOWSKI (éd.), Wien, Köln, Weimar 2003, p. 311 s..

<sup>36</sup> O. HAGENEDER, *Die geistliche Gerichtsbarkeit in Ober- und Niederösterreich. Von den Anfängen bis zum Beginn des 15. Jahrhunderts*, Graz-Wien-Köln, 1967; W. STELZER, *Gelehrtes Recht in Österreich. Von den Anfängen bis zum frühen 14. Jahrhundert* («Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichts-Forschung», Ergänzungsband XXVI), Wien-Köln-Graz, 1982; G. WESENER, *Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16. bis 18. Jahrhundert)*, Wien-Köln, 1989.

<sup>37</sup> G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, 1981; H. HOFMEISTER (dir.), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926). Leben und Wirken*. Beiträge des Symposiums Franz Klein zum 60. Todestag, Wien, 1988; U. DAVY, H. FUCHS, H. HOFMEISTER, J. MARTE, I. REITER (dir.), *Nationalsozialismus und Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Wien, 1990; A. LANGER, *Männer um die österreichische Zivilprozessordnung 1895. Zusammenspiel und soziales Ziel*, Frankfurt am Main 1990; G. SCHMITZ, *Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitische Folgen*, Wien, 1991; W. BRAUNEDER, *Leseverein zu Wien 1840 bis 1990*, Wien, 1992.

<sup>38</sup> F. GALL, *Alma mater Rudolphina 1365-1965. Die Wiener Universität und ihre Studenten*, 3<sup>a</sup> ed. Wien, 1965; *Studien zur Geschichte der Universität Wien*, 9 vol., Graz, Köln, 1965-1974; F. HUTER, «Die Anfänge der Innsbrucker Juristenfakultät (1671-1686)», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, G. A., LXXXV, 1968, p. 223 s.; G. KLINGENSTEIN, «Vorstufen der thesesianischen Studienreform in der Regierungszeit Karls VI.», *Mitteilungen des Instituts für österreichischen Geschichtsforschung*, LXXVI, 1968, p. 327 s.; ID., «Despotismus und Wissenschaft. Zur Kritik norddeutscher Aufklärer an der österreichischen Universität», *Formen der europäischen Aufklärung (Wiener Beiträge zur Geschichte der Neuzeit, III)*, Wien, 1976, p. 126 s.; K. EBERT, *Die Grazer Juristenfakultät im Vormärz. Rechtswissenschaft und Rechtslehre, an der Grazer Hochschule zwischen 1810 und 1848*, Graz, 1969; G. WESENER, *Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, I : Römisches Recht und Naturrecht*, Graz, 1978; H. REINALTER, «Le riforme universitarie in Austria al tempo di Maria Teresa», dans A. DE MADDALENA, E. ROTELLI, G. BARBARISI (dir.), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, III, *Istituzioni e società*, Bologna, 1982, p. 829 s.; G. OBERKOFER, P. GOLLER, *Geschichte der Universität Innsbruck (1669-1945)*, 2<sup>ème</sup> éd., Frankfurt am Main, 1996; S. LICHTMANNEGER, *Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck 1945-1955*, Frankfurt am Main, 1999.

*österreichische Rechtsgeschichte. Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven*, sous la direction de Hans Konstantin Faussner, Gernot Kocher et Helfried Valentinitzsch. Il est consacré à l'état présent et aux perspectives futures de l'histoire du droit autrichien et nous permet de connaître la place importante que notre matière occupe désormais dans les cursus universitaires et dans la culture historique du pays. Au centre du débat il y a encore le problème complexe de l'identité qui n'a pas encore été résolu puisque l'opinion de Baltl, qui continue à défendre l'exceptionnalité de l'expérience autrichienne, n'est pas acceptée par tous ses collègues.

Les grands développements des dernières années ont été réalisés en suivant l'idée d'un caractère spécifique et autonome du droit autrichien dans le contexte allemand ; aujourd'hui, le problème des rapports avec l'Europe et du rôle que les territoires des Habsbourgs y ont joué devient de plus en plus important. Ça pose de nouvelles questions et ouvre de nouvelles perspectives qui pourraient faire ultérieurement avancer la recherche.

DEMETRE ALEXANDRESCO,  
HISTORIEN DU DROIT ET FONDATEUR  
DE LA DOCTRINE CIVILISTE ROUMAINE MODERNE

MIRCEA-DAN BOCSAN

Le thème proposé en 2005 pour les Journées internationales de la Société d'histoire du droit présente un grand intérêt pour le droit roumain : cent quarante ans se sont écoulés depuis la mise en vigueur du code civil d'inspiration française ; un code dont la réception a constitué le sujet de ma communication l'année passée, à Rotterdam. J'ai montré à cette occasion comment ces dispositions n'ont pas été immédiatement assimilées en Roumanie. En effet, le nouveau code civil roumain est entré en vigueur le 19 janvier 1865, mais on l'a vu appliqué d'une manière exacte et complète seulement après la première guerre mondiale. Deux raisons se trouvent à l'origine de cette situation : en premier lieu, les textes trop modernes du nouveau code, son langage trop étranger au sens commun de la majorité rurale ont rendu difficile sa réception<sup>1</sup>. Puis, la doctrine roumaine n'était pas, en 1865, apte à commenter et interpréter les nouveaux textes. C'est précisément dans ce contexte que l'activité de Démètre Alexandresco est intervenue. Maintenant, quand quatre vingt ans se sont écoulés depuis sa disparition, les considérations qui suivront entendent lui rendre un pieux hommage.

Après les détails biographiques, les contributions d'Alexandresco seront analysées, en tenant compte le contexte dans lequel elles sont intervenues.

1— Démètre Alexandresco est né à Yassi (capitale de la Moldavie) en 1850, dans un moment important de l'histoire roumaine: juste après la révolution de 1848 et juste avant l'Union des Principautés extra-carpatiques (la Moldavie et la Valachie) de 1859. La lutte pour l'indépendance et l'unité des territoires habités par les Roumains était à l'ordre du jour. Ces objectifs étaient conjugués avec les efforts de modernisation sociale et économique qui, après 1750, se sont orientés vers le modèle français<sup>2</sup>.

---

*Docteur en droit, Faculté de droit de l'Université « Babés-Bolyai », Cluj-Napoca (Roumanie)*

<sup>1</sup> Grigore I. ALEXANDRESCU, *Studiu asupra obiceiurilor juridice ale poporului român și teoria viitorului cod civil (Etude sur les usages juridiques du peuple roumain et la théorie du futur code civil)*, Galatzi, 1896; Ion PERETZ, « In marginea codului civil (A la périphérie du code civil) », *Curierul judiciar (Le courrier judiciaire)*, 1922, p. 273 s.

<sup>2</sup> ANDREI RADULESCU, « Îzvoarele dreptului civil (Les sources du droit civil) », *Enciclopedia României (L'encyclopédie de la Roumanie)*, t.I, Bucarest, 1938, cap. VII, p. 371 (partiellement reproduit dans *Pagini din istoria dreptului românesc (Pages d'histoire du droit roumain)*, éd. par Irina R. DULESCU-VALASOGLU, Edition de l'Académie Roumaine, Bucarest, 1970, p. 172 s.).

La grande majorité des étudiants roumains se dirige vers Paris, et Alexandresco a procédé de la même manière : élève du Lycée Pilat de Lemberg (Galicie), puis du Lycée Napoléon (aujourd'hui Henri IV) à Paris, il obtient son baccalauréat ès lettres à la Sorbonne (1870) et s'inscrit à la Faculté de droit de Nancy. Après avoir lutté comme volontaire dans la Légion des amis de la France commandée par le général belge Van der Meer, il termine toutefois ses études juridiques à Paris. Sa passion pour le théâtre le ramène au Conservatoire d'art dramatique et il joue quelques rôles sur la scène de l'Odéon. Alexandresco revient en Roumanie, où il occupe entre 1875 et 1900 différentes positions : magistrat, avocat et secrétaire général du ministre de la Justice. Mais, pendant toutes ces années, il trouvera sa vraie vocation dans l'écriture juridique et dans l'enseignement. Même s'il a occupé des hautes fonctions dans la magistrature (procureur et puis, en 1900, conseiller à la Cour de cassation de Bucarest), il y renonce pour se dédier à l'enseignement : nommé professeur de droit civil à Yassi en 1890, il a illustré sa chaire jusqu'à la mort, le 11 février 1925.

2 — Son retour en Roumanie ne signifie point la cessation des relations avec la France. Il vit dans une période où l'influence législative, doctrinaire et jurisprudentielle française est à son apogée ; l'influence institutionnelle française sur la Roumanie est aussi généralisée. C'était une époque où les professeurs à Bucarest et à Yassi parlaient entre eux uniquement en français, même si les cours étaient dispensés en roumain.

Un tel contexte explique la publication par Alexandresco d'un ouvrage qui faisait état des principaux traits du droit roumain, en informant le public français intéressé. Le livre paraît premièrement à Louvain et à Bucarest, et encore une fois en 1898, à Paris et à Bucarest : *Droit ancien et moderne de la Roumanie – étude de législation comparée*. Deux aspects attirent notre attention : c'est le premier livre de ce genre publié à l'époque et la première étude de synthèse sur l'histoire du droit roumain. Car le dernier chapitre (« Sources du droit », p. 466-489) contient un aperçu sur l'évolution de notre ancien droit écrit et non écrit jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

Pourquoi ce chapitre dédié à l'histoire du droit roumain ? La réponse nécessite une analyse contextuelle. Dès la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, la société roumaine s'était engagée dans un procès de rattrapage historique, en vue de moderniser sa vie et ses structures. Dans le domaine juridique, on voit ce mouvement dans l'avènement des codes structurés d'après les modèles occidentaux et contenant des réglementations d'inspiration ouest-européenne<sup>3</sup>. Le droit écrit roumain était traditionnellement fondé sur les sources byzantines. Dès la troisième décennie du XIX<sup>e</sup> siècle, on voit ces sources progressivement abandonnées en faveur des modèles occidentaux. Par conséquent, les codifications des années 1847-1866 écartent presque toute trace de l'ancien droit roumain. De nombreuses difficultés en ont découlé : le code civil moderne est longtemps resté lettre morte et les intellectuels roumains appartenant aux cercles conservateurs ont élaboré la théorie des formes sans fond<sup>4</sup>. En général, les juristes roumains sont arrivés à demander une

<sup>3</sup> RADULESCU, ouv. cité; VALENTIN AL. GEORGESCU, *Istoria dreptului românesc (Histoire du droit roumain)*, coord. par Ion CETERCHI, t.II/1 par Dumitru FIROIU et Liviu P. MARCU, Edition de l'Académie Roumaine, Bucarest, 1984, p. 89.

<sup>4</sup> Trois études fondamentales doivent être citées ici. La première, même si trop radicale et défaitiste dans ses conclusions, est celle de Constantin G. DISSESCOU, « L'influence du code

révision des codes, afin de les accorder aux réalités autochtones. Les recherches sur l'histoire du droit étaient indispensables pour accomplir ce but, Alexandresco étant un des premiers à entamer les fouilles dans le passé juridique.

Ses conclusions, incluses dans *Droit ancien et moderne de la Roumanie* méritent une attention spéciale. Elles sont les premières d'une telle envergure ; en interprétant les faits et les sources, Alexandresco a eu des intuitions confirmées par les recherches ultérieures : par exemple, l'origine romaine de l'ancien droit coutumier roumain. Une précision est nécessaire : la publication intégrale et critique de notre droit écrit a été réalisée beaucoup plus tard, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle ; cette circonstance augmente les mérites d'Alexandresco et excuse ses quelques erreurs d'appréciation. Il a été donc un pionnier et pas seulement pour l'histoire du droit...

3 — Car, ledit chapitre n'est qu'une variante ultérieure de l'introduction à ses commentaires sur le droit civil. Pourquoi Alexandresco a-t-il senti le besoin d'expliquer le code civil roumain ? On a précisé, dès le début, la situation précaire de la doctrine roumaine par rapport au nouveau code. Il y a plusieurs explications pour cette situation. Une partie des juristes roumains ont été choqués par ses textes ; leur logique est restée impénétrable pour les anciens magistrats — c'est-à-dire, pour ceux qui n'avaient pas suivi des études juridiques en France, Belgique ou en Italie. Quant aux juristes éduqués en Occident, beaucoup d'entre eux étaient occupés : ils devaient répondre aux besoins de la vie politique du jeune État roumain. Ces circonstances expliquent l'absence, jusqu'en 1886, de commentaires roumains compréhensifs et originaux sur le nouveau code civil. En ajoutant aussi l'absence de travaux préparatoires, on peut facilement comprendre pourquoi Marcadé, Baudry-Lacantinerie et Laurent sont devenus les principaux auteurs utilisés dans la pratique. On a abouti de cette manière à des solutions paradoxales : par exemple, des textes corrigés ou tout simplement modifiés par notre législateur ont reçu dans la jurisprudence roumaine leur interprétation française originale<sup>3</sup> ! On est allé donc contre les textes.

Ceci explique pourquoi, après 1865, toute une série d'auteurs ont dépensé de généreux efforts afin de mieux expliquer et adapter les nouveaux codes aux réalités autochtones; ils ont cherché une *via regia* entre les textes, les traditions coutumières toujours régnautes et l'état des conceptions juridiques en Roumanie. Le grand mérite revient à des juristes comme Alexandre Degré (conseiller à la Cour de cassation), Constantin Dissescu (professeur à l'Université de Bucarest et fondateur du droit

---

civil français en Roumanie », *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, t.II, p. 849 s. (trad.roum. – « Influenta codului civil francez în România », *Dreptul (Le Droit)*, 1904, p. 557 s.). La deuxième est celle de Vespasian ERBICEANU, « Codul civil francez și aplicarea lui în România (Le code civil français et son application en Roumanie) », *Dreptul (Le Droit)*, 1904, p. 637 s. et 1905, p. 9 s., demeure plus équilibrée et donne une image réaliste. Enfin : Leontin Jean CONSTANTINESCO, « Roumanie », *L'influence du code civil dans le monde – Travaux de la semaine internationale de droit, Paris 1950*, Éditions A. Pedone, Paris, 1954, p. 678-684 – une recherche exceptionnelle – à notre avis, la plus documentée – mais qui, par une présentation exclusiviste, exagère la pèsanteur de l'influence française.

<sup>3</sup> Andrei RADULESCU, « Cultura juridică românească în ultimul secol. Discurs rostit la 3 iunie 1922... (La culture juridique roumaine pendant le dernier siècle. Discours prononcé le 3 juin 1922) », *Académie Roumaine. Discours de réception (LIII)*, Cultura Nationala, Bucarest, 1923, p. 40-49 (partiellement reproduit dans *Pagini [...], cité ci-dessus*, p. 80 s.).

constitutionnel et du droit administratif roumain) et Démètre Alexandresco. Par l'entremise d'annotations, d'études et de conférences publiques, ils ont posé les fondements d'un véritable droit roumain.

Le premier commentaire complet et originel sur le nouveau droit civil roumain a commencé sa parution en 1886. Le 15 août 1884, en écrivant la préface, Alexandresco envisageait la rédaction d'un ouvrage synthétique et accessible en quatre ou cinq volumes. Mais, une fois engagé, l'œuvre comptera onze tomes, qui sont parus jusqu'en 1915. À partir de 1906, il revient sur quelques parties de son travail et une deuxième édition voit le jour. Dans ce second tirage, les tomes I et II sont révisés et les tomes III, IV et VIII paraissent en deux volumes. Le titre est évocateur : *L'explication théorique et pratique du droit civil roumain, en comparaison avec les anciennes lois roumaines et les principales législations étrangères*. Dans une époque où Marcel Planiol, en France, se prononçait en faveur des recherches sur l'histoire du droit, Alexandresco aussi explique les institutions du droit civil en tenant compte de leur évolution historique. Il y a toutefois une différence entre les deux. Par une telle recherche, le professeur parisien voulait trouver des solutions aux problèmes posés, après 1880, par la nécessaire adaptation du droit civil aux nouvelles réalités. Alexandresco faisait appel à l'évolution historique pour éclairer les juristes roumains sur les raisons et le fonctionnement des institutions ; il voulait aussi déterminer ce qui restait de l'ancien droit autochtone et identifier ce qui pourrait être retenu pour une éventuelle révision du code roumain. Chaque explication accorde une place primordiale au droit romain, suit l'évolution dans l'ancien droit français et – s'il y a le cas – allemand, analyse soigneusement les réflexions byzantines dans les anciennes lois écrites roumaines. De cette manière, les lecteurs ont reçu une perspective évolutive sur le nouveau code. Il étudie aussi les travaux préparatoires français, pour expliquer les textes traduits mot à mot dans le code roumain.

Quant à la méthode suivie, Alexandresco appartient à l'école de l'Exégèse. Son attitude est explicable, compte tenu de l'orientation de la doctrine à l'époque. En plus, les commentaires de Laurent venaient d'être publiés et les observations critiques formulées par Victor Marcadé dans son *Explication* du code civil français ont beaucoup influencé les rédacteurs du code civil roumain. Donnons la parole à l'auteur : « J'ai adopté la méthode exégétique pour deux raisons : 1. Parce qu'elle me semble la plus opportune pour montrer les différences parfois énormes entre notre texte et ce français. Ces différences échappent parfois au juge, car on a souvent observé comment nos tribunaux appliquent la loi française, tout en croyant avoir appliqué la loi roumaine. 2. Parce qu'il sera plus facile au lecteur de trouver rassemblées pour chaque texte les questions et les difficultés auxquels il a donné naissance ».

Une analyse attentive nous révèle Alexandresco dépassant toutefois les contraintes exégétiques. Il utilise le droit comparé, ses capacités polyglottes lui octroyant l'accès au droit civil italien, allemand, belge, espagnol, portugais et brésilien. Fondé sur son expérience d'avocat, il admet partiellement le point de vue exprimé par Henri Capitant sur le rôle créateur de la jurisprudence. Personnalité encyclopédique, il croyait à l'authenticité sociologique de la littérature ; on trouve souvent dans son ouvrage des arguments extraits de la littérature pour critiquer les institutions juridiques.

En conclusion : *L'Explication théorique et pratique du droit civil roumain* a suivi

dans l'intention de l'auteur des fins éminemment pratiques. La méthode suivie, les analyses historiques et la comparaison des solutions données sur les codes modernes nous montrent cette intention, et, l'absence de toute référence à la philosophie du droit ne fait que la renforcer. Alexandresco a souhaité écrire une œuvre vouée à faciliter l'assimilation du code civil d'inspiration étrangère dans son pays d'adoption.

4 — En réalité, le travail accompli a dépassé le but initial. Sa propension pour l'histoire du droit a stimulé la recherche dans ce domaine. On a vu les résultats plus tard, quand les projets successifs (de 1940, 1971 et 1982) pour la révision du code civil roumain ont constamment valorisé notre ancien droit. On a vu les résultats au cours des années cinquante et soixante, quand le collectif spécialisé de l'Académie Roumaine a publié toutes les sources de l'ancien droit écrit roumain. Le grand traité sur l'histoire du droit roumain, publié par la même Académie en trois volumes entre 1980-1984 est le couronnement d'un mouvement scientifique auquel Alexandresco a apporté sa contribution.

Pour le droit civil roumain, Alexandresco est un des fondateurs. Ses travaux ont constitué un fort appui pour le développement original de la jurisprudence roumaine. On l'a vu commencer son activité à une époque où, à la suite de l'adoption d'une législation peu adaptée à nos mœurs et traditions juridiques, la jurisprudence roumaine n'était qu'un pâle reflet de la française. Son explication du droit civil et son étude sur le droit roumain ancien et moderne ont offert un riche matériel historique, doctrinaire et jurisprudentiel ; ceux qui ont voulu participer à l'application pratique et au développement théorique de la science juridique ont pleinement bénéficié<sup>6</sup>. Comme en France, les tribunaux ont su combler les lacunes, corriger les erreurs législatives et adapter le code aux nécessités du temps<sup>7</sup>.

Au plan législatif, les propositions *de lege ferenda* faites par Alexandresco ont beaucoup influencé les mesures prises pour améliorer la position de la femme mariée (1932), le régime successoral du conjoint survivant (1944) et la situation des enfants naturels (1954). Ses critiques constantes vis-à-vis de la situation des dites personnes ont été fondées sur des arguments historiques : l'ancien droit roumain, écarté dans cette matière par le code d'inspiration française, leur accordait une situation plus équitable. Il s'est prononcé en faveur du caractère contractuel de la responsabilité patronale et a influencé les mesures législatives prises pour la protection des salariés. Un des contemporains a très bien compris l'attitude d'Alexandresco : « le réflexe social de son œuvre juridique est la recherche de la joie sublime d'apporter tous les gens à la plénitude de l'humanité »<sup>8</sup>.

L'œuvre d'Alexandresco a stimulé la réflexion civiliste roumaine originale. Conçu comme un outil pratique, son traité est en réalité une inestimable recherche scientifique, dont la complexité et la profondeur restent, malheureusement, encore inégalées.

<sup>6</sup> Vespasian V. PELLA, « Discours [...] enterrement », *Curierul judiciar (Le courrier judiciaire)*, n°7/1925, p. 104.

<sup>7</sup> Pour des détails, v. AURELIAN IONASCU, « Saptzecișicinci de ani de cod civil (Soixante-quinze ans de code civil) », *Analele Facultății de Drept din Cluj (Annales de la Faculté de Droit de Cluj)* 1940-1942, p. XI.

<sup>8</sup> Ion PETROVICI, « Discours [...] enterrement » *Curierul judiciar (Le courrier judiciaire)* » n°7/1925, p. 103-104.

Marcel Planiol, Henri Capitant, André Weiss, Rossel et Mentha ont cité Alexandresco. Les contemporains l'ont surnommé « Laurent de la Belgique de l'Est ». C'est aussi très intéressant comment, en Roumanie, les doctrinaires communistes agressifs des années cinquante ont répudié tous les auteurs « réactionnaires », sauf Alexandresco.

Lors de sa soixante-dixième anniversaire, un des invités disait : « Ils ne sont pas très nombreux ceux qui ont contribué – dans une mesure quelconque – à la fondation d'une science juridique roumaine. Mais ils sont bien rares ceux dont le nom soit perpétuellement attaché à l'existence et au développement de cette science. Sans doute, à la tête de ces bienheureux se trouve et se trouvera pour longtemps le nom du plus infatigable et dévoué d'entre eux : Démètre Alexandresco » (A.J. Suci).

Vingt ans après sa mort, en 1945, un des grands professeurs et avocat de Bucarest, Istrate Micesco, disait : « En concluant, je ne pourrais faire davantage qu'évoquer – comme je l'ai déjà fait – ce cultivateur d'idées, ce causeur sans égal, cette figure qui représente toute la clarté du génie français dans la pensée et tout l'esprit roumain dans l'expression, et, qu'admirer la synthèse suprême qu'il a su réaliser entre ces deux forces, en faisant d'une science conçue comme internationale une science nationale »<sup>9</sup>.

#### Bibliographie

- « Dimitrie Alexandresco », *Jurisprudenta generală (Jurisprudence générale)* » n°. 6/1925, p.161-162 ; *Dreptul (Droit)* , n°7/1925, p.47-107
- « Înmemorarea regretatului Profesor și Decan de la Iași, D. Alexandresco. Discursuri (Discours prononcés lors de l'enterrement du regretté Professeur et Doyen de Yassi, D. Alexandresco ) », *Curierul judiciar (Le courrier judiciaire)*, n°7/1925, p.97-107.
- « Comemorarea lui Dimitrie Alexandresco. Discursuri (Discours prononcés lors de la commémoration de Démètre Alexandresco) », *Curierul judiciar (Le courrier judiciaire)*, n° 36/1933, p.561-572
- Max HACMAN, « Dimitrie Alexandresco (1850-1925) », *Pandectele Române (Pandectes roumaines)*, 1925, IV, p.11-12.
- Ion Grigore PERIETEANU, George P. DOCAN, « Dimitrie Alexandresco », *Pandectele Române (Pandectes roumaines)*, 1946.IV.3-7
- V.V. LONGHIN, « Dimitrie Alexandresco », *Justitia nouă (La nouvelle justice)*, n°1/1966, p.66-72

---

<sup>9</sup> *Discours ... commemoration*, p. 568.

III  
FIGURES ET CONTROVERSE



## LES ORIENTATIONS DE L'HISTORIOGRAPHIE DE DROIT PRIVÉ ENTRE 1850 ET 1950

JEAN HILAIRE

Les historiens du XX<sup>e</sup> siècle situent les débuts de l'histoire scientifique du droit autour de 1850. En réalité ils suivent une tradition qui remonte à cette époque-là. L'idée était très clairement exprimée dès la première parution de la *Revue historique de droit français et étranger*, en 1855, dans l'article qui servait d'annonce scientifique sinon de programme détaillé de recherche, sous la plume d'Edouard Laboulaye : *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*. Après avoir fait référence à la thèse de doctorat très novatrice de Henri Klimrath, soutenue à la Faculté de droit de Strasbourg en 1833, il ajoutait : « grâce aux écrivains qui se groupèrent autour de Mr Wolowski et de Mr Foelix [...] on commence à considérer comme une science sérieuse ce qu'à l'origine on regardait comme une curiosité ». En même temps et dans une perspective au surplus très européenne<sup>1</sup>, il proposait d'orienter l'action de la revue dans de vastes territoires où la recherche ne s'était pas encore aventurée : le Moyen Âge demeurait en pleine obscurité; il n'y avait rien sur l'histoire de l'ancienne procédure, pourtant une partie vivante du droit, rien non plus quant à l'histoire du notariat alors qu'il lui paraissait « honteux que la science du notariat soit abandonnée à la routine et n'ait point de place dans l'enseignement »<sup>2</sup>. Il considérait surtout que pour « le droit civil où toutes les théories ont été traitées par de fort savants hommes, le travail a quelquefois suppléé au défaut de documents ». C'était une manière élégante de dire que l'on avait bâti des théories à partir d'un jeu de sources trop étroit et que ce travail serait à reprendre sur des bases plus solides à

---

*Professeur émérite de l'Université de Paris II.*

<sup>1</sup> *RHDFE*, t.I, p. 22, n°41 : « Nous ne rêvons pas un même code pour toute l'Europe, non plus qu'une même langue; mais nous sentons que la part de diversité se réduisant de jour en jour par le mélange inévitable des peuples, il y aura un fonds commun de législation qui grossira sans cesse et qu'à ce rapprochement nul ne peut assigner des limites. La propriété littéraire est la première question qui se présente dans ce nouveau « jus gentium » [...] mais la lettre de change, mais la loi commerciale tout entière et la loi civile même vont se ressembler de plus en plus par l'effet naturel du mélange des intérêts. De ce point à une certaine unité du droit civil et même du droit politique il y a moins loin qu'on ne l'imagine et nous sommes destinés sans doute à voir la législation prendre partout un caractère plus général, plus européen, plus humain. Ces idées devaient orienter, selon lui, l'action de la revue et lui ouvrir un vaste champ de recherche ».

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 17, n°32 : « Personne non plus, que je sache, n'a étudié l'histoire du notariat et ne s'est demandé s'il y avait quelque intérêt à suivre les variations de ces formules qui contiennent la plupart des contrats [...] Il ne nous est plus permis de laisser de côté une source semblable et, à vrai dire, il est honteux que la science du notariat soit abandonnée à la routine et n'ait point de place dans l'enseignement ».

la lumière de nouvelles recherches documentaires.

À cela s'ajoutait qu'en matière civile tout particulièrement, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle on prenait du recul par rapport à l'ancien droit. Déjà s'achevait en quelque sorte une période transitoire après la promulgation du Code civil. De plus à l'avènement du Second Empire la codification napoléonienne, le plus souvent glorifiée mais parfois aussi critiquée pour des raisons politiques, suscitait plus que jamais l'analyse historique du nouveau droit pour en comprendre les bases. Sans doute vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle le code allait subir des remaniements et le vieillissement de ce monument apparaissait à travers la jurisprudence, même s'il n'a été relevé encore que bien timidement en 1904 dans le *Livre du centenaire*. Mais comme l'a écrit si bien Jean Carbonnier, face à l'instabilité politique de ce siècle le code civil est resté en quelque sorte la véritable constitution du pays et le mythe demeurait solide. Plus tard encore, entre les deux guerres, des juristes soulignaient plus vivement ce vieillissement mais l'on ne devait en prendre vraiment conscience au point de mettre en chantier une réforme du code, qui d'ailleurs n'aboutit pas, qu'à la sortie du second conflit mondial. Par là le milieu du XX<sup>e</sup> siècle apparaît bien comme la fin d'une époque; la réflexion critique des historiens du droit s'affirmera alors quant à la justification de la périodisation traditionnelle de leur discipline qui leur opposait encore des barrières infranchissables en droit public comme en droit privé, et pas seulement du point de vue chronologique, en 1789 ou en 1804.

Ainsi, de ce point de vue, c'est à dire par la référence à la codification symbolisant le droit contemporain, cette période d'un siècle de 1850 à 1950 apparaît comme assez homogène. Mais derrière cette sorte de façade conceptuelle entraînent en scène bien des facteurs d'évolution. D'abord dans ce processus les influences de l'école historique allemande, à partir des travaux de Savigny, et de nouvelles disciplines, sociologie et comparatisme, ont été considérables. Si Laboulaye appelait de ses vœux un renouvellement des connaissances à travers d'amples campagnes documentaires, précisément le mouvement d'éditions critiques de sources commencé avec Beugnot ou Pardessus autour de 1840 se précipitait et l'édition Salmon des coutumes de Beauvaisis en 1899, texte phare s'il en fut, n'a été qu'un événement marquant dans une série de publications de coutumiers; à quoi il faut ajouter bien entendu les nombreuses transcriptions de cartulaires et, surtout pendant l'entre-deux guerres, un intérêt nouveau à l'égard des archives notariales. D'autres nouveautés ont apporté une incitation à la recherche : création de concours organisé par l'Institut, créations de sociétés savantes et de revues. À vrai dire la place de l'histoire du droit ne s'est précisée que lentement à travers les structures de l'enseignement, la matière du droit privé n'y trouvant qu'une modeste place en doctorat, même si la création d'une agrégation spécialisée par l'arrêté du 23 juillet 1896 avait inscrit au programme du concours une « leçon orale sur l'histoire du droit privé français ». En somme, pour rendre vraiment compte des orientations de la discipline durant cette période d'un siècle, entre 1850 et 1950, il faut commencer par analyser la référence conceptuelle datant du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, l'héritage (I), avant de rappeler toutes les recherches qu'il a abritées (II).

## I — L'HERITAGE CONCEPTUEL.

L'écho que les travaux de Klimrath ont eu comme le montre l'article de Laboulaye incite véritablement à parler ici d'héritage. Klimrath a soutenu sa thèse

intitulée *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil* en 1833 et, de là il a écrit deux ans plus tard un *Programme d'une histoire du droit français*. Il est mort très jeune et en fait ses travaux n'ont été connus que par la publication posthume assurée par Warnkoenig<sup>3</sup> en 1843 avec la fameuse *Carte de la France coutumière*. Dans sa thèse ressortaient les idées de Portalis quand il affirmait que le législateur ne peut se soustraire totalement à l'élément historique et aux règles juridiques antérieures; il posait même la question : « quelles si grandes innovations le code civil, par exemple, a-t-il introduites dans notre législation ? »<sup>4</sup> D'où une pointe visant directement l'Exégèse : « C'est mal comprendre nos lois que de les isoler et de vouloir les interpréter par elles-mêmes lorsque tout le passé est là pour leur servir de commentaire et l'avenir de complément »<sup>5</sup>. L'Ecole historique allemande a eu le mérite de montrer en quoi consistait véritablement l'utilité de l'histoire politique comme de l'histoire du droit. Dès lors « l'histoire seule peut devenir la base d'une exégèse plus large, plus sûre, plus scientifique »<sup>6</sup>; elle est nécessaire pour une correcte interprétation du Code civil, encore plus nécessaire lorsque ce dernier se réfère aux usages généraux ou locaux, de même qu'il faut faire appel à l'histoire à propos des références à l'équité. C'est sur ces fondements qu'il a construit son *Programme d'une histoire du droit français*.

Klimrath distingue histoire externe (sources et faits politiques et sociaux) et histoire interne (quant au fond du droit) reprochant précisément aux trois ouvrages contemporains dont on pouvait disposer en la matière de ne traiter que des sources. Or pour que l'histoire du droit ait un sens il faut une histoire du droit français proprement dite et une « institution historique au droit civil français »; cela réclame deux conditions : faire une histoire vraiment scientifique et aboutir réellement au droit actuel. À partir de là se posent deux questions de délimitation quant à la matière et quant à la perspective historique. Quant à la matière, il précise les catégories de faits auxquelles cette histoire doit s'attacher avec une belle formule « tout le droit et rien que le droit » : c'est à dire le droit politique (constitutionnel et administratif), le droit civil (y compris le commercial et la procédure civile), le droit criminel (y compris l'instruction) et il ajoute une quatrième partie, le droit ecclésiastique ou droit canon, en soulignant l'importance de l'influence chrétienne. Quant au cadre chronologique, tout spécialement à propos du droit civil « puisque c'est de son interprétation par l'histoire qu'il s'agit », il faut remonter très haut pour le comprendre. Ainsi à partir, d'ailleurs, de vues pénétrantes prend-il l'exemple du droit des fiefs dont on ne saurait affranchir le juriste<sup>7</sup>. Dans la mesure précisément où le présent est

<sup>3</sup> *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath, recueillis par L.A. Warnkoenig, avec une Carte de la France coutumière*, Paris, 1843.

<sup>4</sup> *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du code civil*, 1833, p. 13.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 6

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 14

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 109 : « Vous vous appuyez dans vos commentaires sur la jurisprudence des deux derniers siècles. Mais cette jurisprudence envahie théoriquement par le droit romain alors même qu'elle tolérait (il le fallait bien) les coutumes dans la pratique, en avait perdu l'intelligence qu'on ne retrouve qu'en remontant aux naïfs coutumiers de l'époque féodale, éclairés à leur tour par leur confrontation avec les capitulaires et les lois barbares. Que de fois dans ces coutumiers et même dans ces coutumes rédigées officiellement au XVI<sup>e</sup> siècle, ce qui concerne la communauté conjugale, le douaire, les successions, la majorité et mille autre

un produit du passé, l'histoire du droit proprement français commence au moment où les divers éléments dont il découle se trouvent mis en présence au cinquième siècle. Ce qui s'est passé avant, en Gaule, n'est en somme que l'introduction à cette histoire. Dès lors bien que les transitions dans la réalité soient insensibles, il faut bien retenir quatre époques, celles de la France barbare avec l'Empire des francs (486-888), de la France féodale (888-1461), de la monarchie française (1461-1789), et enfin « l'époque qui est la nôtre et dont les destinées et le nom sont encore en partie le secret de l'histoire ».

C'est donc un véritable schéma directeur que Klimrath a légué aux historiens du droit particulièrement pour le droit civil. Ses idées ont été reprises et développées par les auteurs qui ont écrit des ouvrages didactiques autour de 1850. En premier lieu ils se donnaient pour mission d'éclairer le Code civil car il avait atteint la perfection juridique qui est un aboutissement dans l'histoire de la civilisation, comme l'écrit Laferrière, inspecteur général des facultés de droit : « À l'époque de civilisation où nous sommes parvenus, l'élaboration du Droit civil s'est faite à travers les siècles et les révolutions sociales; la vie rationnelle est acquise au Droit sans doute mais il est nécessaire de déterminer les époques qu'il a dû traverser pour arriver à ce degré de développement, à cette plénitude de résultats »<sup>8</sup>. Ainsi le Code, à l'entrée du dix-neuvième siècle, a résumé les progrès de la société civile. Ginoulhiac, inaugurant à la Faculté de Toulouse pour l'année 1854-1855 le cours d'histoire du droit français en présence de Laferrière tient le même langage dans sa leçon d'ouverture : « Notre législation est comme un grand fleuve qui se forme de divers ruisseaux dont il réunit les eaux en un ensemble homogène »<sup>9</sup>. Il ne reste plus alors qu'à étudier les divers affluents en remontant le cours de l'histoire jusqu'à la source et la première constatation est bien que ce schéma directeur adossait les historiens au code civil ce qui à terme les écarterait de toute investigation sur la vie du droit civil après la codification. C'est bien ce que disait Ginoulhiac dès le début de cette leçon : « l'histoire du droit français n'est pas seulement une chose curieuse et intéressante à étudier; elle est en même temps le préliminaire et le complément de l'étude de nos codes ».

De la même manière, ces auteurs du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle en énumérant tous les éléments qui ont contribué à la formation du droit exprimé dans le Code civil reprennent la périodisation retenue par Klimrath à partir de la question des origines du droit français qu'ils situent alors au V<sup>e</sup> siècle. On insiste même lourdement sur l'importance de l'époque médiévale et le dédain dans lequel elle a été tenue, ce qui d'ailleurs rejoint l'engouement quelque peu romantique de l'époque pour le Moyen Âge. Giraud dans son *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Âge*, paru en 1846, écrivait que le caractère du Moyen Âge était comme oublié, incriminant la flexibilité de l'esprit français; surtout avait été oubliée l'influence germanique dans le haut Moyen Âge au point de croire « au règne non interrompu des lois romaines et de regarder l'invasion germanique comme un accident sans conséquence. Tout favo-

---

points du droit civil n'est exposé qu'à propos de personnes nobles et de biens féodaux ! » Et de conclure qu'il est urgent de distinguer ce qui est droit d'exception de ce qui constitue un droit commun.

<sup>8</sup> *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours y compris le droit public et privé de la Révolution française*, Paris 1859, 2<sup>e</sup> éd. p. 9.

<sup>9</sup> C. GINOULHIAC, *Leçon d'ouverture du cours pour l'année scolaire 1854-1855*.

risait cette erreur, ajoutait-il, la politique, la littérature et l'amour-propre national »<sup>10</sup>.

À partir de là, la question de méthode était pour tous un débat obligé poursuivi dans la grande ombre de Savigny. D'abord, Giraud émettait une opinion sans doute assez répandue quand il en soulignait l'insuffisance encore dans un passé récent : « les juristes ont trop négligé la philologie, la philosophie et l'histoire, ce qui avait cependant fait la grandeur du XVI<sup>e</sup> siècle » ; il ajoutait cette réflexion quelque peu amère « si nous demeurons en arrière, notre rôle sera bientôt réduit au rôle de professeurs de pratique judiciaire ». Déjà cependant une divergence semble se glisser entre Lafferrière et son disciple Ginoulhiac. Lafferrière écrit : « Le temps est venu de sceller l'alliance dans les ouvrages français entre le droit, l'histoire et la philosophie, entre l'économie politique et les législations comparées : l'avenir de la science juridique, en France comme en Allemagne, est dans la grandeur de cette alliance »<sup>11</sup>. Ginoulhiac quant à lui est plus nuancé. Dans sa leçon inaugurale, ayant rappelé l'importance de la tradition universitaire toulousaine pour l'étude historique des lois il entend bien ne pas repousser les travaux des savants allemands tout en ajoutant : « mais tout en profitant de leurs recherches et de leurs découvertes, si nous ne pouvons oublier que la science n'a pas de patrie, nous n'oublierons pas non plus qu'elle doit revêtir des formes différentes appropriées à l'esprit particulier, au génie de chaque peuple. Plus spéculative en Allemagne, elle doit être en France plus pratique [...] Il faut surtout qu'elle éclaire les lois qui nous régissent aujourd'hui ».

Sans nul doute il rappelait que pour les historiens du droit français le fondement demeurait une étude rigoureuse des sources en remontant de 1789 jusqu'aux plus anciens éléments qui étaient entrés dans l'alchimie du Code civil. Giraud, au début de l'*Avertissement* dans son *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Âge*, annonçait d'ailleurs une démarche assez répandue chez les auteurs du moment : « Je n'écris point une histoire du droit français, mais je réunis des matériaux pour ceux qui la voudront écrire. Je ne sais pas en effet si les sources et les monuments originaux sont encore assez exploités pour entreprendre un ouvrage de cette importance. J'ose dire que, malgré les travaux qui ont été déjà faits, le sujet n'est encore qu'ébauché... » De fait, l'histoire du droit privé tend à se réduire à celle des sources du droit.

La présentation de ces idées générales et leur discussion se trouvent pour l'essentiel, ce qui est normal, dans les préfaces et avertissements des ouvrages didactiques. Mais il est alors remarquable que si ce schéma directeur couvre l'ensemble de l'histoire du droit, public et privé, les traditions d'enseignement ne font encore qu'une place bien mince à l'histoire du droit privé. La préface d'un ouvrage didactique paru en 1854, le *Précis historique du droit français, Introduction à l'étude du droit*, de Minier, avocat et professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Poitiers, est fort révélatrice de cette tendance car l'auteur se réclame directement de l'œuvre de Klimrath. Après des définitions, des détails sur l'organisation judiciaire et l'étude du Titre préliminaire du Code Napoléon, son ouvrage est consacré à « un résumé de l'histoire du droit français » à partir des « riches matériaux fournis par les jurisconsultes et publicistes modernes » qui permettent de faire une analyse complète des sources du droit depuis l'invasion de la

<sup>10</sup> Ch. GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Âge*, Paris 1846, Avertissement.

<sup>11</sup> Ouv. cité, p. 10.

Gaule par les Francs jusqu'à la codification. « Mon livre, écrit-il encore dans la *Préface*, est plutôt une table raisonnée des matières qu'un exposé scientifique de l'ancienne législation ». Sa vision de l'école historique ne manque pas d'intérêt. L'école historique en effet a eu Cujas pour chef puis elle a été négligée en France tandis qu'elle se développait en Allemagne mais, écrit-il, « aujourd'hui cette science dont la France a été le berceau a repris chez nous sa part d'influence ». Il constate que si les anciens monuments de notre droit sont étudiés avec soin et mis largement à contribution par les commentateurs de nos codes, l'enseignement spécial de l'histoire du droit lui-même se régularise; une chaire spéciale vient d'être créée à Paris et dans plusieurs autres facultés, grâce au zèle des professeurs suppléants, un cours d'histoire complète l'enseignement<sup>12</sup>. Mais il reste que son *Précis historique* traite essentiellement du droit public et que, dans chaque période, seulement quelques brèves sections sont consacrées à des questions relevant du droit civil.

Si l'on s'en tient à l'aspect théorique tel qu'on vient de le voir il n'y a guère d'évolution jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Un demi-siècle plus tard, en effet, le schéma directeur inspiré par Klimrath sert toujours de référence et l'on demeure adossé au Code civil. La préoccupation essentielle est toujours d'explorer et comprendre le droit coutumier en tant que soubassement du Code civil. Ainsi, Beaune, ancien procureur général à la cour de Lyon, publie en 1880 une *Introduction à l'étude du droit coutumier français jusqu'à la rédaction officielle des coutumes*, ouvrage qui a fait autorité en son temps. Or il estime par cet « abrégé » sur les origines de la législation coutumière combler une lacune : « au moment où l'enseignement coutumier se fonde définitivement chez nous et prend dans les programmes officiels la place que lui réservait depuis longtemps le vœu des jurisconsultes éclairés il a paru utile de condenser [...] les notions générales de ce droit »<sup>13</sup>. Et la question essentielle pour lui est de comprendre pourquoi la royauté n'a pas réussi à promouvoir l'unité du droit comme l'unité politique<sup>14</sup>. Dans cette optique il justifie le peu d'intérêt que l'on peut porter aux pays de droit écrit; ils ont bien eu leurs coutumes locales à côté du droit romain et représentaient la moitié de la France mais c'est bien l'autre moitié à travers ses coutumes qui a été le creuset dans

<sup>12</sup> L'ouvrage de Minier est d'un intérêt particulier dans ce domaine. Déjà on ne manquera pas de remarquer qu'il suffirait d'inverser les deux membres de phrases qui en composent le titre pour l'adapter aux programmes de première année selon notre plus récente réforme... Or l'auteur faisait référence dans sa *Préface* à un rapport présenté à la royauté dans les années 1830 par V. COUSIN sur *Les chaires d'encyclopédie du droit* dont ce dernier proposait la création pour combler une lacune dans l'enseignement du droit : « Quand les jeunes étudiants se présentent dans nos écoles la jurisprudence est pour eux un pays nouveau dont ils ignorent complètement et la carte et la langue. Ils s'appliquent d'abord au droit civil et au droit romain sans bien connaître la place de cette partie du droit dans l'ensemble de la science juridique et il arrive qu'ils se dégoûtent de l'aridité de cette étude spéciale ou qu'ils y contractent l'habitude des détails et l'antipathie des idées générales. Depuis longtemps les bons esprits réclament un cours préliminaire qui aurait pour objet d'orienter les jeunes étudiants dans le labyrinthe de la jurisprudence, qui donnât une vue générale de toutes les parties de la science juridique [...] un cours qui établirait la méthode générale à suivre dans l'étude du droit avec les modifications particulières que chaque branche réclame; un cours enfin qui ferait connaître les ouvrages importants qui ont marqué les progrès de la science ».

<sup>13</sup> Avant-propos, p. IV.

<sup>14</sup> *Ibid.*, *Conférence d'ouverture*, p. 18; l'ouvrage en effet est l'édition d'un cours professé sur une année.

la formation du droit national<sup>15</sup>. Et sur ce point il représente bien une opinion générale dans les ouvrages didactiques qui se contentent surtout de rappeler l'existence des pays de droit écrit. Plus que jamais Joseph Brissaud, professeur à la Faculté de Toulouse, présente de son côté l'histoire du droit privé français comme celle d'une longue évolution qui a accompagné toute l'époque royale dans le « mouvement vers l'égalité civile » parachevé dans le Code civil. Dès lors, c'est ce mouvement qu'il faut analyser à travers toutes les composantes qui ont contribué à « parfaire l'œuvre considérable de notre ancien droit privé »<sup>16</sup>. Une fois encore, écrivant aux abords de 1900, Brissaud n'assigne pas d'autre perspective à l'histoire du droit privé que d'explorer les origines de la codification napoléonienne.

Dans cette quête poursuivie inlassablement la question de méthode reste toujours présente. L'adhésion à l'école historique est quasi unanime. Une conception très sociologique apparaît chez Viollet, professeur d'histoire du droit civil et du droit canonique à l'École des Chartres et bibliothécaire de la Faculté de droit de Paris. « Un peuple, écrit-il dans son *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique*, n'est pas libre de transformer d'un jour à l'autre sa langue ou sa littérature; il n'est pas maître de changer complètement son droit public ou privé [...] l'homme quoi qu'il fasse se débat dans son passé [...] Le droit existant puise à la fois sa raison d'être dans l'histoire des peuples et dans la conscience des hommes. C'est un fait actuel qui découle en même temps et de faits antérieurs et de principes supérieurs à lui »<sup>17</sup>. Cela peut expliquer dans l'étude des sources du droit, d'une part, les remarques sur l'intérêt des formulaires qui représentent *le droit mis en pratique, le*

<sup>15</sup> *Ibid.*, *Conférence d'ouverture*, p. 25 : « Nous dresserons une carte coutumière de notre pays afin d'indiquer aussi exactement qu'il est possible de le faire, au milieu de l'enlacement presque inextricable de petites seigneuries et de petits territoires qui possédaient des usages différents, les provinces relevant de ce droit alors appelé droit national et de les distinguer de celles qui avaient adopté le droit romain, le droit écrit, tout en ayant elles-mêmes quelques lois locales. Mais bien que les coutumes ne se soient appliquées qu'à la moitié environ de la France le champ que nous nous proposons de parcourir est si vaste, il est parsemé de tels écueils, hérissé de tels obstacles, enveloppé de nuages si épais, malgré la science et la prolixité des commentateurs » qu'il ne serait pas possible d'en renfermer l'exposé dans un cours annuel.

<sup>16</sup> J. BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé à l'usage de étudiants en licence et en doctorat*, Paris 1904, t.I, Sources, Droit public; t.II, 3<sup>e</sup> partie, Droit privé : p. 1001 « [...] Il fallut à la monarchie un long effort pour reconstituer la souveraineté et la distinguer de la puissance privée. En même temps grâce à cette évolution se fit le mouvement vers l'égalité civile; la condition privée dépendait beaucoup de la condition politique; peu à peu les distinctions de classe s'atténuèrent; la Révolution les abolit pour ne laisser subsister que des inégalités économiques, simple expression, dans la majorité des cas, des inégalités physiques ou intellectuelles.

C'est grâce aux changements d'ordre politique et religieux, sous l'action des causes économiques, que se produisirent à la fois l'émancipation de l'individu des liens de la famille et l'individualisation de la propriété [...] En dehors de ces répercussions logiques qui occupent une si grande place dans notre ancienne histoire juridique on peut dire que le droit privé s'étend et se complique, s'élargit et s'affine [...] La législation romaine mise en harmonie avec l'esprit du droit moderne, le droit canon et les idées chrétiennes, les conceptions d'équité et de droit naturel se mêlent au vieux fonds germanique dans les coutumes, les lois, la jurisprudence et la doctrine, pour parfaire l'oeuvre de notre ancien droit privé ».

<sup>17</sup> *Histoire du droit civil français [...]*, 3<sup>e</sup> éd. 1905, Préface, p. VI.

*droit vivant*, et, d'autre part, le chapitre consacré aux *textes coutumiers officiels*<sup>18</sup>. Ajoutons l'influence de la méthode comparatiste, particulièrement chez Brissaud très largement héritier de Klimrath et très au fait de la science allemande, tendance accusée encore dans la réédition posthume de son ouvrage en 1935. On retiendra particulièrement de cet auteur, fait nouveau, une conférence prononcée vers 1903 devant une Académie (vraisemblablement l'Académie des Sciences et Lettres) de Toulouse sur *l'Histoire du droit du Midi de la France*. Il montre que les recherches sur cette question commencent à s'organiser, qu'un cours d'histoire du droit méridional vient d'être créé précisément à Toulouse et dont il a la charge; il note un intérêt nouveau pour les nombreuses coutumes méridionales « dont les anciens juriconsultes faisaient fi parce qu'il heurtait la *raison écrite*, leur unique culte ». On retrouverait là, peut-être, une conséquence de l'importance attachée au droit coutumier dans l'histoire du droit français.

La méthode en revanche est quelque peu en débat à propos du vieux fonds germanique dans les origines du droit privé français. En 1889 dans un compte-rendu de l'édition critique des *Etablissements de saint Louis* par Viollet, Dareste reproche à cet auteur de dépasser le cadre de ce genre d'édition en ajoutant une recherche sur les influences subies par les institutions décrites dans ces textes. Plus précisément, d'une part, si l'on ne peut nier l'importance de l'élément germanique il faut se garder d'en exagérer l'importance : « une certaine école considère comme germanique tout ce qui ne se trouve pas dans le *Corpus juris civilis* ni dans le *Corpus juris canonici*. C'est selon nous aller beaucoup trop loin ». Il affirme d'autre part, que les sociétés humaines créant ou modifiant leurs institutions suivant leurs besoins, les mêmes causes produisent partout les mêmes effets si bien que « les questions d'origine et de filiation des institutions ont tenu jusqu'ici une trop grande place dans l'étude historique du droit » et qu'il « convient de s'élever à une conception plus large et plus vraie qui est celle du droit comparé »<sup>19</sup>.

Enfin quant aux perspectives chronologiques, elles n'ont guère variées jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Tous les auteurs d'ouvrages didactiques, manuels ou grand traités, n'envisagent pas de dépasser le début du siècle précédent; la seule question est de savoir si l'on intègre la Révolution et l'Empire et donc le droit intermédiaire. Esmein avait publié en 1892 un *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, et expliqué dans la préface qu'il avait arrêté ce cours à 1788 ajoutant que la période de la Révolution et de l'Empire était trop importante pour être résumée; il a ajouté en 1911 un *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814* quand le cours de première année est devenu

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 141 à propos des formules et formulaires, et p. 145 en tête du chapitre sur *Les textes coutumiers officiels* qui comprennent *les chartes de ville, les statuts municipaux, les coutumes provinciales*.

<sup>19</sup> DARESTE, *Journal des Savants*, nov. 1889, p. 649. L'auteur développe une conception déterministe du droit très influencée par la sociologie : « si l'on tient pour germanique tout ce qui n'est pas évidemment romain [...] on ne tient aucun compte du développement naturel du droit et de la force plastique, si l'on peut s'exprimer ainsi, par laquelle les sociétés humaines créent ou modifient leurs institutions suivant les besoins. Ces besoins varient suivant les temps et les circonstances; mais comme les mêmes causes produisent partout les mêmes effets on peut affirmer que d'un certain état de choses naîtront certaines lois. C'est là une vérité que l'étude des législations comparées a mise en lumière et qui dispense de rechercher s'il y a eu emprunt fait par un peuple à un autre peuple ».

annuel, mais il en est resté à l'histoire du droit public. En 1925, Declareuil, professeur à la Faculté de Toulouse, arrête son *Histoire générale du droit français* en 1789 et précise (*Préface*, p.VIII) qu'il n'a pas traité « les parties du droit privé qui ne sont pas comprises dans l'enseignement ordinaire de première année » devant l'énormité de la tâche. Olivier-Martin dans la préface de son *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, parue en 1948, livre des réflexions désabusées montrant d'ailleurs le poids des structures d'enseignement dans les perspectives traditionnelles de la discipline : il n'a pas pu se résoudre à sacrifier les institutions privées en les limitant à la condition des personnes et des terres, mais il n'a pu davantage « faire siens les amples desseins de Paul Viollet, de Joseph Brissaud ou d'Emile Chénon; il s'est borné aux indications générales qui lui ont paru indispensables pour expliquer le contexte même de l'ancienne société française et ses rapports avec l'Église ». Et de conclure que « l'histoire des institutions anciennes soulève de multiples problèmes qui sont tous, sous quelque aspect, d'un grand intérêt pour la compréhension parfaite du droit moderne ». Mais il avait bien précisé préalablement que les structures de l'enseignement limitaient à tort le champ historique en écartant les historiens du droit de la matière des institutions du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup>. Mêmes réflexions dans les cours de doctorat de Pierre Petot : selon le programme officiel le cours de première année devrait porter sur l'histoire du droit public et privé, mais l'enseignement se limite à une partie minime du droit privé (état des personnes et modes d'appropriation du sol), celle qui est directement en rapport avec l'évolution du droit public<sup>21</sup>. Au surplus la place du droit romain pouvait s'expliquer par son importance mais en regard la place de l'histoire du droit privé français était très mince, puisqu'il n'apparaissait que dans les cours de doctorat; or « on ne saurait parvenir à une saine compréhension des règles du droit privé contemporain sans remonter à l'ancien droit, au droit laïque pour la plupart des questions et pour quelques-unes d'entre elles au droit canonique »<sup>22</sup>.

En somme, ainsi présentés vers le milieu du XX<sup>e</sup> siècle les cadres traditionnels de l'enseignement sont alors considérés comme un frein au développement de la discipline. Il faudra attendre 1954 pour une profonde réforme des programmes plus favorable à l'histoire du droit privé en lui ouvrant les perspectives du XIX<sup>e</sup> siècle. Pourtant sous cette apparente immobilité de l'orientation générale le terrain avait été défriché durant ce siècle (1850-1950) par de nombreuses et importantes recherches.

<sup>20</sup> Avant-propos, daté de 1947 : « L'ouvrage selon la tradition inaugurée par Esmein se limite à l'étude des institutions de l'Ancien Régime. Dans l'organisation actuelle des Facultés de droit les institutions du XIX<sup>e</sup> siècle ne ressortissent pas aux historiens du droit; leur étude sert seulement d'introduction ou d'illustration aux commentaires des constitutionnalistes et des publicistes. C'est regrettable mais cela découle logiquement de la coupure qui est maintenue, pour des raisons qui n'ont rien de scientifique, entre l'ancien régime et le nouveau qui sortirait tout entier des principes posés par la Révolution. Tant que l'on ne révisera pas ce point de vue condamné par l'histoire il est sans intérêt de décrire les institutions nouvelles et de les mener jusqu'en 1815. Si l'histoire n'a pas assez de champ pour suivre, au moins pendant tout le cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le sort des principes « modernes », les conséquences des contradictions internes qu'ils présentent, la réapparition enfin sous des formes rajeunies de certaines institutions d'autrefois, il vaut mieux s'arrêter tout net à la chute de l'Ancien Régime ».

<sup>21</sup> *La formation du régime de communauté entre époux*, Cours de doctorat, 1942-1943, Introduction.

<sup>22</sup> *Les enfants dans la famille*, Cours de doctorat, 1947-1948, p. 4.

## II — L'ESSOR DES RECHERCHES.

En effet, particulièrement entre 1880 et 1950, l'apport a été considérable. Il faut même réintégrer à l'actif de cette période des ouvrages très importants : d'Henri Regnault, *Les Ordonnances du chancelier Daguesseau*, ou de Jean Yver, *Egalité entre héritiers*. Car ces ouvrages, victimes l'un et l'autre d'un malheureux concours de circonstances et publiés plus de vingt ans après qu'ils aient été conçus et rédigés<sup>23</sup>, relèvent effectivement de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle en lui apportant une sorte de brillant épilogue. Ensuite, avant d'aborder l'évolution des travaux de recherches autour des institutions de droit civil il convient également de rappeler que le cadre lui-même dans lequel ces travaux ont été effectués et qui pouvait les accueillir pour les faire connaître, s'est sensiblement modifié durant cette période d'un siècle entre 1850 et 1950.

Ainsi parmi les facteurs qui ont alors contribué au développement de l'historiographie de droit civil figurent au premier plan les éditions critiques de sources, de plus en plus nombreuses et variées. On ne saurait d'ailleurs les considérer à l'écart car elles relèvent d'une véritable recherche, une recherche documentaire certes mais qui n'en contribue pas moins à élargir l'horizon de l'historiographie. Particulièrement pour les plus notables coutumiers, de telles éditions ont occupé toute la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, se succédant rapidement en une liste considérable : le *Conseil à un ami* en 1846, le *Livre de Justice et de plet* en 1860, le *Grand coutumier de France* en 1868, les *Etablissements de saint Louis* entre 1881 et 1886, le *Très ancien coutumier* et le *Grand coutumier* de Normandie entre 1881 et 1903, le *Coutumier d'Artois* en 1883, la *Très ancienne coutume de Bretagne* en 1896, et bien sûr les *Coutumes de Beauvaisis* en 1899. Or la même période d'une trentaine d'années entre 1880 et 1910, a été prolifique pour les publications de sources dans l'ensemble de la France, à la fois pour les pays coutumiers et pour les régions méridionales de droit écrit. On avait déjà commencé au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle à éditer des documents coutumiers médiévaux du Midi comme Giraud dans son histoire du droit français au Moyen Âge en 1846, notamment la coutume de Montpellier et les coutumes qu'elle a fortement inspirées. Mais la fin du siècle, avec notamment le *Livre des coutumes de Bordeaux* par H. Barkhausen en 1890, et le début du siècle suivant, en un mouvement il est vrai très atteint par les conséquences du conflit de 1914, ont vu également d'importantes publications documentaires d'une densité dont le Languedoc est ici exemplaire, particulièrement par référence aux éditions de coutumes et de cartulaires<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Regnault avait publié en 1929 un premier ouvrage : *Les ordonnances du chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*. Puis en 1938, il a également publié *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les testaments et l'ordonnance de 1735*, ouvrage qui était en réalité la seconde partie de cette étude sur la question; l'auteur est mort en 1948 un an après avoir achevé ce troisième volume sur *les testaments et l'ordonnance de 1735* qui n'a pu être publié qu'en 1965. Yver, qui habitait Caen, avait achevé en 1944 le manuscrit de son célèbre livre *Egalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*. Une partie de ce travail disparut dans les bombardements de la Libération et le livre ne fut reconstitué et publié qu'en 1966.

<sup>24</sup> Plus encore qu'à travers un simple catalogue, on prendrait la mesure de cet ensemble de publications par l'utilisation qui pouvait alors en être faite dans les recherches poursuivies au

De même on ne saurait attacher trop d'importance à cet autre élément tout à la fois suscité par le développement des recherches et constituant, en retour, un facteur d'entraînement : l'apparition d'associations se donnant pour vocation d'accueillir des travaux d'historiens de quelque horizon qu'ils viennent. Ces institutions créaient ainsi, par la périodicité de leurs réunions, un cadre où pouvaient être présentées de nouvelles recherches. Elles avaient en même temps la préoccupation d'assurer des publications et, même si elles avaient un cadre très large et de faibles moyens, l'histoire du droit privé en a bénéficié. Rappelons en premier lieu la naissance de la *Société d'histoire du droit* créée à la veille de la Grande Guerre, en avril 1913. Cette société entendait mettre en œuvre un projet ambitieux qui restait d'abord orienté vers les publications de sources<sup>25</sup>. Mais sa vie n'a véritablement commencé qu'en 1920 tandis qu'elle se donnait alors pour vocation de susciter et publier des travaux de recherche<sup>26</sup>. En 1925, elle créait à côté des séances ordinaires tenues à Paris durant l'année universitaire les premières *Journées internationales d'histoire du droit* et seule cette organisation a subsisté. En fait, ce phénomène d'incitation à travers des associations d'historiens et des revues était apparu dès 1900 dans un cadre régional, en Bourgogne avec la création d'une *Société de professeurs et d'anciens élèves de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon*. De là était née la *Collection d'études relatives à l'histoire du droit et des institutions de la Bourgogne*, collection interrompue à partir de 1914 ; l'entreprise devait être relancée par Chevrier et Dumont entre les deux guerres<sup>27</sup>. Date de 1910 encore la *Semaine de droit normand* où nombreuses ont été les communications d'histoire du droit privé. De même naissent en 1910 la *Revue du Nord*, puis en 1929 la *Société d'histoire du droit des pays*

---

milieu du XX<sup>e</sup> siècle, particulièrement : P. TISSET, « Placentin et son enseignement à Montpellier. Droit romain et coutumes dans l'ancien pays de Septimanie », *Recueil des mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, fasc.II, Montpellier 1951, p. 67-94; également, J. HILAIRE, « Les régimes matrimoniaux aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles dans la région de Montpellier », dans le même *Recueil SHDE*, fasc.III 1955, p. 16, col.1 n.1; M. CASTAING-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain (X<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle)*, Toulouse 1959, p. 28-29. On remarquera en revanche que Tardif, auteur d'une édition critique des *Coutumes de Toulouse* en 1884, n'avait pas tiré de la source qu'il avait utilisée tout le parti que l'on pouvait attendre dans ses travaux sur le droit méridional, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier* (H. GILLES, *Les coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296)*, Toulouse 1969, p. 6).

<sup>25</sup> La SHD a été fondée par E. Chénon, P. Fournier, G. Glotz, P. Jobbé-Duval, R. Génestal, E. Champeaux, pour le développement de l'histoire du droit public et privé, français et étranger, ancien et moderne, depuis l'histoire des coutumes primitives jusqu'à celle des réformes postérieures à la rédaction de nos codes.

<sup>26</sup> « Encourager les travaux en fournissant aux travailleurs une direction générale, des conseils, des renseignements, un milieu d'encouragement et d'émulation, en attendant le jour où, les conditions de publication s'étant améliorées, elle pourra entreprendre ces grandes publications d'ensemble [...] dont la réalisation dépasse aujourd'hui les forces d'un seul homme ».

<sup>27</sup> Création de la *Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* en 1933 et l'année suivante de la collection des *Mémoires* de la Société dont le premier fascicule comportait en frontispice un programme intitulé *Des raisons d'étudier le droit bourguignon* (Ph. MEYLAN, « Présence de Georges Chevrier », dans les *Mémoires SHDB*, 29<sup>e</sup> fasc., 1968-1969).

*picards, flamands et wallons* qui a publié en 1932 l'édition du *Livre roisin* par R. Monier. La période de 1850 à 1950 a vu enfin, en 1946, la création de la *Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit* et de son *Recueil de mémoires et travaux*.

Un dernier élément sera retenu ici, l'existence de prix pour couronner des travaux de recherche dont un exemple célèbre est l'attribution par l'Académie des sciences morales et politiques du prix Odilon Barrot en 1912 : à l'issue du concours ouvert sur le sujet *Histoire d'une coutume générale ou d'un groupe de coutumes locales* ce prix fut attribué à Olivier-Martin pour son mémoire sur l'histoire de la Coutume de Paris<sup>28</sup>.

Abordons alors l'histoire des institutions du droit civil elles-mêmes. Cette historiographie s'est considérablement enrichie surtout entre 1880 et 1950. Sans doute ne peut-il être question ici d'en dresser un catalogue détaillé<sup>29</sup> mais seulement de donner quelques exemples selon un choix nécessairement arbitraire. Mais, d'un côté, il convient de souligner que les monographies dans ces divers domaines se sont multipliées, qu'elles traduisaient la volonté d'utiliser la thèse de doctorat comme instrument de défrichage et que dans ce cadre on a commencé à orienter les investigations vers les actes de la pratique ajoutant désormais aux documents réunis dans les cartulaires des actes découverts dans les riches archives notariales plus ou moins anciennes suivant les régions. Et, d'un autre côté, il faut également rappeler l'importance de l'édition des cours de doctorat professés à la Faculté de droit de Paris ; ces cours constituaient autant de synthèses qui ont longtemps servi de références<sup>30</sup>. On retiendra de l'évolution de cette historiographie trois caractères

<sup>28</sup> Sur le rapport de J. FLACH, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 72<sup>e</sup> année, nouvelle série, t.LVIII, 1912. Le rapporteur remarque que l'oeuvre est solide mais en nuancant singulièrement ses éloges. Le reproche essentiel est d'avoir décrit le droit coutumier parisien plutôt que d'avoir fait l'histoire de la coutume de Paris proprement dite : « Son oeuvre serait hors ligne si la puissance de conception et le sens de l'histoire égalaient en lui la science du droit. Il fallait être l'un et l'autre à degré au moins égal pour écrire une histoire de la coutume de Paris [...] Le défaut se sent déjà dans la langue du mémoire [...] Les sources de la coutume ne sont à ses yeux que les documents de droit pur qui la constatent. Il les oppose non sans une nuance de dédain, semble-t-il, aux documents qu'il appelle « concrets » : chartes, arrêts, démembrements etc. [...] à des documents historiques en somme [...] Il ira jusqu'à appeler un testament « concret ». » Le rapporteur paraissait ignorer la distinction, formelle certes mais élémentaire pour les juristes, entre acte abstrait et anonyme contenu dans un formulaire et acte concret.

<sup>29</sup> On nous permettra de rappeler ici que l'on peut actuellement en avoir une vue rapide à travers les bibliographies introduites dans plusieurs ouvrages : les trois volumes de *l'histoire du droit privé*, de P.OURLIAC et J. de MALAFOSSE dans la Collection *Thémis* (1968-1969); *l'Histoire du droit privé français* de P.OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, Collection *L'évolution de l'humanité*, 1985; la série des *Introductions historiques* en matière de droit privé de la Collection *Droit fondamental* (PUF) dans les rubriques *Pour aller plus loin* qui ponctuent ces ouvrages : A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, 1989; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, 1992; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1996; également J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1996.

<sup>30</sup> Par exemple, Ch. LEFEBVRE, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris 1900; de même, le cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial dans les pays de droit écrit : *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et de*

principaux. D'abord d'un point de vue institutionnel l'aire de recherche s'est considérablement étendue et le mouvement s'est précipité entre les deux conflits mondiaux. En second lieu, dans l'approche du droit coutumier la méthode a notablement évolué. Enfin, venant d'ailleurs en grande partie des historiens méridionaux eux-mêmes, un renouvellement profond des recherches a provoqué une véritable découverte du droit pratiqué dans les pays de droit écrit.

En premier lieu, l'intérêt s'est porté vers un plus grand nombre d'institutions de droit civil, aussi bien d'ailleurs pour les pays de droit écrit que pour les pays de coutumes, pour dépasser le statut des personnes et celui des biens dont l'étude, comme le répétaient volontiers les historiens de cette époque, n'avait guère d'autre but jusque-là que d'éclairer les structures sociales de la période médiévale en rapport direct avec les institutions de droit public, essentiellement la féodalité. Dès lors c'est l'histoire de la famille<sup>31</sup>, du lien matrimonial et de tous les aspects patrimoniaux de la vie familiale, à la fois matrimoniaux<sup>32</sup> et successoraux<sup>33</sup>, qui devient le thème majeur, thème retenu pour lui-même et considéré au surplus dans son évolution jusqu'à la fin de l'ancien droit. Dans ce domaine un exemple d'institutions venant alors en pleine lumière est celui des communautés de famille qui retenaient l'attention des sociologues autour de Le Play dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>34</sup>. Les historiens du droit privé dans les pays de droit écrit, de leur côté, commençaient à s'attacher également aux aspects juridiques très spécifiques des communautés méridionales<sup>35</sup>. Sans pouvoir reprendre ici les amples orientations bibliographiques dont on peut disposer actuellement et visées ci-dessus, rappelons simplement que de nombreux ouvrages, spécialement des thèses, ont alors porté un regard nouveau, plus scrutateur, sur le mariage spécialement en droit canonique, le sort des individus dans la vie familiale à partir d'investigations sur la tutelle, la condition de la femme mariée, la séparation des conjoints et ses conséquences, enfin et surtout sur le sort du conjoint survivant, particulièrement de la veuve. De la même manière était davantage fouillée l'histoire du droit des biens. On s'efforçait d'éclairer les origines de la division des biens en meubles et immeubles<sup>36</sup> comme les catégories particulières de biens<sup>37</sup>, de faire la théorie du domaine divisé<sup>38</sup> et d'explorer les

---

*Normandie*, Paris 1912. E. MEYNIAL, *Le droit des biens entre époux*, cours de doctorat, Paris, 1929. Le cours de P. PETOT, *La formation historique du régime de communauté entre époux*, 1942-1943, a lui aussi servi de référence durant des décennies.

<sup>31</sup> E. CHAMPEAUX, « Les parentèles en Bourgogne », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1924.

<sup>32</sup> Sur la vaste question de la communauté entre époux et de ses annexes, on ne peut que renvoyer ici à l'état des questions présenté dans l'ouvrage de P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE (t.III, p. 276-278, ouvrage publié rappelons-le en 1968), qui rend parfaitement compte de la densité des recherches en la matière dans la période considérée ici.

<sup>33</sup> PAILLOT, *La représentation successorale dans les coutumes du Nord*, Lille-Paris 1935; GENESTAL, *Le retrait lignager*, Semaine d'histoire du droit normand, 1923; R. BESNIER, « Les filles dans le droit successoral normand », *Tijdschrift [...]*, 1930 ;

<sup>34</sup> V. l'état des questions dans OURLIAC et MALAFOSSE, ouv. cité, t.III, *Le droit familial*, p. 83.

<sup>35</sup> Comme nous l'avons montré dans « Vie en commun, famille et esprit communautaire », *RHD*, 1973.

<sup>36</sup> G. GOURY, *Origines et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles*, thèse Nancy, 1897.

<sup>37</sup> J. CODET-BOISSEL, *Du catel*, Bordeaux, 1905; L. LORGNIER, *Les cateux dans les coutumes du nord de la France*, thèse Paris, 1906.

démembrements de la propriété en longue période<sup>39</sup>; ou bien encore le partage des communaux<sup>40</sup> a retenu un temps l'intérêt. L'attention se portait aussi sur la saisine et l'introduction des actions possessoires de même que sur la notion de droit réel<sup>41</sup>. La même extension du champ de recherche apparaît également à travers les thèses en matière d'obligations et de contrats<sup>42</sup>.

Le second caractère, majeur, de cette historiographie, est l'évolution profonde dans l'approche du droit coutumier. Il convient de rappeler qu'à partir des années 1880 et encore dans les premières années du XX<sup>e</sup> siècle, les monographies correspondaient assez souvent à une sorte d'inventaire des institutions considérées dans l'ensemble des pays coutumiers et même plus largement encore. Ainsi des études sur les contrats dans le très ancien droit français de Esmein en 1889, les études de Lefebvre sur le droit matrimonial français, ou encore par exemple l'étude de Auffroy en 1889 sur l'évolution du testament en France des origines au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>43</sup>. Il s'agissait d'essais de synthèse très larges et peut-être était-il encore nécessaire de procéder de cette manière pour aller plus loin. Or dans le même temps, comme on l'a vu, des études régionales se sont multipliées; le premier foyer de ces études a été la Normandie, surtout à partir des années 1900, suivi par l'active historiographie bourguignonne. Et il faut encore souligner qu'à partir de cette époque également deux publications majeures ont fourni et pour longtemps des références obligées dans toute étude de droit coutumier : l'édition critique du coutumier de Beaumanoir en 1899 et l'*Histoire de la coutume de Paris* entre 1922 et 1926.

En fait s'organisaient peu à peu des éléments susceptibles de provoquer une rénovation de la méthode et de l'orientation des recherches sur la nature et le contenu du droit coutumier. Cela appelait une mise au point et précisément une publication à fait date, en 1926, parce qu'elle était fondée sur une profonde réflexion clairement exprimée sur ce sujet : la thèse de Jean Yver sur *Les contrats dans le très ancien droit normand (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles)*. L'introduction comporte en effet un véritable manifeste sur la recherche qui l'oppose à l'ouvrage écrit quarante ans plus tôt par Esmein sur les contrats dans le très ancien droit français. Pour J. Yver l'inventaire des principes énoncés dans les grands coutumiers avait été fait depuis longtemps mais il devait être revu à la recherche de l'évolution juridique à partir d'une

---

<sup>38</sup> E. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé, du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle dans les romanistes », *Mélanges Fitting*, 1908.

<sup>39</sup> CHENON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, (2<sup>e</sup> éd.) 1923.

<sup>40</sup> G. BOURGIN, « Le partage des biens communaux », *RHD*, 1908; VIGIER, *Du partage des biens communaux en Auvergne sous l'Ancien Régime*, thèse Paris, 1909; R. FILHOULAUD, *Le partage des biens communaux dans le ressort de la cour d'appel de Limoges*, thèse Limoges, 1932.

<sup>41</sup> L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théorie. Son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, 1912.

<sup>42</sup> R. GENESTAL, *Rôle des monastères comme établissements de crédit*, thèse Paris, 1904; Fr. RICHARD, *Etude sur le contrat d'albergement particulièrement dans la province du Dauphiné*, Grenoble, 1906; J. FRICAUDET, *Essai sur la fidejussio dans l'ancienne Bourgogne*, thèse Dijon, 1907.

<sup>43</sup> H. AUFFROY, *Evolution du testament en France des origines au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1899.

rigoureuse méthode<sup>44</sup> : d'un côté, les coutumiers devaient être avant tout étudiés en eux-mêmes en les confrontant aux actes de la pratique car, tandis que les coutumiers sont des points isolés dans le temps les documents de la pratique forment une chaîne continue; d'un autre côté, au moins à partir du XII<sup>e</sup> siècle ces coutumiers devaient d'abord être considérés dans leur cadre régional, cela sans idée préconçue avant toute comparaison avec les textes coutumiers des régions voisines. Dans cet esprit il ne fallait pas passer tous les textes de coutumes sous la toise de Beaumanoir et il était également bien aléatoire de chercher systématiquement des effluves scandinaves dans le droit normand. C'était seulement à partir d'études régionales que l'on pourrait un jour élever une théorie générale des contrats. Le but était double dans cette recherche, combler une lacune dans l'histoire du droit normand et participer à la construction d'une histoire des contrats en droit français. En tout cas c'est bien dans ce sens que s'est orientée l'historiographie du droit civil entre les deux guerres.

Enfin le troisième caractère de l'historiographie, surtout entre 1880 et 1950, est l'exploration nouvelle du droit des régions considérées comme pays de droit écrit. Cette découverte n'a vraiment commencé que relativement tard, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et sans grand tapage. Elle commence surtout, après des publications de sources, coutumes urbaines et cartulaires, par les travaux autour de la question de la résurgence du droit romain : ce droit s'était-il maintenu ou non entre les invasions et le XIII<sup>e</sup> siècle ? Ainsi peut être considéré comme précurseur l'ouvrage de Flach en 1890, là aussi en liaison avec la science allemande autour de l'idée évolutionniste admettant l'éclipse du droit romain et son renouveau sous l'effet d'une civilisation nouvelle au XII<sup>e</sup> siècle<sup>45</sup>. Suivront autour de 1900-1910 les travaux de Meynial, et aussi de Caillemet, pour la même période sur l'influence du droit savant dans la pratique méridionale à partir de l'idée d'une « invasion » du droit romain<sup>46</sup>.

Déjà les travaux de Jarriand avaient ouvert de nouveaux horizons sur les pays de

---

<sup>44</sup> Introduction, p. 9 : « Le temps n'est plus où l'historien du droit pouvait espérer apporter au public une oeuvre complètement neuve. Le tour a été fait depuis longtemps des principes rassemblés dans nos vieux coutumiers. Des points de repère jalonnent, à plus ou moins d'intervalle, les principales étapes de l'évolution juridique. Il s'agit désormais de retrouver les voies historiques qui ont conduit de l'un à l'autre. Autour des textes coutumiers, pour en expliquer l'origine, le sens, la répercussion, il faut en un mot grouper les textes de la pratique ».

<sup>45</sup> J. Flach, professeur d'histoire des législations comparées au Collège de France, professeur à l'École des sciences politiques, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen Âge avec textes inédits*, Paris 1890. Il rejette les critiques de l'oeuvre de Savigny : ce dernier n'ayant pas trouvé de droit romain vivant avant les glossateurs, on en déduisait qu'il avait dû y avoir continuité mais que Savigny n'avait pas su découvrir, d'autant qu'il restait encore beaucoup à explorer dans les manuscrits. Flach se ralliait plutôt à « l'idée évolutionniste » d'après laquelle « la poussée des circonstances jointe à la valeur des hommes » aurait permis de renouer à partir d'Irnerius la chaîne de la science rompue dans le passé.

<sup>46</sup> Ed. MEYNIAL, « De l'application du droit romain dans la région de Montpellier aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles », dans *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, Rome, 1903; « Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles », dans *Mélanges Chabaneau*, 1907. R. CAILLEMER, « Les idées coutumières et la renaissance du droit romain dans le Sud-Est de la France », dans *Essays in legal history*, Oxford, 1913.

droit écrit, en particulier à propos de la matière successorale<sup>47</sup>. Dans le même temps commencent à propos des institutions de la famille dans leur ensemble des études régionales, menées à partir de la pratique notariale. Ces études émanant d'ailleurs souvent d'érudits locaux demeurent encore des travaux peu considérés pour leur apport à l'histoire juridique<sup>48</sup>. Mais l'ouvrage pionnier, en tant que modèle du genre orientant les recherches futures, est la thèse d'Auguste Dumas, en 1908, sur le droit des gens mariés en Périgord<sup>49</sup>. Dans sa *Préface*, en quelques pages très claires, il posait la question fondamentale à propos de la manière dont l'historiographie du droit civil abordait la division en pays de coutumes et pays de droit écrit dans l'ancien droit. Jusque-là les historiens ne se sont intéressés qu'aux pays coutumiers pour éclairer le droit contemporain tandis que les romanistes ne se sont attachés qu'à la période la plus obscure, des invasions barbares à ce que l'on appelle la *résurgence du droit romain*, à la recherche d'une éventuelle continuité. « Il vaudrait mieux étudier une période pour laquelle on a plus de renseignements et qui, peut-être pour cela est dédaignée par les historiens », entre le XII<sup>e</sup> siècle et la Révolution, car ce ne sont pas les juristes savants (glossateurs et postglossateurs) « qui nous montrent comment se passaient les choses dans la réalité. On ne s'est jamais demandé comment au Moyen Âge et dans les Temps modernes le droit romain s'accommodait aux nécessités de la pratique ». Dumas développait alors un plaidoyer très argumenté sur la nécessité d'exploiter largement l'énorme gisement documentaire des archives notariales<sup>50</sup> pour faire avancer les connaissances sur l'évolution juridique des pays

<sup>47</sup> E. JARRIAND, « L'évolution du droit écrit dans le Midi de la France depuis le IX<sup>e</sup> siècle jusqu'en 1789 », *Revue des questions historiques*, nouvelle série, t.IV, 1990-1991; *Histoire de la nouvelle 118 dans les pays de droit écrit*, Paris 1889; « La succession coutumière dans les pays de droit écrit », *RHD*, 1890.

<sup>48</sup> La bibliographie donnée par BRISSAUD (*Histoire du droit français*, t.II, 3<sup>e</sup> partie, *Droit privé*), en tête du chapitre premier consacré à la famille, p. 1003, est très révélatrice à ce sujet. Elle est divisée en trois paragraphes : 1) *bibliographie juridique générale de la famille*; 2) *législation étrangère*; 3) *moeurs*. Or l'auteur a groupé sous cette troisième rubrique des études, ouvrages ou articles, concernant les régions de droit écrit et qui étaient fondées sur le dépouillement d'archives notariales (tout particulièrement les travaux de Ch. de Ribbe sur la famille en Provence).

<sup>49</sup> Auguste DUMAS, archiviste du département de la Dordogne, *La condition des gens mariés dans la famille périgourdine au XV<sup>e</sup> et au XVI<sup>e</sup> siècles. Etude de droit romain en pays de droit écrit*, Paris, thèse 1908 (Chénon et Lefèbvre figuraient au jury). L'auteur termina sa carrière comme professeur d'histoire du droit à la Faculté de droit d'Aix en Provence et ses cours de doctorat professés autour de 1950 demeurent très actuels.

<sup>50</sup> Préface, p. I-IV « [...] Ces réalités on peut les étudier à l'aide des documents conservés dans les archives départementales. On n'aura pas à se plaindre de manquer de textes; on courra plutôt le risque de se noyer au milieu d'une masse trop abondante. Assurément l'historien ne trouve pas toujours dans les pièces d'archives son travail à moitié fait à l'avance, comme dans les oeuvres des jurisconsultes, où les auteurs ont déjà pensé pour lui comme dans les textes de coutumes ou de lois qui lui donnent la règle juridique toute formulée; il faut que celui qui utilise des actes concrets fasse lui-même la théorie, établisse la règle à l'aide de cas particuliers. Mais ces actes que l'on rencontre dans les dépôts publics ont répondu en leur temps à des réalités vivantes; aussi ils pénètrent mieux que ne le feraient des coutumiers ou des commentaires de jurisconsultes dans le milieu moral, économique et social que le droit avait réglé; ils font apparaître davantage la complexité de la vie juridique ».

de droit écrit et le véritable rôle qu'y avait joué le droit romain<sup>51</sup>. De là il proposait une méthode, celle d'une accumulation de monographies particulières comme celle qu'il présentait avant de tenter une synthèse pour l'ensemble de la France méridionale.

De la même veine relèvent les recherches de Roger Aubenas. Sa thèse sur les testaments en Provence publiée en 1927, d'ailleurs quasiment contemporaine de celle de Yver sur les contrats dans le très ancien droit normand éditée en effet l'année précédente, est fondée sur deux idées maîtresses : d'une part, il faut selon la tendance contemporaine multiplier les monographies régionales sans sacrifier à l'esprit de système<sup>52</sup>; d'autre part, les testaments sont le reflet de chaque époque d'autant que tout le droit familial y est passé en revue. Ses études sur le notariat provençal poursuivaient un but complémentaire pour montrer non seulement l'intérêt de la pratique notariale mais aussi l'importance d'une source si énorme. Car l'historiographie méridionale suivait ici, en quelque sorte par la force des choses, une démarche différente et presque inverse de celle des pays de coutumes. Dans ces dernières régions en effet on partait des grands coutumiers pour tenter de comprendre, avec l'appoint des seules sources pratiques fournies par les cartulaires pour le Moyen Âge, les principes qui y étaient énoncés. À l'inverse, ne disposant pas de coutumiers régionaux mais seulement de textes coutumiers urbains où les dispositions de droit privé n'étaient qu'exceptionnellement étendues, les historiens des pays de droit écrit ont été quasiment contraints de fouiller les riches archives médiévales de la pratique notariale pour tenter, comme l'avait fait A. Dumas, d'y découvrir les principes juridiques qui y étaient suivis. Dans une *Etude sur le notariat provençal au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime* (Aix en Provence, 1931) Aubenas présentait une histoire de l'institution notariale indispensable pour explorer et pénétrer plus sûrement ses archives<sup>53</sup>; en 1935 il publiait un recueil de *Documents notariés provençaux du XIII<sup>e</sup> siècle*, comportant entre autres l'édition d'un formulaire. Il insistait alors sur le fait que si les historiens du droit privé reconnaissent désormais l'intérêt des archives notariales l'exploration de cette source n'en était encore qu'à ses débuts

<sup>51</sup> *Ibid.* « Le commerce de ces documents fait comprendre les raisons pour lesquelles le droit romain a survécu si longtemps. Si certaines institutions comme la puissance paternelle qui est pour ainsi dire la base du droit écrit ont persisté pendant des siècles, cela tient surtout à ce qu'elles étaient restées conformes aux mœurs, à la situation économique. Les notaires ayant une boutique recopiaient des formulaires sans être savants et [...] s'ils faisaient du droit romain c'était un peu comme monsieur Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir : le milieu où ils vivaient étaient inconsciemment romain par ses usages et ses mœurs ».

<sup>52</sup> *Le testament en Provence dans l'ancien droit*, Aix en Provence 1927. Dès l'Introduction, l'affirmation est claire : « De nos jours une tendance très nette se manifeste en faveur des études régionales, des monographies locales, qui permettent de suivre de près l'évolution d'une institution ou d'un milieu social. Bien souvent en effet des ouvrages conçus dans un cadre trop général, sacrifiant la réalité, parfois déconcertante, à un abstrait esprit de système, ont méconnu l'individualité des anciennes provinces françaises, alors qu'il conviendrait, au contraire, de mettre en relief les caractères particuliers de chacune d'elles ».

<sup>53</sup> En *Introduction* il rappelait que des monographies sur ce sujet existaient déjà pour diverses régions et que R. Latouche avait souhaité pour le notariat des pays de droit écrit une synthèse s'attachant à la fois aux aspects institutionnel, diplomatique et de droit privé. Mais il remarquait aussitôt que, s'il y avait dans ces régions un fonds commun d'usage, en revanche du point de vue du droit public l'histoire politique de ces pays parfois fort différente réclamait encore, au moment où il écrivait, une approche par régions.

tandis que dans les pays de coutumes également des auteurs avaient étudié le droit privé à la lumière des registres notariaux de l'époque moderne<sup>54</sup>.

Un pas de plus a été franchi par Paul Ourliac avec sa thèse consacrée en 1936 à un jurisconsulte, Etienne Bertrand, dont l'œuvre faisait connaître l'état du droit appliqué en Provence à la fin du XV<sup>e</sup> siècle<sup>55</sup>. Le but ici, parfaitement atteint, était d'éclairer directement les rapports parfois très subtiles entre pratique et droit savant, pratique et doctrine. Or l'intérêt de cette recherche était encore plus grand à la fois à travers l'importance qui avait été attachée sur le moment à l'œuvre de Bertrand par les grands juristes des pays coutumiers mais aussi en considération de l'oubli complet dans lequel cette œuvre était tombée assez rapidement; cet oubli s'explique en réalité par le succès du mouvement romaniste historicisant des juristes du XVI<sup>e</sup> siècle relayé par l'action des parlements qui délaissaient le droit romain tel qu'il était compris par les contemporains pour revenir au droit romain pur; « il y eut désormais, concluait Ourliac, entre le droit méridional et le droit coutumier tel qu'il fut figé par les rédactions officielles, une différence profonde qui n'avait jamais existé auparavant »<sup>56</sup>.

En somme l'historiographie concernant les pays de droit écrit avait fait entre 1920 et 1950 des progrès considérables. Cependant on n'en avait pas encore parfaitement pris conscience en dehors des régions concernées. Le droit des pays dits de droit écrit demeurait, sinon toujours du moins fort souvent, considéré comme d'un intérêt mineur face au droit coutumier étudié, quant à lui, en tant que source essentielle du code civil. L'amertume de Roger Aubenas était extrême de s'être entendu conseiller, dans les années trente pour approcher mieux le concours d'agrégation, d'abandonner ses études sur les notaires provençaux et leur pratique. On avait ajouté : « Au sud de la Loire, cela ne nous intéresse pas... » Plus tard, à la fin des années cinquante, Jean Yver voyait les choses différemment quand il disait : « Vous avez de la chance dans le Midi de posséder des archives notariales si riches pour le Moyen Âge », une réponse, facile il est vrai, venait à l'esprit : « l'absence de coutumiers régionaux est-elle une malchance ? ». Elle suscitait en tout cas un passionnant échange de vues.

\*

\* \*

En conclusion il n'est pas excessif de considérer que la recherche durant cette période d'un siècle, 1850-1950, a été très féconde. Cette sorte de schéma directeur hérité de Klimrath a pleinement joué son rôle, car il est dans la nature de ce genre

<sup>54</sup> Il remarquait en *Introduction* que l'on n'avait encore que très peu puisé à cette source à cause de son abord difficile et de l'immensité presque décourageante de la masse de documents qu'elle fournit, les registres notariaux du XIV<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle se comptant par milliers dans les anciennes provinces de droit écrit.

<sup>55</sup> *Droit romain et pratique méridionale au XV<sup>e</sup> siècle*. Etienne Bertrand, thèse Paris, 1937.

<sup>56</sup> L'auteur retient en conclusion de sa thèse que, au XV<sup>e</sup> siècle en Provence, il existe encore un droit coutumier qui peut tenir en échec les règles romaines « [...] Vu par Bertrand le droit méridional a la plasticité et la cohérence qui font aujourd'hui encore le mérite des législations anglo-saxonnes [...] ce n'est pas un code rigide, des catégories où il faut tout faire entrer. Ces tendances expliquent bien la faveur que connurent au XVI<sup>e</sup> siècle et en pays coutumier, les conseils de Bertrand chez Du Moulin, Tiraqueau, Chasseneuz [...] Ainsi s'accuse la communauté de leurs méthodes [...] Bertrand représente à cet égard un chaînon nécessaire entre Bartole et Du Moulin ».

d'exercice d'offrir un cadre nécessaire, une hypothèse de travail pour servir de référence mais destinée à être remise en question à la suite de nouvelles prospections.

Sans doute en 1950 ce schéma directeur était-il dépassé sinon complètement périmé. Mais des textes de cette époque ont à leur tour esquissé une nouvelle hypothèse de travail pour l'histoire du droit civil avant la codification à la fois sur le fond et sur la méthode. D'abord on peut retenir l'article célèbre de Pierre Tisset intitulé *Mythes et réalités du droit écrit*, paru en 1959. Puis l'introduction de Jean Yver à son ouvrage *Egalité entre héritiers* écrite au moment ultime de la publication en 1966, en était le pendant pour le droit coutumier, pour une autre histoire de ce droit. Enfin à ce texte fondateur de Jean Yver et dans les mélanges qui lui étaient consacrés en 1976 répondait un article de Paul Ourliac, avec l'intelligence fulgurante qui était la sienne, sur *L'esprit du droit méridional*.

Mais depuis bientôt un demi-siècle notre historiographie s'est encore enrichie et a évolué; la question est alors posée de savoir si la mise en forme d'une nouvelle hypothèse de travail, d'un nouveau schéma directeur ne serait pas opportune désormais. Il faudrait, en effet, tenir compte en premier lieu de ce que le verrou de la Révolution et de la codification napoléonienne a sauté sous le poids de l'histoire et ouvrir de nouvelles perspectives. De même faudrait-il considérer globalement l'ensemble du droit privé en intégrant dans ce schéma à côté du droit civil la matière commerciale et la procédure, voire le domaine pénal. Enfin faudrait-il apporter une réflexion sur la méthode depuis la révolution informatique. Pour emprunter un extrême raccourci, l'informatique a fourni un merveilleux instrument pour mieux maîtriser la documentation mais le chercheur doit toujours la dominer; disons-le brutalement, un « fromage » ne saurait être en aucun cas pour l'historien un alibi pour ne pas penser.



## LA PREMIERE GÉNÉRATION D'AGRÉGÉS D'HISTOIRE DU DROIT

Jean-Louis HALPERIN

*A la mémoire du professeur Gérard Sautel*

De la place des sentiments dans l'étude de l'histoire, il y aurait beaucoup à dissenter... Pour justifier le choix de notre sujet et de notre méthode, nous nous contenterons de dire que la recherche de l'objectivité est d'autant plus nécessaire quand nous travaillons sur les historiens du droit du passé pour nous garder des risques de corporatisme inhérents à l'identité disciplinaire. Nous avons pris le parti de traiter d'un groupe d'historiens du droit de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle après la création d'une agrégation spécialisée et la génération des « pères fondateurs » issus de l'agrégation unique (de Glasson 1865, Esmein 1875, Cuq 1876, Girard et Fournier 1880, Chénon et Brissaud 1883, Meynial 1887, Declareuil 1893, à Lambert et Collinet 1896). Nous n'avons connu personnellement aucun membre de cette cohorte. Il reste, sans doute de manière inévitable, un courant général de sympathie pour des universitaires qui ont cherché à expliquer les phénomènes juridiques par une démarche historique et qui ont cru à l'utilité de l'histoire du droit.

Notre étude porte sur les agrégés des onze premiers concours d'histoire du droit de 1897-1898 à 1922, soit trente professeurs recrutés environ tous les deux ans - avec une longue interruption de 1912 à 1919 - à raison de deux à quatre reçus par concours. Nous pensons que, sur une durée de vingt-cinq ans de recrutement affectant des universitaires nés entre les années 1860 et 1890, s'est constituée une première génération de professeurs d'histoire du droit susceptibles, à travers des traits communs, d'avoir donné une configuration d'ensemble à la discipline. Les deux tiers des dossiers tenus par l'administration, avec les annotations des doyens et des recteurs, ont pu être retrouvés aux Archives Nationales<sup>1</sup>. Pour les autres professeurs, nous nous sommes appuyés sur les notices de la RHD - curieusement éparées - et sur des nécrologies publiées dans divers bulletins<sup>2</sup>. La carrière de ces enseignants présente un certain nombre de caractéristiques tenant à la structuration du corps des historiens des facultés de droit, au contexte politique de la première moitié du XX<sup>e</sup>

---

*Professeur à l'École Normale Supérieure (Ulm)..*

<sup>1</sup> F<sup>17</sup>23959 (Testaud), 24395 (Maria), 24695 (Perrot), 24783 (Bridrey), 24799 (Ferradou), 24836 (Thomas), 25396 (Senn), 25425 (Dumas), 25437 (Kroell), 25452 (Olivier-Martin), 25712 (Boulard), 26701 (Astoul), 26742 (Fliniaux), 27015 (Lévy-Bruhl), 27357 (Le Bras), 27455 (Regnault), AJ 16 996 (Caillemer), 1059 (Duquesne), 1099 (Génestal), 6103 (Noailles).

<sup>2</sup> Pour Marcel GARAUD, *Bulletin de la Société des Antiquaires de l'Ouest*, 1<sup>er</sup> trimestre 1972, t.XI, p. 325.

siècle, enfin à l'orientation scientifique de leurs travaux. Ils ont été des universitaires (I), des combattants (II) et des savants (III).

## I – DES UNIVERSITAIRES.

Les données conservées dans les dossiers d'archives ou reproduites dans les notices nécrologiques ont les défauts et les avantages de ce type de documents : dans leur sécheresse, ils ne nous disent pas grand chose de la personnalité de chaque professeur, mais dans leur globalité, ils se prêtent à un traitement statistique qui permet de dégager en matière d'âge, d'origine géographique et de carrière, certaines caractéristiques de la cohorte étudiée. Notre groupe de trente agrégés est relativement homogène en ce qui concerne l'âge de succès au concours d'agrégation (donnant droit à un emploi d'agrégé près d'une faculté des départements pour dix ans et à une chaire de professeur dans les 4 à 8 ans avant la première guerre mondiale, dans l'année suivante après la guerre) : un peu moins de 30 (29, 89) ans avant 1914 (19 professeurs), environ 36 ans et demi (36,45) après 1919 (11 professeurs), 32 ans et 4 mois pour l'ensemble de la période (30 professeurs). Le plus jeune est Duquesne agrégé à 25 ans en 1899, les plus âgés sont Lefèvre, Kroell et Regnault, agrégés à 39 ans en 1920 pour les deux premiers et en 1922 pour le troisième. L'élévation de l'âge moyen de succès à l'agrégation est, bien sûr, due à l'interruption du concours entre 1914 et 1918.

Le lieu de naissance est identifié pour vingt-huit des agrégés et, en dépit de son caractère aléatoire, il révèle des inégalités : au profit de la partie septentrionale (17 professeurs) et au détriment de la partie méridionale (11 professeurs) du pays, avec un poids relativement limité de Paris (Astoul, Senn, Lévy-Bruhl), plus important pour le Nord-Ouest (Olivier-Martin et Le Bras sont nés dans les Côtes-du-Nord, Giffard en Ille-et-Vilaine, Boulard dans la Manche, Bridrey dans l'Orne, Génestal en Seine-Inférieure, Duquesne dans le Pas-de-Calais, Champeaux et Fliniaux dans le Nord). Aucun de nos professeurs n'est originaire de Haute-Garonne ! Relativement importante pour le choix de la faculté d'études (compte tenu de la forte attraction de Paris, par exemple pour Champeaux, Lefèvre), cette origine joue un rôle beaucoup plus faible pour la carrière : seuls le Nancéen Kroell, le quasi-poitevin Garaud (originaire des Deux-Sèvres) et les deux Aixois, Dumas et Bry n'ont, connu qu'une chaire dans la ville même de leur naissance.

La profession des pères de ces agrégés est rarement connue, dans la mesure où les actes de naissance ne figurent pas dans les dossiers (même en cas de départ à la retraite, l'acte de naissance fourni par l'enseignant est, ensuite, retiré). Nous savons seulement que Caillemer, Bry et Lévy-Bruhl étaient fils de professeurs d'université, Champeaux et Pissard d'avocat, Giffard d'avoué et Ferradou d'un receveur de l'enregistrement. Il n'y a là rien de très surprenant pour un corps enseignant des facultés d'origine bourgeoise où les professions juridiques sont surreprésentées<sup>3</sup>.

Au moment de leurs succès au concours, nos premiers agrégés sont titulaires de deux doctorats : en droit romain et en droit français pour les concours de 1898 et 1899, puis en sciences juridiques et en sciences politiques ou économiques (après la

<sup>3</sup> Christophe CHARLE, *La République des Universitaires 1870-1940*, Paris, éd. du Seuil, 1994, p. 261.

réforme du doctorat en 1895 : Caillemer déjà en 1901, Perrot et Pissard en 1907 et 1910, Lefèvre en 1910 et 1912, Noailles en 1912 et 1914). Cette exigence disparaît pour les concours d'agrégation organisés après la première guerre mondiale (Petot avec une seule thèse en 1912 de même pour Regnault, Kroell, Garaud, Viard avec en plus une thèse ès-lettres). Très peu de dossiers mentionnent la prestation du serment d'avocat (Astoul, Ferradou et Maria agrégés en 1897, Huvelin en 1899), à la différence des civilistes. Beaucoup des agrégés ont été, en revanche, chargés de conférences ou de cours avant le succès à l'agrégation : nous avons trouvé dans 17 dossiers ce détail qui montre l'apparition d'un début de carrière spécialisé. Les cas de candidatures à plusieurs concours, pas toujours indiqués, deviennent naturellement plus fréquents avec le temps et après la guerre de 1914-1918. Plus atypiques sont les passages par la Fondation Thiers (Senn, Giffard, Olivier-Martin), l'École des Chartes (Dumas) ou l'École de droit du Caire (Durtelle de Saint-Sauveur). Noailles a été membre de l'École française de Rome après l'agrégation (1922-1923).

Il est possible de différencier plusieurs types de carrière après l'agrégation, en fonction de leur durée, du passage par une ou plusieurs facultés, d'une éventuelle promotion à Paris et de l'exercice de fonctions administratives dans l'université. La durée moyenne de la carrière se situe un peu en dessous de 30 ans (29, 37 ans), avec naturellement de grands écarts tenant aux décès prématurés. Les carrières les plus courtes sont celles des professeurs morts pendant la première guerre mondiale - Boulard (6 ans, mort au front en 1914) et Pissard (4 ans, mort en 1916) - et celle de Lefèvre (5 ans) mort en 1925. Les plus longues, dépassant 40 ans, sont celles de Ferradou (41 ans), Olivier-Martin, Bry et Le Bras (42 ans) et, en première place par la combinaison de l'âge d'accès au professorat et des années de rectorat, celle de Félix Senn (44 ans).

Si l'on considère le nombre de facultés dans lesquelles ces professeurs ont été en poste, les résultats sont les suivants : une seule faculté pour 12 d'entre eux, des carrières les plus courtes (celles de Pissard, Boulard, Lefèvre, Viard) aux plus longues (celles de Durtelle de Saint-Sauveur 33 ans à Rennes, Thomas 34 ans à Toulouse, Dumas 41 ans à Aix, Bry 42 ans à Aix); deux facultés pour 12 autres (l'appel à Paris pour Génestal, Olivier-Martin, Fliniaux, Noailles, Lévy-Bruhl, Petot, Le Bras ou à Strasbourg en 1919 pour Duquesne et Champeaux), trois facultés pour 5 (Ferradou, Caillemer, Senn, Perrot et Regnault) et quatre facultés pour le seul Giffard. La fin de carrière à la Faculté de droit de Paris - qui signifiait, d'abord, une rétrogradation (compensée par une indemnité) des professeurs des facultés de province au rang d'agrégé en attendant le jeu complexe des chaires vacantes - concerne onze membres de notre cohorte, Félix Senn se singularisant à nouveau par sa demande de retour à Nancy en 1926 après quatre années passées à Paris. Pour ce qui est de l'exercice des fonctions administratives dans l'université, situées elles aussi en fin de carrière, Ferradou (Bordeaux 1935-1940), Thomas (Toulouse 1935-1938), Durtelle de Saint-Sauveur (Rennes, 1938-1941), Bry (Aix 1945-1952) et Le Bras (Paris 1959-1962) ont été doyens, Senn toujours atypique successivement doyen (1931-1940), recteur (du 15 novembre 1940 au 26 février 1946) et à nouveau doyen (1945-1949) à Nancy.

Comme on le voit, la totalité ou l'essentiel de la vie professionnelle de ces agrégés d'histoire du droit s'est passée à l'université. Duquesne fait un peu figure d'exception par son entrée à la Cour de cassation. Une des ambitions des créateurs de l'agrégation, aux premiers rangs desquels Adhémar Esmein, a été accomplie :

l'agrégation a bien fabriqué une identité professionnelle et, au sein des facultés de droit, s'est constitué un corps d'enseignants spécialisés en histoire et entièrement dévoués à leur discipline.

## II — DES COMBATTANTS.

Ces historiens du droit, Esmein les avait probablement rêvés comme des hussards au service de la République. Dans la mesure où ils ont été, pendant presque toute leur carrière, des fonctionnaires - notons seulement les fonctions de maître de conférences à l'Institut catholique de Lille de Duquesne - il nous paraît légitime de nous interroger sur leur implication de citoyen dans le contexte, pour la plupart d'entre eux, de la Troisième République. Ici le traitement statistique s'avère plus difficile, les dossiers sont peu diserts sur les engagements politiques des professeurs - surtout après 1914, le contrôle exercé par les autorités républicaines sur les professeurs de droit suspectés d'opinions cléricales s'étant surtout manifesté entre les années 1880 et 1900 - et il n'est pas toujours possible de retracer l'itinéraire idéologique d'enseignants qui, pour beaucoup, n'ont pas fait part publiquement de leurs opinions. Nous pensons, néanmoins, qu'apparaissent des traits eux aussi susceptibles d'avoir marqué l'image de cette première génération d'agrégés d'histoire du droit.

La première caractéristique, générationnelle, tient à la place de la guerre avec un grand nombre de carrières affectées par un ou deux des conflits mondiaux du XX<sup>e</sup> siècle. La majorité de nos agrégés a servi sous les drapeaux pendant la première guerre mondiale, avec des situations variables tenant à leur âge, leur santé et leur affectation. Rendons honneur, d'abord, à Louis-Marie-Jean Boulard agrégé en 1908, lieutenant tué sur le front de la Marne dès le 3 septembre 1914 et à Hippolyte Pissard agrégé en 1911, lieutenant tué sur le front de la Seine en 1916. Ont servi au front Astoul (capitaine d'artillerie, 1914-1919), Génestal (pas d'affectation mentionnée), Champeaux (combattant de Verdun, décoré), Perrot (blessé en 1915, chevalier de la Légion d'honneur), Bry (décoré de la Légion d'honneur en 1935), Lévy-Bruhl (blessé et chargé ensuite des relations avec l'Armée américaine) et Lefèvre (décoré de la médaille militaire et de la croix de guerre). Senn était à l'État-major. À l'arrière, leurs compétences juridiques ont amené Petot et Ferradou à être greffier ou commis-greffier de la justice militaire, Olivier-Martin (exempté, engagé spécial en 1915) à être conseiller technique sur les questions contentieuses, Maria et Huvelin à être attachés au contrôle télégraphique, Thomas à l'intendance, Fliniaux, Dumas et Viard au service auxiliaire, ce qui leur permettait de continuer à faire cours pendant les hostilités. Incontestablement, la première génération d'agrégés d'histoire du droit a été marquée par la Grande guerre et les comportements propres aux anciens combattants ont probablement eu des effets sur leurs orientations idéologiques et leurs choix politiques.

Avant d'envisager les carrières qui ont été affectées par la seconde guerre mondiale, nous pouvons indiquer quelques tendances visibles à travers les dossiers ou les notices nécrologiques. Pour la majorité des professeurs, nous n'avons aucun renseignement à caractère politique et cette situation semble bien correspondre à une absence d'engagement public de leur part en dehors de la participation à des œuvres sociales (par exemple, Senn pour les HBM). Pour deux professeurs seulement, les documents font état d'opinions conservatrices ou d'un militantisme catholique qui étaient des caractéristiques communes à beaucoup de professeurs de droit à la fin du

XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle (Chénon était assez représentatif de ce courant). Il s'agit d'Astoul, considéré comme « d'opinions très arriérées » par le recteur de Caen en 1903, et de Joseph Duquesne, remarqué pour son implication dans le mouvement et les œuvres catholiques (notamment en Alsace). Un autre groupe est constitué par Ernest Perrot<sup>4</sup> et Olivier-Martin dont les sympathies pour l'Action française sont bien connues<sup>5</sup> et, à l'opposé de l'échiquier politique, Henri Lévy-Bruhl qui a appartenu à la SFIO. Thomas, conseiller municipal de Toulouse de 1918 à 1924, soutenait probablement la majorité municipale modérée de l'époque dans la mesure où il était chargé des questions budgétaires.

C'est dans ce contexte que les carrières de quelques agrégés d'histoires du droit ont été bouleversées par la Seconde guerre mondiale. Durtelle de Saint-Sauveur, doyen de la Faculté de Rennes de 1938 à 1941 et Félix Senn, nommé recteur de l'Académie de Nancy par Vichy, confirmé en 1944 et jusqu'en 1946, puis doyen de la faculté de la même ville de 1945 à 1949 semblent avoir adopté une attitude susceptible de ne pas inquiéter le régime de Vichy ni les autorités à la Libération. Le recteur Senn est connu pour avoir protégé des étudiants contre l'occupant allemand. Quant à Le Bras, il refuse le rectorat de Rennes en 1941. Il n'en va pas de même pour François Olivier-Martin, qui préside l'Institut d'études corporatives et sociales, est nommé par le gouvernement de Vichy juge de la Cour suprême de justice de Riom (1941, rattaché pendant cette période à la Faculté de Poitiers) et membre du conseil de l'Université (de décembre 1943 à sa démission acceptée le 22 janvier 1944 malgré les instances de Ripert).

Pour cette période noire, le dossier le plus émouvant que nous avons été amené à consulter est celui d'Henri Lévy-Bruhl. Professeur de droit romain à Paris, il est mobilisé, puis frappé par la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs. Devant cesser ses fonctions dans les deux mois suivant la promulgation de cette loi, il est « en attendant » mis à la disposition de la Faculté de droit de Lyon le 30 octobre 1940. Il tente d'invoquer l'exception de l'article 8 de la loi en faveur des « juifs qui, dans les domaines littéraire, scientifique, artistique, ont rendu des services exceptionnels à l'État français ». Sa requête est rejetée par le Conseil d'État estimant, le 17 décembre 1940, que ses travaux sont « dignes d'éloge », mais que ses services n'ont pas le caractère exceptionnel requis par la loi. La liquidation de sa pension intervient par un arrêté du 16 juin 1941. Henri Lévy-Bruhl fait ensuite une demande, fondée sur l'article 7, 7<sup>o</sup>, alinéa 6, du second statut des juifs (loi du 2 juin 1941) repoussant l'application des révocations pour les ascendants d'un prisonnier de guerre à la libération de ce dernier. Comme son fils Jacques est en captivité en Allemagne, il obtient un arrêté du 14 janvier 1942 rapportant celui de juin 1941 et le maintenant en fonctions à Lyon : les autorités ne jugent pas opportun de lui donner un enseignement (janvier 1942) et il rejoint Paris grâce à Paul Ramadier, puis les FFI et la Première Armée. Dans ce dossier, le contraste est fort entre deux documents. Une note de Paul Ourliac, chef de cabinet de Carcopino, indique laconiquement : « je

<sup>4</sup> Il présente une conférence à l'Action Française en 1932 après son « accident » de santé en 1930, il est signataire d'une pétition de soutien à l'Italie dans la guerre d'Éthiopie.

<sup>5</sup> Marc MILET, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public : contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse science politique Paris II, 2000, p. 154 et 584.

vous prie de ne pas donner suite, si vous partagez mon avis, à la demande que nous a faite M. Lévy-Bruhl professeur à Lyon, mal informé de ses droits et qu'il me demande maintenant de rattraper ». Henri Lévy-Bruhl écrivait, pour sa part, après la loi du 2 juin 1941 : « Enfants, on nous a dit qu'un de nos ascendants avait été soldat de la Grande Armée [...] Mais, il me faut prouver en outre que ma famille a rendu des services exceptionnels. Je n'ai pas l'intention d'énumérer ici les noms de mes oncles qui ont pris part à la guerre de 1870, ni de mes cousins morts pour la France en 1914-1918. Vous estimerez sans doute que M. Lucien Lévy-Bruhl, philosophe et ethnologue de renommée mondiale, a rendu des services exceptionnels à son pays [...] Après avoir parlé de mon père, je ne puis rien dire de moi. Je me suis consacré uniquement à mon métier de professeur d'histoire du droit. J'ai fait des travaux d'érudition dont la liste est ci-jointe. À vous de juger, M. le Secrétaire d'État, si j'ai assez travaillé pour mon pays, pour avoir le droit d'être traité comme tout autre Français ».

### III – DES SAVANTS.

Une des expressions choisies par Henri Lévy-Bruhl nous amène à évoquer, ce qui n'est pas sans importance, l'exercice du « métier de professeur d'histoire du droit » par notre cohorte d'agrégés. Les documents consultés permettent, dans ce domaine, d'avoir une vue synthétique de l'enseignement donné par ces agrégés. Quatorze d'entre eux, un peu moins de la moitié, ont occupé une chaire de droit romain pour la totalité et l'essentiel de la carrière, quinze autres se sont vus affectés principalement à un poste d'histoire du droit (Ferradou, Testaud, Perrot, Petot et Regnault ont occupé quelque temps une chaire de droit romain), le doyen Le Bras ayant été successivement professeur de droit romain (1920-1930), puis d'histoire du droit canon (1931-1964, à la suite de Génestal qui a occupé cette chaire seulement en 1929-1930). Cette répartition correspond à une évolution des chaires : avant l'entrée en fonction de nos premiers agrégés, on comptait 22 chaires de droit romain et sept d'histoire du droit<sup>6</sup>. Elle ne remet pas en cause l'unité du corps, puisque beaucoup des professeurs de nos cohortes ont donné à un moment ou un autre des cours de droit romain, comme des cours d'histoire du droit français. Leur enseignement (en général apprécié par les annotations) a porté sur l'histoire, mais sans exclusive : outre des cours d'histoire des doctrines économiques (Ferradou, Maria), des cours de droit civil (Astoul, Ferradou en droit civil comparé, Olivier-Martin en capacité), de droit public (Fliniaux, Testaud), d'économie politique (Dumas, Olivier-Martin), de législation rurale (Huvelin) ou industrielle (Testaud, Senn, Kroell) ont pu être dispensés par les agrégés d'histoire, notamment en début de carrière. Le sectionnement de l'agrégation n'a pas signifié une limitation au seul enseignement de l'histoire du droit, même si les carrières transdisciplinaires disparaissent après l'exemple d'Édouard Lambert, transféré en 1921 à une chaire de droit comparé (sans tenir compte des passages pour la forme à Paris dans la chaire de législation et d'économie rurales). L'intérêt d'Huvelin, Lévy-Bruhl et Le Bras pour la sociologie ne s'est pas traduit par une évolution de leur chaire.

Dans le domaine de la recherche, la situation est plus complexe. Il est, d'abord, remarquable que les doyens et recteurs, attentifs à ce sujet, ont presque toujours

---

<sup>6</sup> *Annuaire de l'enseignement*, 1898.

considéré nos agrégés comme des « érudits », des « savants », des « chercheurs » au courant des « nouvelles méthodes historiques ». Sur ce fond général de montée en puissance de l'histoire « positiviste » (ou « scientifique »), le tableau est nuancé en fonction des spécialités plus ou moins fines et des publications. Les dossiers mentionnent souvent des orientations de recherche dominantes de nos professeurs: en droit romain archaïque ou classique (Noailles, Lévy-Bruhl), en Antiquités orientales (Boulard pour l'Égypte), en droit byzantin (Testaud), en histoire du droit public au Moyen Âge (Perrot, Garaud) ou sous l'Ancien Régime (Olivier-Martin, Regnault), en droit coutumier (Petot, bien sûr, mais aussi Astoul et Bridrey pour le droit normand), en droit canonique (Génestal, Le Bras). L'éventail s'élargit à l'histoire régionale (Durtelle de Saint-Sauveur est l'exemple-type), voire à l'histoire contemporaine depuis 1789 (Olivier-Martin pour sa thèse, Viard et Garaud). Il est nettement moins étendu qu'aujourd'hui, mais il ne se réduit pas aux seuls domaines couverts par les manuels canoniques.

Pour ce qui est des publications, sans vouloir établir une quelconque hiérarchie, nous pouvons distinguer ici encore des sous-groupes. Quelques rapports indiquent explicitement que les professeurs concernés ne publient plus depuis leur thèse ou publient peu. Ainsi pour Kroell, qui avait des problèmes de vue, ou Thomas qui « produit peu par excès de conscience, ne trouvant jamais suffisamment au point ses travaux ».

Pour d'autres, les publications sont présentes, mais irrégulières, souvent sous forme de petits articles ou d'une seule monographie d'ampleur : il s'agit d'Astoul et Bridrey en droit normand, de Ferradou (sur les droits féodaux et la propriété domaniale de La Teste) de Maria, Fliniaux, Duquesne, Giffard et Senn en droit romain (auxquels on peut ajouter Testaud en droit romain et coutumier, Bry en droit romain et en droit public d'Ancien Régime), de Caillemer en droit coutumier (une vingtaine de publications en vingt ans dont la traduction d'un article d'Ehrlich et des contributions à des ouvrages anglais ou américains), de Viard en histoire du droit privé depuis 1789 ou de Durtelle Saint-Sauveur en histoire régionale.

Enfin, il ne fait pas de doute que se détache le groupe de ceux dont les travaux ont assuré la réputation nationale et internationale, souvent consacrée par les directions d'études à l'École des hautes études (Génestal qui suit la tradition d'Esmein, Lévy-Bruhl qui participe à la création de la VI<sup>e</sup> section et le doyen Le Bras), les invitations à l'étranger, les doctorats *honoris causa* ou l'entrée à l'Institut. En font partie à notre avis Huvelin, Génestal, Champeaux, Olivier-Martin (Inscriptions et Belles-Lettres, 1936), Perrot, Dumas, Noailles, Lévy-Bruhl, Petot (Inscriptions et Belles-Lettres, 1957), Le Bras, Regnault et Garaud.

Nous nous étions demandé, dans une étude précédente<sup>7</sup>, si l'établissement de l'agrégation d'histoire du droit n'avait pas conduit à un repli identitaire de la discipline. La réponse partielle que nous semble apporter l'étude de cette première génération d'agrégés est nuancée. La spécialisation a bien joué en faveur du droit romain et de l'ancien droit français et au détriment des liens qu'entretenaient Esmein et ses contemporains avec le droit positif. Toujours respectueux des maîtres qui les avaient formés - et notamment à l'égard d'Esmein - les premiers agrégés d'histoire du droit sont restés globalement fidèles aux canons de la discipline tels qu'ils avaient

<sup>7</sup> Jean-Louis HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, n°4, p. 9-32.

été fixés avant eux, comme le montre le petit nombre de manuels dont ils sont les auteurs. Ils ont en même temps élargi le champ de l'histoire du droit, notamment en direction de l'ancien droit privé. Dans une ambiance nationaliste, ils n'ont pas perdu les contacts avec l'étranger. Ils ont enfin, ce qui personnellement nous touche le plus, pratiqué sans le dire une pluridisciplinarité, dont Huvelin, Lévy-Bruhl et Le Bras restent de magnifiques exemples.

JEAN-BAPTISTE BRISSAUD, UN JURISTE POSITIVISTE  
ENTRE SOCIOLOGIE ET ANTHROPOLOGIE

HERVE LE ROY

À l'approche du vingtième siècle, Jean-Baptiste Brissaud, professeur d'histoire du droit à Toulouse, compose une vaste synthèse de ses activités d'érudition et d'enseignement. Appliquée à la France, mais avec ses renouvellements européens, l'histoire juridique qu'il décrit est marquée par les influences orientant sa réflexion depuis sa thèse<sup>1</sup>. Montesquieu et Savigny, Tocqueville et Taine, Auguste Comte surtout, sont utilisés pour aboutir à un positivisme éclectique aux prétentions sociologiques qui peut s'accorder avec la mentalité des républicains « opportunistes » fondant la troisième République sous les yeux de Brissaud<sup>2</sup>. Avec Esmein son émule, Brissaud appartient pleinement à cette première génération d'historiens du droit libéraux de conciliation évoquée par J. Poumarède<sup>3</sup>.

A travers les mille sept cent quatre-vingt-cinq pages consistantes de ses célèbres manuels parus de 1898 à 1904, nous nous bornerons ici à évoquer brièvement la logique interne de son œuvre, sans malheureusement pouvoir préciser ses sources, ses parallélismes philosophiques (ainsi avec Durkheim) et ses développements juridiques qui nécessitent des travaux beaucoup plus approfondis.

Inspiré par Aristote, Montesquieu et Comte, Brissaud montre d'abord, n'en déplaise aux « utilitaires » superficiels et paresseux, que seule une vaste perspective historique permet de connaître intimement les institutions contemporaines et leurs principes, « l'esprit des lois » selon son maître bordelais. Ainsi se découvrent les lois séculaires inexorables dont les formes juridiques ne sont, dans chaque civilisation, que des expressions adaptées aux contingences sociales particulières d'un moment donné<sup>4</sup>.

En invoquant, selon Burke, la plasticité du pragmatisme anglais grâce à son conservatisme affecté<sup>5</sup>, en citant Savigny et même Portalis<sup>6</sup>, Brissaud en profite pour

---

*Maître de conférences à l'Université des sciences sociales de Toulouse.*

<sup>1</sup> J.-B. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français* (sources, droit public, droit privé), Fontemoing, Paris, t.1, 1898, t.2, 1904.

<sup>2</sup> Cf. notice Brissaud, dans *Dictionnaire historique des juristes français*, sous direction ARABEYRE, HALPERIN et KRYNEN éds, à paraître.

<sup>3</sup> J. POUMAREDE, « Penser l'absolutisme. Approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises », *De la Res publica aux Etats modernes*, Journées Internationales d'Histoire du Droit, Bilbao, Servicio Editorial de la UPV/EHU, 1992, p. 263-274.

<sup>4</sup> J.-B. BRISSAUD, *Manuel [...]*, ouv. cit., p. 1, 3, 11.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 970, 973 et 974.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 411 et 412.

honnir la rigidité mécanique des systèmes *a priori* échafaudés par les théoriciens du droit naturel qui prétendent se dispenser de l'histoire et de ses leçons. Dans cette croisade contre l'artificialisme arbitraire, outrancier et dangereux, de la pensée des dix-septième et dix-huitième siècles, Brissaud, réfléchissant l'éclectisme de Comte sans idées préconçues et partisans, enrôle Burke et de Maistre avec Bentham, Savigny avec Hegel, Bonald avec Taine, leur méthode inductive les réunissant malgré des conclusions politiques très opposées<sup>7</sup>.

Mais appréhender dans toute sa complexité l'homme concret immergé dans une société, c'est aussi reconnaître, à côté des nécessités matérielles, l'importance des facteurs moraux de l'idéal collectif stimulant l'action. En ce sens, ramenées à leur rôle d'impulsion, de mythe selon la méthodologie platonicienne, comme l'avaient d'ailleurs compris les plus lucides de ses adeptes, les rêveries philosophiques du droit naturel n'en ont pas moins eu des effets puissants et objectivement bénéfiques en poussant à des réformes devenues nécessaires dans une nouvelle société individualiste, surtout si un relativisme réaliste est venu brider les risques recelés par un excès d'intellectualisme spéculatif<sup>8</sup>. Ici, les soubresauts momentanés mais déplorables de la Révolution Française, suscitant même parfois des aberrations régressives, sont opposés au sage pragmatisme anglais, garantissant une évolution plus tranquille et plus sûre. Trop schématique, comme l'a montré Taine, l'esprit français s'est alors laissé prendre aux divagations simplistes et pernicieuses de Rousseau<sup>9</sup>. Il en résulte tout un aspect confus, parfois criminel, et finalement stérile de notre Révolution qui cependant ne saurait éclipser, malgré les réactionnaires, son œuvre vraiment constructive, fondement de la nouvelle société, lorsqu'elle a fait aboutir des transformations séculaires ébauchées par cette vieille France dont elle procède, même à son corps défendant<sup>10</sup>.

Au vrai, s'affirmant progressivement parmi les hommes, l'idée de justice revêt des formes mouvantes très différentes selon les temps, afin de s'accorder avec les sentiments dominants du moment<sup>11</sup>. Aussi, alors que peut advenir l'ère positiviste du vingtième siècle, le droit doit enfin devenir une branche de la science sociale annoncée par Comte, et donc se dégager de la tutelle que la philosophie vient de lui infliger en se substituant à la théologie moyenâgeuse. Le rejet des utopies faciles (poursuivies au dix-neuvième siècle par les socialistes prétentieux, pêle-mêle Saint-Simon, Fourier, Leroux, Proudhon, Lassalle et Marx, des théoriciens amalgamés avec dédain par Brissaud, germaniste mais ostensiblement ignorant du Marxisme et de ses prétentions à la scientificité) caractérise négativement le positivisme que prône notre historien du droit sur la lancée de Comte<sup>12</sup>.

*Sui generis* maintenant, la méthode expérimentale, basée sur l'observation minutieuse et la comparaison raisonnée, permet de fonder rigoureusement la « science sociale » prophétisée par Auguste Comte ou « science de l'être collectif qu'on appelle société ». L'histoire et le droit doivent former des branches éminentes de cette « science des faits sociaux », aussi réels pour l'homme que les faits matériels,

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 412.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 969 à 972.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 411.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 970.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 1, 4, 5, 6, 13, 23.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 413.

puisque, selon la leçon jadis donnée par Montesquieu, on peut y dégager des lois régulières qui se vérifient maintenant dans les statistiques et par les enquêtes<sup>13</sup>. La reconnaissance de la complexité d'ailleurs croissante des organismes collectifs souligne la spécificité irréductible de cette « sociologie », même si des comparaisons suggestives peuvent lui venir d'autres sciences, en particulier de la biologie étudiant les corps cette fois physiques et naturels<sup>14</sup>. D'ailleurs, l'histoire enquêtant sur des documents lacunaires et tendancieux doit se borner à révéler des orientations sur le long terme, qui, concrètement, permettront de mieux prévoir l'avenir et de tenter éventuellement de l'infléchir<sup>15</sup>.

Dans cette esquisse, nous évoquerons d'abord le développement intrinsèque de la société et de ses organes qui, dans son élan, peut entraîner des déséquilibres redoutables : des processus pathologiques risquent d'emporter même une civilisation incapable d'assimiler qualitativement, donc mentalement, sa croissance quantitative (Nisbet a montré l'angoisse des initiateurs de la sociologie). Puis nous évaluerons l'action logique du temps sur les hommes dont le milieu mental est forcément une résultante chronologique. Produit historique, comme le montre notre exemple national, le droit combine, selon des proportions changeantes, les exigences de l'esprit et des besoins des hommes d'une civilisation particulière, à un moment caractérisé de son destin. Auparavant Brissaud assouplit le déterminisme de son évolutionnisme positiviste en montrant l'essence cumulative du progrès qui se déploie en s'appuyant sur un passé orienté vers lui.

### I – LE DÉVELOPPEMENT PÉRILLEUX DE LA STRUCTURE SOCIALE.

La cohésion du groupe doit supporter la hiérarchisation nécessaire à son évolution sans que son appareil central – étatique dans une société – ne s'hypertrophie. Suscitée directement par des besoins élémentaires, l'autonomie des acteurs sociaux s'affirme d'abord avant la coordination qui la mettra sous tutelle, au risque de la stériliser. En effet, les structures rigides chercheront fatalement à étouffer la spontanéité première qui atteste pourtant la vitalité des hommes et de leurs groupes.

*Des lois sociales ambivalentes.*

Récusant l'irénisme naïf de la théorie du contrat social, Brissaud observe d'abord les nécessités poussant impérativement les hommes à s'unir s'ils veulent subsister face aux périls qui les environnent<sup>16</sup>. Mais tout regroupement, pour rester efficace et viable, doit fatalement susciter une structuration en un corps dont une ferme discipline assure la cohésion, les volontés particulières ne pouvant y poursuivre des buts trop divergents. Ainsi apparaît le droit, contrainte que l'organisme collectif impose aux individus qui le composent. Cet impératif appelle une hiérarchie pour garantir la norme indispensable<sup>17</sup>. Cette loi sociologique d'airain est vérifiée par Brissaud dans des cas très divers mais l'autorité y est d'abord calquée, plus ou moins directement, sur le modèle patriarcal apparu en premier dans la cellule familiale

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 2, 6, 7, 8, 10, 11, 399, 403, 410.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 12, 467, 468 et 472.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 9, 12.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 465-466, 470, 604.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 465, 470, 604, 631, 632, 698, 753.

élémentaire pour y assurer l'unité du commandement<sup>18</sup>. En effet, dans les débuts de l'histoire, l'insécurité est si prégnante, avec un État très embryonnaire, que chacun reste complètement soumis à sa communauté familiale, lui sacrifiant sans regret une indépendance invivable pour obtenir protection et nourriture<sup>19</sup>.

Ainsi se forme un esprit communautaire qui connaît son apogée au Moyen Âge lorsqu'il se ramifie dans toutes les activités humaines (selon l'école allemande où Gierke annonce Tönnies) comme le démontrent spontanément les communautés d'habitation taisibles, les corporations de métiers, les collectivités locales, villes surtout mais aussi déjà villages, les sociétés commerciales encore fraternités issues de « l'intuitus personae », l'Église avec ses évêchés et ses ordres religieux<sup>20</sup>. À chaque fois, des groupes caractéristiques doivent d'abord s'affirmer dans un milieu hostile.

L'unité nationale elle-même, et la centralisation qui l'exprime, constituent aussi une réaction face aux périls extérieurs qui pèsent sur la France depuis la guerre de Cent ans. Mais cet État, en s'imposant, va saper les communautés qui pourraient lui disputer sa primauté sur ses nouveaux sujets<sup>21</sup>. Assailli partout, le gouvernement révolutionnaire du Salut public n'a fait que tendre à l'extrême le ressort déjà employé par son prédécesseur monarchique (une idée bien sûr venue de Tocqueville)<sup>22</sup>. Enfin, la défense du corps social joue aussi en son sein ce qui justifie la sanction et même l'expulsion des éléments devenus indésirables ; d'où l'émancipation rejet hors de la famille, la mise hors la loi du forban durant les époques archaïques, l'excommunication de l'Église, les bannissements et les confiscations de l'Ancien Régime<sup>23</sup>.

En se développant grâce à l'ordre externe et interne qu'il assure, le corps social suscite des organes particuliers qui vont se spécialiser de plus en plus étroitement pour remplir la tâche spécifique qui leur est dévolue désormais. C'est la loi fondamentale de division du travail. Tout à la fois elle atteste et permet le progrès puisque, dans les sociétés primitives, les hommes et leurs travaux sont complètement interchangeables. De même, en biologie, le déploiement et l'efficacité d'un organisme exigent la spécialisation conjointe des fonctions et des organes correspondants<sup>24</sup>.

Pour Brissaud, les applications de cette nécessité sont variées puisque le processus de différenciation peut toujours se raffiner par des subdivisions de plus en plus poussées. La structuration de l'État, système nerveux de la société, en est forcément l'exemple le plus abouti : ainsi, l'archaïque *Curia regis* des premiers monarques se clive d'abord en une formation large, germe des futurs États Généraux, et en un Conseil du roi plus restreint. À son tour, celui-ci se divise, mais de façon tripartite, puisque les fonctions judiciaires et financières tendent à se spécialiser d'où la formation du Parlement et de la Chambre des Comptes. Le Parlement lui-même va répartir sa tâche entre plusieurs chambres spécifiques...<sup>25</sup>. Autre grand appareil bureaucratique, l'Église offre un phénomène comparable de hiérarchisation complexe et

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 1454-1455.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 1002 à 1006.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 615, 750, 1454, 1457, 1706, 1774, 1775.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 773, 807 et 1755.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 983.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 9, 470, 481, 632, 637, 1763.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 12, 466 à 470.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 816, 817, 869 à 875.

poussée, alors pourtant qu'elle provient du « magma originel » des commencements apostoliques où s'ébauchait tout juste la première distinction entre clercs et fidèles<sup>26</sup>. Toute la société médiévale est caractérisée par sa trifonctionnalité fondamentale qui englobe bien des statuts particuliers<sup>27</sup>.

Avec la modernité, répercutant au plan général cette nouvelle mentalité, l'opinion publique va maintenant exiger l'autonomie fonctionnelle des grandes activités humaines. Ainsi s'expliquent la séparation des pouvoirs politiques, donc la liberté individuelle; la séparation de l'Église et de l'État, donc la liberté de conscience; le cantonnement de l'État hors de la sphère économique, donc la prospérité selon les libéraux<sup>28</sup>. Mais cette évolution fatale n'est pas sans redoutables effets pervers. L'hypertrophie de l'organe dirigeant est le premier péril car elle ne peut s'épanouir que par l'atrophie corrélative des autres groupements infériorisés dans leur rôle propre et dans leurs valeurs originales<sup>29</sup>. Le despotisme de la structure familiale dans les temps primitifs, la superbe théocratique de l'Église au Moyen Âge, l'étatisme tentaculaire du Bas-Empire romain ou des États modernes, constituent de bonnes illustrations de cette irrésistible propension d'expansion jadis aperçue par Montesquieu et redoutée par Tocqueville, avec sa nécessité d'anémier toute forme possible de contre-pouvoir qui pourrait lui résister. Évidemment, cette rupture de l'équilibre ou « balancement » organique de la société, va entraîner des processus redoutables comme l'atteste le précédent romain.

Le second écueil vient à l'inverse de la parcellisation des tâches : un groupe particulier oublie sa finalité sociale supérieure pour se complaire dans un égoïsme séparatiste. Il s'approprie définitivement des privilèges même au détriment de l'intérêt général : les castes en Inde, la noblesse ou les corporations de l'Ancien Régime illustrent cette dérive<sup>30</sup>. Plus subtilement la professionnalisation des personnels d'exécution leur fait acquérir une mentalité typique qu'ils essaieront de faire prévaloir plus ou moins discrètement : si le roi est proclamé absolu, il se repose par la force des choses sur ses secrétaires d'État qui eux-mêmes se bornent souvent à entériner les propositions de leurs commis<sup>31</sup>. Ainsi s'affirme la bureaucratie qui, selon ses vues, inverse la transmission de l'autorité. Parfois même, les subordonnés spécialisés peuvent graduellement déposséder leur supérieur de ses pouvoirs, jusqu'à lui ôter toute substance, comme le montre l'histoire des baillis ou des grands officiers<sup>32</sup>. Il est vrai qu'ils bénéficient alors de l'aval du souverain pas mécontent de rabaisser un lieutenant aux prérogatives finalement trop larges. C'est que, dans une société complexe où l'équilibre global repose sur un dosage subtil des intérêts, la mission de souple coordination dévolue à l'organe central devient délicate : il lui faut diriger sans caporaliser, supporter des groupements intermédiaires sans céder à leurs revendications corporatistes, maintenir l'intérêt national et les libertés locales.

La monarchie d'Ancien Régime n'y est parvenue qu'assez imparfaitement : une certaine confusion n'a pas cessé de régner dans ses principes de gouvernement donc

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 603 à 612, 633.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 466, 485 et 486, 1192.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 472 et 638.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 737.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 485 et 547.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 829, 841 et 842, 890 et 891.

dans l'action de ses services et dans ses finances<sup>33</sup>. Sans véritable plan d'ensemble l'enchevêtrement y a régné mais cependant l'indistinction des pouvoirs peut aussi parfois servir l'autorité centrale : ainsi, le Conseil du roi a fait respecter une certaine homogénéité dans le gouvernement, l'administration et l'application des lois en se substituant parfois à des services spécialisés comme la Justice<sup>34</sup>. L'État contemporain devrait être plus rationnel, donc plus efficace, puisqu'il bénéficie de préceptes constitutionnels qui définissent assez précisément la répartition des grandes fonctions sociales. Le régime parlementaire anglais le prouve en réalisant au profit du premier ministre l'unité de commandement du gouvernement qui avait moins manifestée, va opposer la base, fidèle à la spontanéité plutôt « démocratique » des origines, et ses élites qui, de biais, veulent faire prévaloir leurs tendances oligarchiques de plus en plus exclusives. Cette confiscation de l'autorité se vérifie souvent manquée à la monarchie vermoulue, nonobstant ses déclarations de principe<sup>35</sup>.

Le progrès étant la différenciation, donc la hiérarchisation, une rivalité, plus ou dans l'évolution de l'Église, des villes, des corporations, des procédures collectives de justice et d'administration de l'époque franque et même des formes de propriété souvent accaparées par les puissants. Mais cette sélection sociale s'exaspérant, la discorde sévit dans la communauté, menaçant son fonctionnement sinon son maintien, et il faut faire appel à la tutelle d'une puissance extérieure, ainsi le roi vis-à-vis des villes.

Malgré ses prétentions sociologiques Brissaud reste un libéral bon teint et ne cède pas à la tentation collectiviste qui ne pourrait susciter qu'une forme de socialisme d'État, les communautés traditionnelles étant irrémédiablement déclassées. Les hommes constituent les cellules élémentaires, le tissu vital de l'organisme social : sa santé dépend donc de leur activité créatrice donc de leur liberté<sup>36</sup>. Or, fatalement, avec sa dynamique de force sociale, l'État cherche à les assujettir, les infantiliser<sup>37</sup>. La modernité se caractérise par une course poursuite à l'issue incertaine entre deux expansionnismes, l'individualisme et l'étatisme<sup>38</sup>. Comme à l'accoutumée chez Brissaud, la solution doit être transactionnelle entre l'État, les groupements intermédiaires et les individus qui doivent respecter chacun leur autonomie dans leur sphère propre, selon la leçon de Tocqueville<sup>39</sup>. Mais cet équilibre est difficile à maintenir, d'où la nécessité de garantir fermement les droits individuels face à l'invasion de l'État.

La ruine de la classe moyenne a provoqué l'effondrement de l'empire romain et l'étatisme bureaucratique qui a sa part de responsabilité, n'a pas su y remédier quoique Brissaud reconnaisse équitablement qu'en maintenant l'ordre, il a parfois atténué la décadence, en particulier dans le domaine byzantin<sup>40</sup>. Aussi, pour nous, le legs romain est sous le signe de la dualité : son droit public conforte l'étatisme comme l'avaient compris les légistes du roi de France, mais son droit privé

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 819, 828, 834 et 835, 942, 961 et 997.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 819.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 835.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 454, 516 et 750.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 486.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 486, 980, 1776, 1781.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 1780.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 492, 495, 499, 503, 504, 515 et 516.

sauvegarde l'individu en lui conférant des droits protecteurs<sup>41</sup>. Exploitant les théories excessivement déductives d'Hobbes et de Bodin<sup>42</sup>, l'absolutisme monarchique a des prétentions de Léviathan, même s'il n'en a pas toujours les moyens<sup>43</sup>. Partout il impose sa tutelle pesante et suscite un dirigisme ambiant<sup>44</sup>. Contrairement à Tocqueville et à Taine, Brissaud pense que, globalement, la Révolution française puis la société libérale qui en est issue ont plutôt desserré l'étreinte qui oppressait déjà les Français en instituant des droits individuels clairs et vigoureux, ainsi de la propriété privée largement diffusée<sup>45</sup>. Ces garanties sont d'autant plus nécessaires qu'en même temps les corps privilégiés ont été arasés au profit d'une administration désormais complètement fonctionnarisée. Ainsi, l'étatisme menace toujours et, en cette orée du vingtième siècle, peut se nourrir du socialisme et du militarisme qui se répandent insidieusement avec leur logique mécaniquement simpliste<sup>46</sup>.

*La spontanéité fragilisée.*

Cette autonomie peut être volontaire, à l'origine individuelle, ou collective, émanée du groupe, d'abord conscience très agissante, comme on le voit avec la coutume. Enfin, la modernité entraîne une résolution nouvelle, éventuellement de rupture, pour agir selon une notion révolutionnaire de libre choix de l'individu ou du peuple. Mais ces formes d'affirmation sont menacées par les appareils dominants, issus de la modernité, qui cherchent à confisquer toute initiative.

En l'absence d'une autorité supérieure imposant l'ordre, les hommes comprennent assez spontanément qu'il est souvent plus judicieux de régler à l'amiable leurs différends plutôt que de courir les risques de guerres privées avec leurs vengeances sans fin. C'est ainsi qu'apparaît la justice dans les sociétés primitives lorsque les parties demandent l'interposition d'un arbitre dont le prestige incontestable fera respecter la sentence par tous<sup>47</sup> (un processus semblable joue pour les premiers chrétiens qui se défient de l'État païen et sont invités à consulter leur évêque pour régler leur litige selon la bonne foi prônée entre coreligionnaires<sup>48</sup>). De même, à l'époque de Brissaud, dans la société internationale en gestation, des procédures de médiation tentent d'éviter une acrimonie dangereuse entre États<sup>49</sup> alors que la notion de droit international privé progresse<sup>50</sup>. L'arbitrage s'imposant va tendre à susciter une véritable instance avec ses normes, longtemps empreintes de l'équité pratique originelle, et ses sanctions qui peuvent, comme il se doit, aller jusqu'à la mise en quarantaine par les adhérents. Au Moyen Âge, obligés à des échanges lointains, en particulier par mer, les commerçants européens créent ainsi, de fait, un souple droit commun spécifique particulièrement prégnant dans les ports et les

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 1192.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 405 et 406.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 750, 926, 1192.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 833, 1779, 1784.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 734 et 918.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 486.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 480.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 632.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 480.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 168.

foires : il va stimuler et garantir des pratiques bancaires audacieuses<sup>51</sup>.

L'homogénéité morale issue de l'unité religieuse fait éclore le droit des gens, d'abord pour limiter le mal et ses péchés au nom de l'humanité. Mais l'Église doit utiliser le bras séculier pour imposer – avec plus ou moins de succès – sa Paix de Dieu, germe du droit de la guerre<sup>52</sup>. Pour pallier la défaillance criante du pouvoir central, des seigneurs, des paysans, des villes et des villages, vont se liguer afin de réprimer les brigandages et garantir la sécurité des personnes et des biens<sup>53</sup>. C'est finalement le roi, recouvrant sa prérogative justicière, qui va capter à son profit cette aspiration innée à la tranquillité<sup>54</sup> : son autorité s'imposera aux récalcitrants et viendra ainsi parachever, mais aussi fausser, l'œuvre pacificatrice entreprise assez spontanément.

Il appartient à deux auteurs médiévaux français, Pierre Dubois et Honoré Bonet, de précéder Grotius en réfléchissant, cette fois juridiquement, au droit international du futur<sup>55</sup> entraîné par les nécessités de la vie européenne. Mais, censée résulter de la spontanéité, la médiation n'est pas forcément la panacée car son efficience dépend d'un contexte particulier : inspirés d'un sentimentalisme mièvre les « tribunaux de famille » des révolutionnaires ont connu l'échec : avec la modernité la famille large a définitivement fait son temps et les individus préfèrent s'adresser à la justice spécialisée de l'État<sup>56</sup>.

Après les « Lois de l'imitation » de Tarde, Brissaud ne peut ignorer l'empire de la routine sur les mentalités. Mais s'inspirant de Burke, il montre aussi que la tradition n'est pas forcément néfaste : elle doit être évaluée en tenant compte de l'évolution historique. De toutes manières, elle forme un cadre rassurant pour l'action et même la pensée en évitant les interrogations qui risquent de les paralyser<sup>57</sup> : les juristes l'attestent, par exemple avec leur culte du droit romain au Moyen Âge : exalté dans une perfection intemporelle idéalisée, ses principes servent de référence au droit positif du temps<sup>58</sup>. Le mimétisme explique la diffusion de formes juridiques même dans les coutumes<sup>59</sup> ; les institutions communales et les usages commerciaux de certaines villes emblématiques se sont largement répandus : à l'apogée de la Hanse, Lübeck les a essaimés jusqu'en Hollande et à Novgorod, sans parler de la fortune bien connue de fameuses chartes françaises<sup>60</sup>.

Ainsi, à l'origine, dans le domaine juridique, est la coutume qui exprime spontanément le sentiment collectif d'une population, donc synthétise son existence comme l'avait établi Savigny : elle se trouve forcément en accord avec les tendances profondes du peuple, ce qui n'est pas toujours le cas de la loi imposée par un législateur spécialisé<sup>61</sup> (même l'Église à son commencement n'en a pas fait

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 314 à 316.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 147, 325, 662.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 254, 328 et 663.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 663 et 776.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 991.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 253 et 269.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 21 à 25 et 359.

l'économie)<sup>62</sup>.

Entre Savigny et le code, entre coutume et loi, Brissaud refuse d'établir un classement de valeur intrinsèque. Fidèle à la tradition éclectique française, illustrée parmi les juristes par Klimrath, il veut concilier les deux grandes sources du droit autour d'une même notion de nécessité sociale qui, selon les temps, prendra une forme plus ou moins consciente, donc volontaire ; simplement l'évolution historique tend à substituer la loi à la coutume, même si, ponctuellement, celle-ci devrait garder des positions pour déployer ses qualités<sup>63</sup>. Issue pragmatiquement de tâtonnements qui ont permis de sélectionner la solution la plus adaptée au milieu, la coutume, malgré son apparence parfois archaïque, bénéficie d'une souplesse qui lui permet d'accompagner la modernité aussi bien que la loi, comme le prouve suffisamment l'exemple anglais<sup>64</sup> (les Britanniques lui doivent aussi leur fameuse constitution politique coutumière<sup>65</sup>) : suggestivement, les usages commerciaux forment maintenant sa matière de prédilection<sup>66</sup>. Les coutumes de nantissement ont donné l'exemple de la publicité foncière<sup>67</sup>. La coutume n'a d'ailleurs pas tout à fait disparu du droit français<sup>68</sup>.

A la fin de la période franque, c'est l'empire exclusif de la coutume locale qui a fusionné les diverses populations sous son égide<sup>69</sup>. Un phénomène curieux s'est alors produit : les lois barbares et les capitulaires ont dégénéré en matériaux des nouvelles coutumes<sup>70</sup>. Composite, le droit coutumier glane un peu partout des suggestions et ne dédaigne pas les droits savants même s'il les assimile à sa manière<sup>71</sup>. C'est aussi que la matière coutumière est vite interprétée donc déformée par les juristes qui l'appliquent en la fixant<sup>72</sup>. S'imposant dès que l'écrit est suffisamment répandu sa rédaction va aussi dans ce sens juridique. Elle peut cependant être une mesure de survie pour la coutume menacée de se diluer dans un substrat indigène ce qui expliquerait la rédaction des coutumes ancestrales lors de l'installation des peuplades germaniques en Gaule<sup>73</sup>.

La coutume pâtit trop de son incertitude, donc de son arbitraire, pour que sa fixité ne soit pas souhaitée par les justiciables et les praticiens. Ce besoin de rédaction se fait sentir dans toute l'Europe et donne finalement lieu à des recensions fidèles<sup>74</sup>. On arrive alors au deuxième âge coutumier lorsque s'établit le contrôle du pouvoir législatif qui cautionne les règles traditionnelles qu'il va faire appliquer, tout en leur maintenant un aspect populaire, les praticiens et les assemblées représentatives jouant quand même un rôle moteur dans cette promulgation<sup>75</sup>. Évidemment, la

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 241 et 360.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 24, 163, 279, 1410.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 770.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 1291 à 1293.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 62, 150, 166.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 240 et 281.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 26, 27 et 246.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 76 et 107.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 22, 26, 271 et 362.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 242, 265, 362, 363 à 365.

coutume se rigidifiant ainsi perd une partie de sa plasticité, mais conserve une certaine souplesse, puisque des corrections peuvent être introduites dans sa rédaction puis sa réformation<sup>76</sup>. Sous l'influence indirecte des doctrines ambiantes, elle tend ainsi à s'unifier au plan régional sinon national.

La liberté de conscience est un symbole essentiel de la modernité car elle manifeste l'autonomie de l'individu face à la société et à son État. Aussi a-t-il fallu la grave crise des guerres de religion pour qu'elle commence progressivement à s'affirmer, lorsque des conciliateurs « politiques » et sages, souvent juristes, prônent le calme et préparent le pacificateur Édît de Nantes<sup>77</sup>. Mais c'est seulement la Révolution française qui la consacrera définitivement. Jusque là, l'esprit d'intolérance reste encore trop fort : les religions persécutées – protestante comme catholique – n'attendent que leur revanche pour devenir persécutrices à leur tour<sup>78</sup>. Les autorités laïques, tels les parlements ou Louis XIV, prétendent maintenir une uniformité devenue anachronique. L'échec de cette fiction est vite patent. Outre la déperdition économique, il provoque une radicalisation de la contestation du pouvoir monarchique qui en s'élargissant, prend une connotation politique moderne et participe à l'idéal des Lumières<sup>79</sup>. Un jour même les mesures de déchéances prises contre les insoumis seront décalquées contre les aristocrates émigrés<sup>80</sup>. Exploitant les instincts les plus bas, l'antisémitisme a été créé artificiellement par la stigmatisation d'une population que des lois discriminatoires ont cantonnée dans des activités usuraires forcément impopulaires<sup>81</sup>. Au total, la séparation de l'Église et de l'État est bien la seule solution adaptée au progrès : la neutralité publique garantit la liberté de chacun comme le montre la souple organisation du mariage et la loi annonciatrice de l'An III. Sarcastique, Brissaud invoque ici Saint Ambroise réclamant la déconfessionnalisation de l'État païen<sup>82</sup>.

A la confluence d'une logique étatique, de l'inévitable poids des traditions, mais aussi d'une ambitieuse détermination à changer la société par elle-même, la Révolution puis l'Empire napoléonien trouvent leurs réussites dans la combinaison de ces facteurs. Ainsi seulement sont désormais assurés l'ordre et le progrès corrélatifs selon Comte. Selon le credo des positivistes, « la nature ne fait pas de saut », Brissaud montre qu'au plan des tendances structurelles, malgré leurs excès momentanés, les nouveaux régimes sont dans la continuité de l'Ancien Régime<sup>83</sup>. Déjà le règne de Louis XVI est pré-révolutionnaire en ébauchant des réformes que la Révolution n'aura plus qu'à consacrer<sup>84</sup>. Mais comme l'avait magistralement marqué Tocqueville, la commotion essentielle, avec sa volonté de réformes logiques, permet de faire aboutir le travail que l'ancienne France ne parvenait pas à achever en s'empêtrant dans son passéisme affiché. Ainsi est-il bien connu que Napoléon a repris et amélioré les principes de l'organisation publique absolutiste (en calquant

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 366.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 403 et 643.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 403, 640, 644 et 645.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 645.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 1756.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 646 et 647.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 640, 1012 et 1772.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 2, 1772.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 387 et 814.

par exemple les grandes ordonnances de Colbert)<sup>85</sup>. Au plan religieux, n'en déplaise aux royalistes, la tutelle de l'État sur l'Église est aussi lourde sous la Monarchie que sous la République ou l'Empire (seule une séparation rendra sa liberté à la foi)<sup>86</sup>.

Le droit nouveau, contenu dans le Code civil, n'est qu'une synthèse des anciens usages souvent coutumiers et des idées nouvelles déjà esquissées sous l'Ancien Régime<sup>87</sup>. Ainsi, la Révolution abolit-elle une féodalité civile déjà résiduelle depuis Richelieu pour conclure le processus millénaire de libération du tenancier jouissant enfin d'une propriété complète<sup>88</sup>. Les coutumes égalitaires sont la référence du droit successoral issu de la Révolution d'où la défaveur du testament<sup>89</sup>. L'idée du mariage-contrat est déjà bien connue des anciens juristes<sup>90</sup>. Enfin, la publicité des hypothèques vient concrétiser franchement les pusillanimes vellétés du gouvernement monarchique<sup>91</sup>.

## II – LA SÉDIMENTATION DU CONCRET.

Rien de durable parmi les hommes ne peut s'établir sur la seule abstraction, déduction mécanique, puisqu'ils sont conditionnés par un milieu ambiant, même à leur insu. Si la raison, en s'affirmant progressivement, cherche à maîtriser la complexité de la vie sociale, elle ne peut s'affranchir du principe de réalité, même si elle doit vouloir canaliser son évolution.

### *La construction synthétique du droit français.*

Durant la période franque, le processus complexe de cohabitation puis de brassage des nouveaux venus avec les indigènes, amène une société composite dans tous ses constituants, ainsi sa monarchie<sup>92</sup>. Cette empreinte de bigarrure passe à la féodalité et à son droit puis aux temps modernes qui mélangent cet héritage avec de nouvelles préoccupations éthiques<sup>93</sup>. Pour maintenir des règles précises dans une époque de confusion, les rois germaniques font partout rédiger puis compléter les principales coutumes de leur peuple et le droit romain simplifié des indigènes<sup>94</sup>. Avec ces lois barbares, la germanité des usages s'altère dans l'espace et le temps, suivant l'importance des autochtones latinisés et l'emprise croissante du Christianisme. Tout un dégradé s'aperçoit, des farouches Saxons aux Wisigoths vite ingérés dans le substrat local<sup>95</sup>. Au-delà des traditionnelles compositions, les rois ambitieux doivent s'inspirer plus ou moins directement de la romanité<sup>96</sup>. Mais dans la gésine d'une nouvelle société, cet abâtardissement est général puisque, désormais abandonné aux populations, le droit romain mue en une « coutume romane » variable

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 849 et 988.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 386, 654 et 1772.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 2, 240, 369 et 415.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 661, 686, 732, 981 et 1218.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 1525, 1572 et 1579.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 1028.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 1518.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 518 à 521.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 240 et 656.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 53 et 67.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 78 à 82 et 102.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 79 et 83.

selon les lieux<sup>97</sup>.

Dès l'époque franque, le droit public au sens large rassemble les populations sous l'égide du roi assurant l'unité des grands services, ainsi des tribunaux et de leur procédure<sup>98</sup>. Avec ses besoins similaires, la vie commune atténue la personnalité des lois et entraîne la territorialité égalitaire des coutumes. Mais cette avancée vers la nation est entravée par le morcellement féodal et la partition juridique de la France<sup>99</sup>. En bon aquitain, Brissaud relativise ce clivage, malgré sa prégnance attestée par la langue<sup>100</sup> : les pays de droit écrit ont eu leurs coutumes, même si elles ont tendu à s'effacer ; des variations locales sont confortées par des jurisprudences distinctes<sup>101</sup>. Même discuté, le droit romain constitue une référence majeure dans les pays coutumiers ; un moment, comme en Allemagne, il aurait pu s'agencer avec les coutumes en un usage unitaire<sup>102</sup>. Des influences réciproques jouent et l'Église impose les mêmes prescriptions<sup>103</sup>. Aussi pas de frontière rigide mais une gradation<sup>104</sup>. Le Sud-ouest est plus réceptif, moins strictement romaniste que le Midi méditerranéen, comme le prouve sa société d'acquêts<sup>105</sup>. Enfin, les nécessités socio-économiques poussent la pratique à des résultats similaires, malgré les apparences affichées ; ainsi, pour la puissance paternelle ou pour les gains de survie de la femme<sup>106</sup>.

A une époque de sensibilité régionaliste, Brissaud valorise le Midi : issu du droit civil romain son individualisme libéral s'est exercé en faveur des Juifs<sup>107</sup> et des femmes dont le régime dotal a préservé l'autonomie<sup>108</sup>. La féodalité inégalitaire a été bridée d'où l'émancipation pacifique des villes et une taille réelle équitable<sup>109</sup>. L'allodialité a été défendue d'abord face aux seigneurs puis contre l'Absolutisme<sup>110</sup>. Mais c'est surtout son Sud-ouest qui tient au cœur de Brissaud, comme le prouvent ses nombreux comptes rendus consacrés à ses coutumes et à ses chartes. De l'Aragon et la Navarre, jusqu'à Bordeaux et Toulouse, autour des Pyrénées occidentales, conservatoire de traditions immémoriales, aurait perduré le filigrane d'une certaine singularité des pays jadis soumis aux Wisigoths<sup>111</sup>. Brissaud ouvre une lignée de professeurs toulousains passionnés par les coutumes du Sud-ouest comme Paul Ourliac et Jacques Poumarède. Et il ne pouvait manquer de chercher à disculper son université de la prétendue rebuffade infligée à Cujas ! ...<sup>112</sup>.

Admirable, le droit romain constitue le seul système juridique se perpétuant avec un regain inouï hors du milieu qui l'avait enfanté, la civilisation antique. Sa survie

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 59 et 150.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 152, 256 et 257, 363 et 371.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 153, 156 à 159 et 366.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 1633 à 1635.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 152 et 296.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 1695 à 1697.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 1101 et 1669.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 647 et 1753.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 151, 1081 et 1695.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 696 et 930.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 734.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 266, 1590 et 1696.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 350.

protéiforme l'a vu à la fois source essentielle du droit religieux, droit populaire dans le Midi de la France et droit savant pour tous les juristes européens. Même sur les coutumes, il a agi indirectement mais puissamment<sup>113</sup>. C'est que la redécouverte de son *corpus* n'est pas fortuite mais correspond au besoin de posséder un cadre adéquat pour moderniser le droit et l'adapter à la modernité éclos<sup>114</sup>. Aussi, sa transcription pratique reste-t-elle très souple, ainsi avec les Bartolistes l'adultérant<sup>115</sup>, jusqu'à Cujas qui en le décantant le repousse dans l'histoire<sup>116</sup>. Mais l'Allemagne n'a pas connu cette bifurcation et elle s'est créé un usage original composite qui a influencé ses codes<sup>117</sup>. En permettant les comparaisons, la rédaction des coutumes, avec le prestige de la capitale Paris, suggère à la doctrine et à la jurisprudence la perspective d'un droit commun synthétique comme la *Common Law* anglaise<sup>118</sup>. De son côté, la monarchie réalise un droit uniforme dans les matières régies par ses ordonnances souvent pérennisées jusqu'à nos jours avec les codifications de Louis XIV<sup>119</sup>.

L'affirmation de l'organe législatif correspond à un progrès évident puisqu'au nom d'un intérêt général transcendant, le législateur peut imposer une politique globale en fonction d'un avenir souhaité et ainsi préparé<sup>120</sup>. Ce pouvoir est tellement exorbitant qu'à son origine, dans les sociétés primitives, il revêt un aspect très démocratique<sup>121</sup>. L'action législative est inévitable à un certain stade de développement comme le montre l'Angleterre coutumière où les lois du roi puis du parlement jouent un rôle important<sup>122</sup>. Face à cette intrusion, la réserve de la population fait dépendre le pouvoir légiférant de l'emprise qu'exerce l'État sur la société<sup>123</sup>. Jusqu'à l'avènement de la modernité, avec la Révolution, les rois, même des Carolingiens ou des Bourbons puissants, ne se hasardent guère à changer les règles du droit privé, malgré leurs grandes déclarations de principe et des textes abondants concernant l'organisation des services publics. Et ils agissent souvent sous couvert de foi et de religion, de paix et d'ordre public, de réformation du royaume<sup>124</sup>. Même la codification du droit civil pourtant souhaitable (y compris en Angleterre !<sup>125</sup>) et souhaitée reste inaccessible<sup>126</sup>. Malgré l'exemple des grandes ordonnances de Colbert, l'intervention de d'Aguesseau reste fort ponctuelle et timide<sup>127</sup>.

Que la Révolution débarrasse la France de ses scories médiévales et, concluant une longue histoire, le droit national unitaire, attendu depuis longtemps, pourra enfin

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 153, 157, 171 et 213.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 194, 195, 1263, 1359 et 1360, 1510, 1590 et 1722.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 348.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 160 et 161.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 158, 243, 366 à 369.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 346 et 380.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 22 et 23.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 331 à 333.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 106 et 327.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 109 et 110, 342 à 345.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 379 et 380.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 385, 1624.

advenir tant dans la législation que la jurisprudence<sup>128</sup>. Ainsi, malgré son prestige, le code civil, comme toute élaboration humaine, doit être appréhendé dans l'époque qui l'a produit. Reprenant le travers jadis des Glossateurs vis-à-vis d'un droit romain figé dans sa perfection, ses premiers commentateurs trop exégétiques ont péché en éludant les effets inévitables de l'évolution sociale<sup>129</sup>. De même, l'épuisement de cette première école juridique médiévale, noyée en des gloses infinies autour des mêmes textes, semble aussi faire allusion aux juristes français du milieu du dix-neuvième siècle : pour accompagner les transformations du progrès, le droit ne doit pas se scléroser, rabâcher, mais au contraire diversifier ses approches et ses références<sup>130</sup>.

#### *L'évolution du primitivisme*

Issues de milieux assez similaires dans leur grossièreté primitive, toutes les sociétés balbutiantes présentent des traits analogues et, faute de données vraiment précises, le comparatisme se recommande forcément pour conjecturer leurs principes. Après Tarde, Brissaud est bien conscient des limites méthodologiques de ces rapprochements nécessaires, compte tenu aussi de la singularité de chaque civilisation qui va s'affirmant. Le caractère flou, lacunaire et tendancieux des informations oblige à la réserve, à présenter surtout des tendances, à refuser les grotesques rêveries plus ou moins rousseauistes qui ressuscitent les chimères de l'âge d'or mythologique dont se grisent les socialistes<sup>131</sup>. Au commencement, se devine l'indifférenciation des hommes, de leurs activités et de leurs biens ; la civilisation ne s'établira graduellement qu'avec les progrès de la division du travail social, de la spécialisation et donc de la distinction de ses agents<sup>132</sup>. D'abord seul pouvoir possible, la force physique va de plus en plus être contrôlée par la conscience sociale alors qu'une morale – d'abord de la réciprocité – s'établit en s'étayant de la religion puis du droit avant que l'organe étatique directeur ne s'impose<sup>133</sup>.

La horde formerait le magma originel caractérisé par la promiscuité, le communisme des biens et l'anarchie sexuelle des personnes, sans crainte même de l'inceste (accouplements sacrés, hospitaliers, unions à l'essai, droit de cuissage en seraient des résidus<sup>134</sup>). Fatalement, les individus sont groupés par génération<sup>135</sup>. La parenté s'impose plus tard, en particulier chez les peuplades supérieures, sémites et indo-européennes. Elle entraîne la prohibition de l'inceste et suscite des unions stabilisées, bientôt des mariages, mais encore collectifs, polyandries et polygamies parfois conjointes<sup>136</sup>. Avec ces fréquentations multiples, la parenté s'établit d'abord par la mère qui est donc le pivot de cette ébauche de famille : c'est le matriarcat dont, dans le sillage de Bachofen, certains auteurs ont conclu à la gynécocratie. Brissaud récuse ce fantasme féministe : malgré sans doute un certain prestige de la femme, la

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 348, 396 et 991.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 103, 417 et 418.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 466 à 470.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 21 et 22.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 419 et 420.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 422 et 423.

matrilinéarité archaïque, vu la rudesse de l'époque, laisse le pouvoir à un homme, le frère de la mère, comme l'attesteront bien plus tard des relations avunculaires privilégiées chez les Germains<sup>137</sup>. Cette perspective est d'ailleurs contestée par certains savants qui retrouvent la tradition biblique des patriarches<sup>138</sup>.

Quoi qu'il en soit, la famille patriarcale prime inéluctablement à un certain degré de civilisation car son unité de commandement assure son efficience (Contrairement à Fustel de Coulanges, pour Brissaud, le culte des ancêtres n'est qu'un adjuvant à cette prosaïque nécessité de la discipline). Cette densification de l'autorité tend à resserrer la famille domestique autour du couple dominant et la monogamie vient finalement achever le long processus de privatisation réciproque qui a graduellement réduit le nombre des conjoints. Le mariage individuel viendrait d'abord du rapt où la vaillance singulière d'un guerrier lui permet de s'arroger une femme exclusivement. Avec la pacification des mœurs, la violence deviendrait composition, puis arrangement, et la femme achetée, d'abord réellement puis de façon symbolique. Des traces de cette évolution se discernent dans le symbolisme du mariage<sup>139</sup>.

Désormais, les institutions, au premier chef la famille, sont fermement constituées : l'âge d'une certaine raison commence à poindre pour des sociétés maintenant bien établies (que nous dirions protohistoriques). À la base de la tribu et de la peuplade, l'organisation clanique fournit l'ossature de la société, sans que l'on puisse trancher le problème de sa formation, soit par différenciation progressive au sein de la horde, soit par regroupement des familles élémentaires, bien que la leçon de Fustel de Coulanges tende à donner la priorité à ces dernières, au moins pour les populations indo-européennes<sup>140</sup>.

Cimentées par un lien considéré comme génétique, à tort ou à raison, seules ces ligues d'assistance mutuelle peuvent assurer protection et sécurité de tous ordres en s'emboîtant sous forme large ou restreinte, alors domestique. Leur solidarité entraîne une responsabilité collective, pénale et pécuniaire, à moins d'une sanction d'exclusion, tel l'abandon noxal<sup>141</sup>. Ensuite, au rythme de l'affermissement progressif de l'État, les individus vont s'émanciper de cette tutelle pesante.

D'abord discrétionnaire sur les êtres comme sur les choses de son foyer, le pouvoir du chef de famille ne va cesser de s'atténuer, contrôlé de plus en plus par l'autorité religieuse et surtout étatique<sup>142</sup>. Cependant, dès le début, la femme, théoriquement ravalée à la totale soumission commune, bénéficie souvent dans les faits de son union sacralisée avec le père qui lui délègue en partie ses pouvoirs internes, tandis que sa famille naturelle peut agir sur son mari<sup>143</sup>. Les civilisations émergent maintenant, à côté de notations succinctes sur d'archaïques institutions hindoues, hébraïques et slaves, le droit originel romain, mieux connu, va surtout éclaircir le sens de certaines traditions germaniques, Brissaud refusant d'envisager un trop hypothétique droit celte<sup>144</sup>.

Dans ces deux sociétés ancestrales, sont juxtaposées des pratiques marquant

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 425 et 426.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 419.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 427 et 428, 437 et 438.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 470, 471 et 473.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 1367.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 430, 439 à 442.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 429 et 430.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 90.

l'évolution de la vengeance instinctive, indistincte contre tout tort, aux compositions bientôt tarifées, avant d'aboutir aux peines publiques étatiques<sup>145</sup>. Avec des obligations délictuelles analogues, la confusion du civil et du criminel, la justice privée, subsistent<sup>146</sup> : l'insolvable est vendu comme esclave pour échapper à la vengeance de son créancier<sup>147</sup>. Liant des volontés souvent trompeuse, faute de sens moral, le formalisme offre un pouvoir de coercition nécessaire aux particuliers<sup>148</sup>. Analogue à la *potestas* du pater, le *mundium* du chef de famille germanique se ramifie déjà dans ses attributs, premier signe de déclin<sup>149</sup>. Au plan public, les premières institutions spontanément populaires déclinent au profit des aristocrates qui s'appuient sur leur clientèle. Décelable aussi en Grèce archaïque et en Gaule, ce processus naturel permet de récuser la précellence germanique qu'imaginaient les romantiques après Montesquieu<sup>150</sup>.

Au total, partout dans son œuvre, Brissaud aime à montrer que toutes les institutions et les règles juridiques ont des origines disparates, d'où une cohérence variable. C'est le milieu particulier qui cristallise ces diverses composantes en une synthèse originale adaptée aux besoins sociaux du moment. L'organisation des pouvoirs publics mais aussi le régime de la propriété ou de la famille l'attestent à travers l'histoire.

---

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 1361 et 1362, 1369 et 1370.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 1214 et 1358.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 1487.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 1277, 1358, 1379 et 1389.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 1006 et 1007.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 479, 481, 483 et 486.

GEORGES VACHER DE LAPOUGE :  
DE L'HISTOIRE DU DROIT À L'ANTHROPOSOCIOLOGIE

JEAN-MARIE AUGUSTIN

Georges Vacher de Lapouge est connu des sociologues<sup>1</sup> et des historiens des idées politiques<sup>2</sup> pour ses théories sur les races et son apologie de l'eugénisme. On sait moins qu'il a d'abord été un juriste, ayant manifesté très tôt un vif intérêt pour l'histoire du droit.

Lapouge naît en 1854, à Neuville-de-Poitou, dans le département de la Vienne. Après de brillantes études secondaires, il suit les cours de la Faculté de droit de Poitiers et, en 1879, est reçu docteur, à l'unanimité des quatre boules blanches, avec les éloges du jury, pour sa thèse qui traite *Du patrimoine en droit romain et en droit français*<sup>3</sup>.

Il entre alors dans la magistrature et bénéficie d'un avancement rapide grâce à ses idées républicaines et son anticléricalisme. Dès 1879, il est nommé substitut à Niort<sup>4</sup>

---

*Professeur à l'Université de Poitiers.*

<sup>1</sup> Günter NAGEL, *Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) Ein Beitrag zur Geschichte des Sozial-darwinismus in Frankreich*, Fribourg-en-Brisgau, Hans Ferdinand Schultz, 1975; Pierre-André TAGUIEFF, « Vacher de Lapouge Georges, 1854-1936 », dans le *Dictionnaire des philosophes*, sous la dir. de Denis HUISMAN, Paris, PUF, 1984, t.2, p. 2559-2565; Pierre-André TAGUIEFF, « Théorie des races et biopolitique sélectionniste en France. Aspects de l'œuvre de Vacher de Lapouge (1854-1936) », *Sexe et race*, III, 1988, p. 12-60 et IV, 1989, p. 3-33; Pierre-André TAGUIEFF, *La Couleur et le sang, doctrines racistes à la française*, Paris, Éd. mille et une nuits, Les petits livres, n°15, 1998, p. 91-163 et 193-204; Benoît MASSIN, « Georges Vacher de Lapouge 1854-1936 », dans le *Dictionnaire des œuvres philosophiques*, sous la dir. de Jean-François MATTEI, Paris PUF, p. 2898-2900; Gérard MOLINA, « Vacher de Lapouge Georges, 1854-1936 », dans le *Dictionnaire des philosophes*, sous la dir. de Denis HUISMAN, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1993, t.2, p. 2843-2844; André BEJIN, « Vacher de Lapouge Georges, 1854-1936 », dans le *Dictionnaire du Darwinisme et de l'évolution*, sous la dir. de Patrick TORT, Paris, PUF, 1996, t.3, p. 4390-4396; Henri de LA HAYE-JOUSSELIN, *Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) - Essai de bibliographie*, Paris, chez l'auteur, 1986.

<sup>2</sup> Paul OURLIAC, « L'enseignement de la science politique à Montpellier en 1890 », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, t.XXI, 1983, p. 147-152; Guy THUILLIER, « Un anarchiste positiviste : Georges Vacher de Lapouge », *L'Idée de race dans la pensée politique française contemporaine*, recueil d'articles présentés par Pierre GUIRAL et Émile TEMINE, Paris, Éd. du CNRS, 1977, p. 48-65.

<sup>3</sup> Poitiers, 1879; la thèse est imprimée la même année à Paris sous le titre : *Essai de droit positif généralisé. Théorie du patrimoine*.

<sup>4</sup> Lapouge est alors l'auteur d'un projet de « réforme de l'organisation judiciaire », paru dans *l'Avenir de la Vienne*, du 24 au 27 février 1880, l'article est également diffusé sous la forme d'une brochure. Poitiers, Marcireau, 1880; voir Frédéric CHAUVAUD avec la collab. de Jacques YVOREL, *Le Juge, le tribun et le comptable*, Paris, Anthropolos, 1995, p. 285 et Didier VEILLON,

et, l'année suivante, procureur de la République au Blanc, avant d'être déplacé à Chambon-sur-Voueize (Creuse), puis aux Sables d'Olonne. Sa carrière est remplie de promesses jusqu'au jour où, par suite de négligences coupables dans une affaire criminelle, il est obligé de démissionner<sup>5</sup>.

En 1883, Lapouge qui est âgé maintenant de 28 ans passés vient s'installer à Paris en vue de préparer l'agrégation de droit. Il s'inscrit pour le concours de 1884, mais ne passe aucune épreuve, en estimant qu'il n'est pas suffisamment prêt pour avoir des chances de réussir. Dès lors, puisqu'il se sent libre, il suit avec passion les enseignements les plus divers qui lui plaisent, au risque de se disperser. C'est ainsi qu'il apprend l'hébreu, l'égyptien et l'assyrien à l'École des hautes études, découvre le chinois et le japonais à l'École des langues orientales, étudie l'égyptologie et l'assyriologie à l'École du Louvre. Il travaille aussi au laboratoire de zoologie du Muséum d'histoire naturelle et suit les cours dispensés à l'École d'anthropologie où Paul Topinard lui enseigne la méthode pour étudier les races humaines.

En 1885, Lapouge se présente au concours d'agrégation, mais il est ajourné après avoir passé les épreuves d'admissibilité<sup>6</sup>. Il ne sera donc pas professeur de droit, comme il l'espérait, et doit se contenter d'un poste de sous-bibliothécaire à l'Université de Montpellier.

La préparation de l'agrégation l'a cependant conduit à écrire deux articles qui paraissent en 1885 et 1886 dans la *Revue générale de droit* et la *Nouvelle Revue de droit français et étranger*. Lapouge qui, par ses études, se situe à la charnière de plusieurs disciplines, cherche à développer une conception dynamique du droit, produit par l'histoire et se transformant avec elle. Partisan du réalisme et d'un positivisme épistémologique, il critique « le perpétuel bénissement du Code civil » par les commentateurs de l'École de l'Exégèse qui conduit selon lui à la routine et à une dialectique abstraite, isolée des faits. Son but est d'analyser les institutions humaines et de les comprendre, en évitant un attachement stérile au passé. « Il faut vivre les yeux fixés sur l'avenir, écrit-il, et ne regarder le passé que pour comprendre la direction de la voie »<sup>7</sup>. Sa démarche intellectuelle s'apparente à « l'évolutionnisme juridique » de Raymond Saleilles et à la « libre recherche scientifique » de François Gény, mais aux références que ces derniers font à la sociologie, l'économie politique ou l'histoire, il veut ajouter la linguistique, l'archéologie, l'anthropologie et surtout les sciences naturelles.

Lapouge qui est un adepte du darwinisme social<sup>8</sup> a des ambitions très précises. À partir du postulat de l'hérédité des caractères acquis établie par Lamarck et de la

---

*Magistrats au XIX<sup>e</sup> siècle en Charente-Maritime, Vienne, Deux-Sèvres et Vendée*, La Crèche, Geste éditions, 2001, p. 265-267.

<sup>5</sup> Arch. dép. Vendée, 2 U 224 et 2 U 98.

<sup>6</sup> Dans ses « Souvenirs » (Henri de LA HAYE-JOUSSELIN, *ouv. cité*, p. 13), Lapouge laissera entendre qu'il n'a pas pu être nommé professeur, faute de n'être « pas sorti à l'agrégation en rang utile pour le petit nombre de places mises au concours », mais cela est faux; une lettre de l'inspecteur d'académie V. Dupré en date du 24 déc. 1886, précisant son *curriculum vitae*, rappelle que « M. de Lapouge est docteur en droit, il s'est préparé à l'agrégation aux facultés de droit et a concouru deux fois sans succès », A.N. F17/22460, 95.

<sup>7</sup> Bibl. Univ. Paul Valéry, Montpellier, Fonds Vacher de Lapouge, AO 68-96, s.-l., s.-d.

<sup>8</sup> Jean-Marc BERNARDINI, *Le Darwinisme social en France (1859-1918) Fascination et rejet d'une idéologie*, Paris, CNRS Éditions, 1997, p. 161-176.

théorie de l'évolution des espèces chère à Darwin, il se met en tête de rechercher les origines de la population européenne et de réduire le droit des successions aux seules réalités biologiques.

## I — LES ORIGINES DE LA POPULATION EUROPEENNE.

Dans la *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger* de 1886, Lapouge publie un article intitulé « Le dossier de Bunanitun, étude de droit babylonien »<sup>9</sup>, à un moment où peu de Français, historiens du droit, s'intéressent aux tablettes cunéiformes. « Le droit assyrien, écrit Vacher de Lapouge, attend, pour être révélé, la venue d'un assyriologue juriconsulte, auquel seraient d'ailleurs nécessaires beaucoup d'autres connaissances. En attendant cet assyriologue, il faudra se contenter, et c'est notre seule ambition, de faire isolément connaître à ceux qui font de la sociologie positive quelques données parmi les plus importantes et les mieux établies du droit assyrien ».

Le dossier de Bunanitun est un jugement rendu au sixième siècle avant Jésus-Christ qui est gravé sur une tablette d'argile provenant des fouilles de Nimroud en Mésopotamie. Lapouge fait un commentaire de ce procès en restitution de dot, puis se livre à des comparaisons entre la femme mariée à Rome et à Babylone<sup>10</sup>, mais là n'est pas l'essentiel. Cette affaire de droit privé babylonien n'est qu'un prétexte pour commencer à échafauder, à partir de la craniologie, la théorie des races qu'il va ensuite reprendre et corriger au fur et à mesure de ses travaux. Pour lui, les hommes qui ont apporté en Europe l'usage de la pierre polie, la culture des céréales et la domestication des animaux étaient des celto-slaves, bruns et brachycéphales, venus des confins septentrionaux du monde chaldéen. C'est par leur civilisation plus avancée qu'ils ont pu vaincre les populations autochtones représentées par des dolichocéphales blonds et bruns. L'argumentation est hasardeuse, car la race celto-slave n'a jamais existé, mais l'erreur n'est pas imputable à Lapouge. Elle provient d'une confusion faite par l'anthropologue et chirurgien Paul Broca à la suite de ses premières recherches. Celui-ci avait trouvé que les peuples de la Gaule celtique, entre la Seine et la Garonne, au temps de César, étaient brachycéphales. En revanche, les dolicho-blonds auraient été plus nombreux au Nord, en Gaule belge. Dès lors, il en avait conclu à l'existence d'un peuple celte, brachycéphale, issu d'un croisement d'une première invasion gauloise dolichocéphale et d'indigènes brachycéphales. Par ailleurs, Broca avait trouvé la même brachycéphalie dans la région

<sup>9</sup> P. 113-138.

<sup>10</sup> L'affaire était relativement simple : une femme nommée Bunanitun, fille de Harisa, avait épousé Bin-addu-natan et lui avait apporté une dot de trois mines et demie d'argent. Cette dot, complétée par deux mines et demie d'argent empruntées ensemble par les deux époux à un certain Iddin-Marduk, fut employée dans l'achat d'une maison, moyennant une somme totale de neuf mines et deux tiers. Sur demande de sa femme, le mari lui garantit le paiement de sa dot, mais lorsqu'il mourut, Aqabilu, frère de Bin-addu-natan, sans qu'on puisse connaître ses raisons, voulut réclamer la maison. En 547 av. J.-C., la neuvième année du règne de Nabonide, dernier roi de Babylone, les deux parties présentèrent leurs titres devant le tribunal et les juges déboutèrent Aqabilu de toute prétention sur le bien de son frère. Le jugement déclarait que la maison resterait la propriété de Bunanitun car elle lui avait été transmise en contrepartie de sa dot. Iddin-Marduk devait ensuite reprendre et recevoir les deux mines et demie d'argent qu'il avait prêtées pour acheter cet immeuble.

occidentale de la Russie où l'on parle une langue slave. Il n'en fallait pas plus pour que la désignation celto-slave fût appliquée à toutes ces populations pour mieux accentuer leurs ressemblances<sup>11</sup>. Lapouge s'est donc trompé en reprenant la thèse de Broca, mais il veut surtout démontrer que ces peuples ont emprunté leurs connaissances agricoles au Proche-Orient considéré comme le berceau de la civilisation.

Dans la seconde partie de l'article paru la même année dans la *Revue générale de droit*<sup>12</sup>, Lapouge donne déjà une autre version du processus de peuplement sur le continent européen. Il y aurait eu pendant la période néolithique, une race dolicho-brune, encore dominante aujourd'hui dans les péninsules du Midi. Puis seraient apparus des brachy-bruns qu'il appelle encore, faute de trouver mieux, des celto-slaves. Ces derniers se sont superposés aux indigènes dans l'Europe orientale, centrale et en France. Enfin, par-dessus le tout, serait venue, à l'époque protohistorique, une grande race dolicho-blonde, formée probablement dans les régions du Nord de l'Europe.

Cette division des races est reprise par Lapouge dans son cours libre de science politique professé à l'Université de Montpellier, puis il lui donne toute son importance dans son livre *Les Sélections sociales*, paru en 1896. Dans les Îles britanniques, en Scandinavie et en Allemagne du Nord prédomine le type d'*Homo Europaeus*. C'est l'Européen par excellence. Il est grand, blond, dolichocéphale, avec des yeux bleus. À ces caractères physiques, correspond un « faciès » psychologique. Il est dominateur, sûr de lui, avec une volonté froide, précise, tenace. En religion il est protestant ; en politique, il fait prévaloir les intérêts de la Nation et de sa race<sup>13</sup>.

À la suite d'auteurs allemands<sup>14</sup>, Lapouge voit le berceau de la race des dolicho-blonds dans les lagunes de la « plaine de Latham ». Il s'agirait des contrées septentrionales de l'Europe à la dernière période interglaciaire, une région indéfinie entre l'archipel britannique et la péninsule scandinave « tantôt terre et tantôt mer », submergée depuis par la mer du Nord<sup>15</sup>.

À partir de cette espèce d'Atlantide boréale engloutie, Lapouge bâtit tout un roman historique auquel il rattache de manière acrobatique tous les grands peuples qui, par vagues successives, se sont répandus en Europe. Les Grecs, les Gaulois, les Germains, les Slaves et, même les Étrusques, étaient, d'après lui, composés presque entièrement de cette race. Ils auraient joué un rôle primordial dans la création et la diffusion des langues européennes. C'est pourquoi Lapouge les appelle aussi des aryens, par commodité et par référence à Gobineau, même si, de son propre aveu, en utilisant ce terme, il y avait un abus de langage<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Lapouge reconnaît son erreur dans *Les Sélections sociales, Cours libre de science politique professé à l'université de Montpellier (1888-1889)*, Paris, Fontemoing, 1896, rééd. Paris, Les amis de Gustave Le Bon, 1990, p. 20-21.

<sup>12</sup> « Études sur la nature et sur l'évolution historique du droit de succession », t.IX, 1885, p. 205-232 et 316-330; t.X, 1886, p. 408-434.

<sup>13</sup> *Les Sélections sociales*, p. 13-14.

<sup>14</sup> Karl Penka et Ludwig Wilser dont il a commenté les ouvrages et les articles dans la revue *l'Anthropologie*, t.3, 1892, p. 747.

<sup>15</sup> *L'Aryen, son rôle social, Cours libre de science politique professé à l'université de Montpellier (1889-1890)*, Paris, Fontemoing, 1899, rééd. Bologne, Arnaldo Forni, 1977, p. 142.

<sup>16</sup> *Les Sélections sociales*, p. 16.

Pour désigner la race qui prédomine en France, dans les Alpes, y compris l'Allemagne du Sud, et les Balkans, il abandonne, dans *Les Sélections sociales*, l'appellation de celto-slave pour celle d'*Homo Alpinus*, désignant un brachycéphale de petite taille, ayant les cheveux bruns et les yeux marron. Attaché à la tradition, il est besogneux ; c'est un soldat soumis, un fonctionnaire obéissant, un parfait magistrat, parce qu'attentif aux puissants du jour. En religion, il est plutôt catholique ; en politique, il est amoureux de l'uniformité, volontiers niveleur et par conséquent tourné vers la démocratie<sup>17</sup>.

*Europaeus* et *Alpinus* sont les deux races principales, mais il existe aussi en Espagne, en Italie et sur tout le pourtour de la Méditerranée, des dolicho-bruns de petite taille. Lapouge y voit un type très ancien qu'il appelle *Homo Contractus* dont auraient fait partie dans l'Antiquité les Ombro-Latins et les Romains eux-mêmes<sup>18</sup>.

La craniologie sert de support pour justifier la théorie des races et rechercher les origines de la population européenne. C'est la même démarche scientifique, ou plutôt qu'il croit scientifique, qui le conduit à appuyer le droit sur la biologie.

## II — LE DROIT BIOLOGIQUE DES SUCCESSIONS.

La *Revue générale du droit*, dans ses livraisons de 1885 et 1886, accepte un article de Lapouge, intitulé « Études sur la nature et sur l'évolution du droit de succession »<sup>19</sup>. Cette revue, dirigée par des professeurs de droit français et étrangers, dont Sumner Maine, associés à des magistrats et un avocat au Conseil d'état, s'ouvre à la pluridisciplinarité. Son comité de rédaction souligne, dans une note en bas de la première page de l'article, qu'il a entretenu ses lecteurs, à différentes reprises, du mouvement qui tend à faire intervenir les sciences naturelles dans l'étude du droit. Fidèle à ses traditions, le comité n'a pas hésité à accepter ce travail d'un jeune agrégatif qui constitue une des premières manifestations en France de la nouvelle école. Par précaution toutefois, il en laisse l'entière responsabilité à son auteur.

Lapouge reprend la théorie darwinienne de l'évolution pour l'adapter à la structure familiale. L'homme ne peut échapper à son destin. Il est conditionné par les générations précédentes aussi bien pour son physique que pour ses penchants, ses émotions et ses passions. Les liens familiaux, l'amour des parents pour les enfants ou la piété filiale n'y peuvent rien changer. Seule compte la transmission héréditaire des caractères qui, par variations successives a conduit à la société actuelle.

Dès lors, Lapouge écarte la succession testamentaire, dans laquelle il voit une institution « conforme à l'esprit tortueux, peu clairvoyant et conservateur des Romains ». Sa légitimité est discutable et si le testament s'est maintenu, c'est en raison de l'influence du prestige de Rome sur les institutions européennes. Il est préférable, selon lui, comme l'ont fait les Germains, de fonder le droit de succéder sur des bases résultant de la communauté du sang. Pour cela, il n'est pas besoin de s'entourer de justifications inutiles, comme l'ont fait certains juristes en invoquant « la voix de la nature [ou] la mystérieuse volonté de Dieu qui accorde les enfants et dont les familles sont l'œuvre ». Il vaut mieux chercher à savoir pourquoi la

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 17-18 et *L'Aryen, son rôle social*, p. 481.

<sup>18</sup> « Le berceau des Ombro-latins », *le Félibrige latin*, 1895, p. 84-111 et *Les Sélections sociales*, p. 23-28.

<sup>19</sup> Art.cité note 12.

communauté de sang crée le droit d'hériter et Lapouge pense en avoir trouvé la réponse hors de la sphère juridique, du côté de la biologie.

« Demandons hardiment notre pourquoi à la biologie, écrit-il. Elle nous répondra autrement que ne pourrait le faire la métaphysique. Elle nous fournira des données positives, déduites d'expériences que l'on peut répéter à volonté, et d'observations que chacun peut faire, elle nous fournira des preuves matérielles qui tombent dans le domaine du scalpel, se laissent montrer en préparations et voir au microscope. Elle nous demandera qu'une chose : ne point oublier que les démonstrations des sens sont des démonstrations devant lesquelles il faut s'incliner, tandis que l'appel est toujours permis contre le raisonnement ».

Or, en biologie, l'hérédité est directe ou indirecte. La première a pour cause le phénomène de la reproduction dont on commence à saisir la combinaison des gamètes mâles et femelles, la seconde tient compte des caractères ancestraux qui, par atavisme, peuvent réapparaître après un nombre indéterminé de générations.

L'hérédité directe justifie la vocation des enfants à succéder à leurs parents. L'enfant est l'héritier naturel de ses auteurs. Il hérite des biens et des dettes, comme il hérite des caractères physiques et des maladies génétiques. De ce fait, la succession doit être égalitaire et n'établir aucune distinction fondée sur le sexe et l'ordre des naissances. En outre, puisque la biologie est à la base de tout, on ne saurait faire de distinction entre enfants légitimes et enfants naturels. Pour Lapouge, il est évident « qu'il n'y a pas deux embryologies, que l'hérédité, l'atavisme sont indépendants de toute convention sociale ». Du reste, ajoute-t-il, « cet état de chose tend à cesser, et il est probable que l'enfant naturel aura un jour partout un droit entier à la succession de ses parents et de leurs auteurs »<sup>20</sup>.

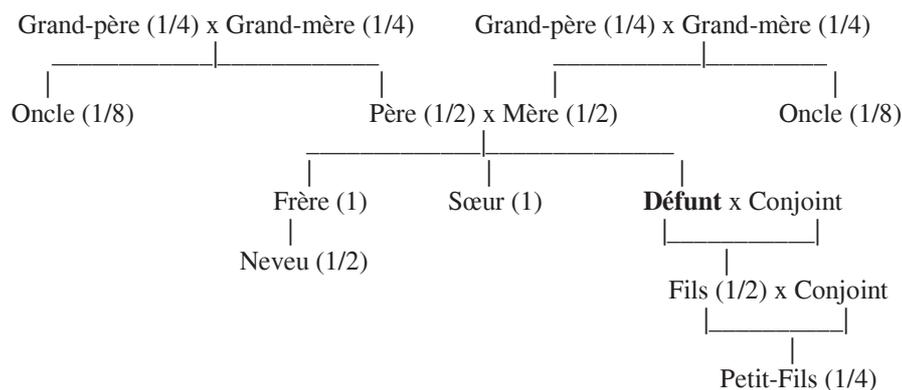
L'hérédité indirecte, ancestrale, fournit ensuite à Lapouge la raison de la vocation successorale des petits-enfants et des arrière-petits-enfants. Les ascendants seront également appelés à défaut de descendants, « en vertu de la même loi d'identité partielle et de continuité ». Pour la succession collatérale, la vocation « se déduit de l'idée que la famille est une grande collection d'individus, unis par des liens de plus en plus faibles, mais effectifs, de dérivation d'une souche commune ».

La communauté de sang est essentielle et Lapouge adapte les travaux de biométrie statistique, mis à la mode par Galton, le cousin de Darwin, aux structures de parenté. Pour cela il dresse un tableau de la quantité du sang héritable par chaque membre de la famille relativement au défunt, en supposant l'influence des père et mère égale à chaque génération. Avec les frères et sœurs, le rapport de sang est égal à 1, puisque tous ont les mêmes père et mère; avec le père, il est de  $\frac{1}{2}$ , de même qu'avec le fils et le neveu. Avec l'oncle et le bisaïeul, au troisième degré, le rapport est de  $\frac{1}{8}$ . Il devient successivement de  $\frac{1}{16}$ ,  $\frac{1}{32}$ ,  $\frac{1}{64}$ , etc.

---

<sup>20</sup> L'enfant naturel sera effectivement considéré comme un héritier par la loi du 25 mars 1896 et la recherche de paternité, commencera à être autorisée par la loi du 16 novembre 1912. Il faudra néanmoins attendre la réforme apportée par la loi du 3 janvier 1972 pour que cet enfant naturel ait « dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime (art.757 du code civil) ». Le trait dominant de cette réforme a été justement de permettre l'adéquation de la paternité juridique à la vérité biologique (Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, p. 393-395).

Calcul de la quantité du sang héritable



Si l'on tient compte de ces calculs pour le droit successoral, on devrait donc appeler le frère de préférence au père et même au fils, car il a le sang d'une composition identique à celle du défunt. De même le neveu et le fils, marchant de pair, devraient venir en concours. « Il y a des peuples qui, par raisonnement ou par le hasard de leur évolution sociale, sont arrivés à appliquer ce système en partie ou en totalité ». Peut-être Lapouge fait-il allusion à la théorie des parentèles édiflée par les historiens du droit, en Allemagne, aux alentours de 1800, pour expliquer le système successoral dans les lois des peuples germaniques, encore que ce système ne coïncide pas vraiment avec le tableau de la quantité de sang héritable. L'auteur peut aussi faire référence à la succession de frère à frère existant au Moyen Âge dans les familles de certains châtelains du Poitou, qui a été révélée en 1884 par un article de son ancien professeur de droit à Poitiers, Camille Arnault de la Ménardière, dans les *Mémoires de la Société des Antiquaires de l'Ouest*<sup>21</sup>. À titre d'exemple, lorsqu'un vicomte de Thouars venait à mourir, ses frères prenaient successivement, dans l'ordre de la primogéniture, le gouvernement de la seigneurie. C'était seulement au décès du dernier d'entre eux que le fils aîné du défunt pouvait exercer sa vocation héréditaire et entrer en possession de l'héritage paternel dont il avait été jusqu'ici écarté par ses oncles. Arnault de la Ménardière voyait dans ce mode particulier de dévolution successorale une origine slave, liée à l'installation des Taifales en Poitou au IV<sup>e</sup> siècle, mais les vraies raisons sont d'ordre féodal. La succession de frère à frère était un compromis ingénieux entre la tendance à l'égalité dans les partages et le besoin de maintenir l'intégrité du fief<sup>22</sup>.

Lapouge reconnaît cependant que cette manière de succéder pouvait paraître choquante, car la loi, dans tous les pays européens, fait passer les descendants avant les collatéraux privilégiés et s'il y a des ascendants, les frères et sœurs du défunt

<sup>21</sup> « De la succession de frère à frère, survivances slaves dans la très ancienne coutume de Poitou », *Mémoires de la Société des antiquaires de l'Ouest*, 2<sup>e</sup> sér., t.VII, 1884, p. 343-361.

<sup>22</sup> Marcel Garaud, « Le viage ou retour du vieux coutumier du Poitou », *Bulletins de la Société des antiquaires de l'Ouest*, 3<sup>e</sup> sér., t.V, 1921, p. 747-788 et « Les châtelains de Poitou et l'avènement du régime féodal XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles », *Mémoires de la Société des antiquaires de l'Ouest*, 4<sup>e</sup> sér., t.VIII, 1984, p. 77-83.

partagent avec eux. En outre la succession de frère à frère se heurte à une autre loi biologique plus forte, celle de la continuité. « Notre frère, écrit Lapouge, est le plus proche parent que nous puissions avoir, soit : mais notre fils ou notre père sont nous-même ! »

En voulant étudier le droit de successions, Lapouge désire au fond exposer les idées qui lui tiennent à cœur sans pour autant révolutionner le droit. Lui-même considère, dans son article, que les résultats obtenus par l'intermédiaire de la biologie sont en relation directe avec les grandes lignes du Code civil. Il peut aussi faire une constatation qui lui donne entière satisfaction : le droit est plus proche des réalités scientifiques que des opinions préconçues des philosophes.

\*  
\* \*

Que ce soit pour édifier une théorie des races ou rechercher les fondements du droit, Lapouge veut s'affranchir de toute conscience morale. Seul compte pour lui la réalité scientifique, sans avoir à se référer à des critères religieux, culturel ou humaniste. « Tout homme, écrit-il, est apparenté à tous les hommes et à tous les êtres vivants ! Il n'y a donc pas de droit de l'homme, pas plus que de droit du tatou à trois bandes ou du gibbon syndactyle, du cheval qui s'attelle ou du bœuf qui se mange. L'homme perdant son privilège d'être à part, à l'image de Dieu, n'a pas plus de droits que tout autre mammifère. L'idée même de droit est une fiction, il n'y a que des forces »<sup>23</sup>.

Lapouge aurait pu devenir l'un des pionniers de l'anthropologie juridique en France, mais sa démarche est plutôt celle d'un provocateur et d'un scientifique, pour qui les sciences sociales ne peuvent employer aucune autre méthode en dehors de celles de la nature. Son matérialisme militant le conduit tout au plus à considérer que l'étude de l'homme comprend une branche supplémentaire par rapport à celle des animaux. C'est l'anthroposociologie, un terme qu'il invente avec son ami allemand Otto Ammon<sup>24</sup>, ayant pour objet l'approfondissement des relations réciproques de la race et du milieu social. La mission de la nouvelle « science » est d'expliquer l'histoire et le droit par la seule réalité biologique<sup>25</sup>.

La notion de race y est primordiale, même si les dolicho-blonds et les brachy-bruns se sont mélangés au fil des siècles, dans un processus de décadence générale aggravé par la modernité démocratique. Il y a chez Lapouge une obsession de la dégénérescence par le métissage<sup>26</sup> qui rejoint le pessimisme de Gobineau, mais il

---

<sup>23</sup> *L'Aryen, son rôle social*, p. 511-512.

<sup>24</sup> Benoît MASSIN, « Otto Ammon 1842-1916 », dans le *Dictionnaire des œuvres philosophiques*, p. 2206; Antonello LA VERGATA, trad. par Patrick TORT, « Ammon Otto 1842-1916 », dans le *Dictionnaire du Darwinisme [...]*, t.1, p. 73-74.

<sup>25</sup> Georges VACHER DE LAPOUGE, « La dépopulation de la France », *Revue d'anthropologie*, 3<sup>e</sup> sér., t.2, 1887, p. 69-80; voir : André BEJIN, « Le sang, le sens et le travail : Georges Vacher de Lapouge darwiniste social fondateur de l'anthroposociologie », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol.LXXIII, 1982, p. 323-343; Pierre-André GLOOR, « Vacher de Lapouge et l'anthroposociologie », *Revue européenne des sciences sociales, cahiers Vilfredo Pareto*, t.XXIII, n°69, 1985, p. 157-170.

<sup>26</sup> André BEGIN, « Médiocratie et sélection sociales : la décadence selon Vacher de Lapouge », *Mesurer et comprendre, Mél. offerts à Jacques Dupaquier*, PUF, 1993, p. 23-31; André

pense s'en sortir par la voie de l'eugénisme en vue d'améliorer les populations humaines grâce à des pratiques qui permettront aux races les plus convenables de prévaloir rapidement par rapport aux moins bonnes.

De manière générale, Lapouge recommande une politique eugéniste. Des lois devraient encourager la sélection des individus en favorisant la fécondité des plus sains et des plus robustes, quitte à se débarrasser des éléments inaptes ou indésirables par la stérilisation forcée. Mieux encore, si l'on veut mettre en œuvre ce programme de fabrication d'une humanité « parfaite », le seul vrai moyen serait de recourir à un interventionnisme d'État impliquant un régime de type socialiste.

De telles affirmations ne sont que des suppositions hasardeuses et le résultat des fantasmes d'un anthropologue amateur érigés en certitude. Lapouge n'a été qu'un météore dans le domaine des sciences juridiques et sa théorie a été réfutée par les sociologues français, en particulier Durkheim et ses disciples<sup>27</sup>. Ses opinions sont, en revanche, reprises aux États-Unis et, après la Première guerre mondiale, elles influencent de manière indirecte les théoriciens du national-socialisme.

---

PICHOT, *La Société pure, De Darwin à Hitler*, Flammarion, Coll. Champs, 2000, p. 171-172 et 313.

<sup>27</sup> Benoît MASSIN, « L'anthropologie raciale comme fondement de la science politique, Vacher de Lapouge et l'échec de « l'anthroposociologie » en France », (1886-1936), *Les Politiques de l'anthropologie, Discours et pratiques en France (1860-1940)*, sous la dir. de Claude BLANCKAERT, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 269-334.



Le doyen Jean Carbonnier écrivait en 1979 : « Jamais plus qu'aujourd'hui [...], nous n'avons senti la sagesse de ce qu'enseignait Julien Bonnesse - ce torrent, ce gave d'idées -, quand il disait qu'une fois promulguée, la loi doit échapper à ceux qui l'ont faite »<sup>1</sup>. Cette citation de l'élève le plus célèbre de Bonnesse ne peut que susciter la curiosité de l'historien. Bien que les travaux de droit civil ou de droit commercial de Bonnesse ne soient nullement inconnus, son nom n'est pas particulièrement attaché à l'idée selon laquelle la loi promulguée appartient à ses destinataires et à ses interprètes. On pense bien plutôt alors à Raymond Saleilles ou à François Gény et, si l'on remonte le temps, aux propos célèbres de Portalis dans son *Discours préliminaire* : « les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours [...] Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges »<sup>2</sup>.

S'il semble tout à fait problématique d'accorder à Bonnesse la paternité de cette idée, son nom est en revanche intimement associé à l'histoire de la science du droit. En la matière, le civiliste bordelais est d'ailleurs encore aujourd'hui considéré comme un auteur de référence, non seulement par les juristes de droit positif mais également par les historiens du droit. Or, cette incursion des professeurs de droit positif dans le champ historique n'est ni nouvelle ni surprenante puisque, spécialement au XIX<sup>e</sup> siècle, les juristes sont soucieux de conforter le droit nouveau par l'ancien. Les seuls noms de Troplong, de Planiol ou de Gabriel Demante permettent de rappeler l'absence de séparation des disciplines juridiques, et ce au moins jusqu'en 1896 lorsque l'agrégation des facultés de droit fait l'objet d'un sectionnement<sup>3</sup>. Il en est ainsi de l'histoire du droit comme de l'histoire de la science juridique. Celle-ci est en effet d'abord le fait de professeurs de droit positif, principalement des professeurs de droit civil, qui se tournent vers le siècle écoulé alors que le Code civil devient centenaire<sup>4</sup>. Quelques grands noms apparaissent en la matière : Gény, bien qu'il ne s'intéresse qu'indirectement à l'histoire, Saleilles, Charmont et

---

*Maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.*

<sup>1</sup> « La tutelle », *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 21.

<sup>2</sup> « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an XI par la commission nommée par le gouvernement consulaire », *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, p. 8.

<sup>3</sup> Cf. l'arrêté du 23 juillet 1896 sur la proposition d'Adhémar Esmein.

<sup>4</sup> Sur ce point, D. BUREAU, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 171 s..

Chausse, Eugène Gaudemet et, bien sûr, Bonnacase. Si l'on excepte les noms de deux historiens -Esmein et Meynial-, il s'agit donc, pour l'essentiel, de juristes non historiens.

Parmi ce petit nombre d'auteurs, la vie et l'œuvre de Joseph Julien Bonnacase sont singulières<sup>5</sup>. Ce solide béarnais, dont Jean Brèthe de la Gressaye fait un portrait saisissant<sup>6</sup>, est né le 6 mai 1878 à Bilhères dans les Basses-Pyrénées. Après des études secondaires au collège de Sainte Marie d'Oloron, il devient bachelier en 1897 et entame des études de droit à Toulouse. Licencié en 1901, il soutient ses deux thèses en 1904 et 1905<sup>7</sup>. Après avoir été reçu sixième au concours d'agrégation de 1908, il est d'abord affecté à Grenoble, pour être ensuite nommé à Bordeaux où il enseigne à partir de 1913.

Pendant toute sa carrière, Bonnacase est très actif. Outre ses enseignements, il mène de front une intense activité de consultation et la réalisation d'une œuvre imposante tant en droit positif qu'en histoire et en philosophie du droit. En droit positif, il publie un important supplément au *Traité théorique et pratique de droit civil* de Baudry-Lacantinerie<sup>8</sup>, ainsi que de nombreux articles et ouvrages de droit civil, de droit processuel, de droit commercial ou de droit maritime<sup>9</sup>. Ses publications jouissent alors d'une reconnaissance rapide qui lui permet d'obtenir de nombreux prix et distinctions. Son prestige tient également beaucoup à sa direction de la *Revue générale du droit* à partir de 1927 et à l'originalité de nombre de ses idées, par exemple en matière d'enseignement de la jurisprudence<sup>10</sup>.

Ceci ne lui évite cependant pas de mourir dans l'indifférence presque générale le 30 décembre 1950, à l'âge de 72 ans. Bonnacase connaît en effet une triste fin puisqu'il est révoqué le 9 mars 1941 et mis d'office à la retraite. Il est alors impliqué dans une affaire de trafic d'influences qui, bien qu'elle s'achève par un non-lieu en juin 1942, affecte durablement sa renommée. Alors que l'analyse révèle de graves difficultés financières et le déclin d'un homme en proie au surmenage et à la fuite en avant<sup>11</sup>, la mémoire collective aura retenu la déchéance d'un juriste suspecté

<sup>5</sup> Sur Bonnacase : D. SEQUERRA, *O professor Julien Bonnacase. Notas bio-bibliograficas*, Lisbonne, 1935; M. MALHERBE, *La Faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Bordeaux, PU Bordeaux, 1996, p. 138-139, 153-160 et 277-279.

<sup>6</sup> « Souvenirs d'un civiliste (1912-1965) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1975, p. 661.

<sup>7</sup> *La faillite virtuelle, étude de jurisprudence*, V. Rivière, 1904; *Le féminisme et le régime dotal*, V. Rivière, 1905.

<sup>8</sup> Bonnacase collabore d'abord à la troisième édition de ce véritable monument, avant de publier un supplément en six volumes (Sirey, 1924-1935).

<sup>9</sup> *Traité de droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 1923; *Précis élémentaire de droit maritime*, Paris, Sirey, 1932; *Précis de droit civil (conforme au programme officiel des Facultés de droit)*, A. Rousseau, 1934-35, 3 vol.; *Introduction à l'Étude du droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1939; *Précis de jurisprudence civile et commerciale*, Paris, LGDJ, 1942. Il écrit également pas moins d'une trentaine de préfaces dont celle de la thèse de Jean Carbonnier (*Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Delmas, 1932).

<sup>10</sup> Cf. son *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, Paris, Sirey, 1927 et son *étude Clinique juridique et Facultés de droit. L'Institut clinique de jurisprudence*, Paris, de Boccard, 1931. En la matière, les idées de Bonnacase trouvent une application concrète à Paris sous l'égide d'Henri Capitant. Sur ce point, comp. avec N. OLSZAK, « La professionnalisation des études de droit. Pour le développement d'un enseignement clinique », *D.*, 2005, p. 1172-1173.

<sup>11</sup> Sur cette affaire : M. MALHERBE, *ouv. cité*, p. 157-160.

de toutes les turpitudes d'une époque tourmentée.

Si l'homme est partiellement entré dans l'oubli, ses idées nous sont en revanche parvenues presque intactes, notamment par le biais des manuels de droit positif<sup>12</sup>. Le nom de Bonnetcase demeure ainsi attaché à l'histoire de la science juridique contemporaine puisqu'il a pu être qualifié d'« historien quasi-officiel de la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>13</sup>. Sa qualité d'historien ne semble donc pas faire de doute, du moins si l'on prend en considération le succès de ses idées.

La dette de l'historiographie à l'égard de Bonnetcase est en effet considérable. Grâce à lui, tout un siècle de doctrine, de méthodes et de conceptions du droit est présenté sous les traits de deux écoles. La première est l'« École de l'Exégèse », véritable repoussoir intellectuel dont les membres sont simplement habiles à gloser le texte du Code civil. La seconde, brillante et créative, n'est autre que l'« École scientifique » qui s'épanouit à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles.

Toutefois, l'œuvre de Bonnetcase est entachée d'une équivoque fondamentale. Il s'agit en effet, pour lui comme pour nombre de ces contemporains, de bâtir une histoire édifiante, une histoire propre à mettre en valeur le renouvellement de la science juridique par contraste avec les errements du passé. Que penser alors d'une histoire dont l'un des objectifs majeurs est la promotion de ses auteurs ? Que penser également d'une histoire qui demeure, au début du XXI<sup>e</sup> siècle, encore largement diffusée malgré les critiques dont elle fait l'objet<sup>14</sup>, l'« École de l'Exégèse » étant considérée comme une notion à relativiser<sup>15</sup>, voire comme un mythe, une invention<sup>16</sup> ou une légende<sup>17</sup>.

La dimension historique de la construction de Bonnetcase paraît alors essentielle pour mettre en perspective une histoire longtemps réalisée par les membres de la doctrine. Faire la généalogie des œuvres et des idées de Bonnetcase ne semble donc pas inutile pour comprendre une construction historique toujours en vigueur. Ainsi, l'examen de l'apport historique de Bonnetcase doit précéder celui de la construction doctrinale qu'il nous offre.

\*  
\* \*

<sup>12</sup> Sur la diffusion des idées de Bonnetcase : R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milan, Giuffrè, 2002, not.p. 255-272 le chapitre intitulé « Ripensare Bonnetcase ? »; D. BUREAU, art. cité, n°27, p. 190, note 111.

<sup>13</sup> Chr. JAMIN, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 816.

<sup>14</sup> Cf. l'article fondateur de Ph. REMY, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, n°1, 1985, p. 118-119.

<sup>15</sup> Cf. J-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Quadrige, 2001, n° Paris 44, p. 79-80; *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et St.RIALS, Paris, PUF, 2003, v°Exégèse (École).

<sup>16</sup> Cf. Chr. JAMIN, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, t.37, 1992, p. 260; *Dictionnaire de la culture juridique*, v° « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique »; Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, « En relisant Eugène Gaudemet », *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804 (1935)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2002, p. 13; *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 134.

<sup>17</sup> D. BUREAU, art. cité, n°28 s., p. 191 s..

## I — L'APPORT HISTORIQUE DE BONNECASE.

Les travaux historiques de Julien Bonnecase s'inscrivent dans un contexte d'effervescence scientifique. Suivre la logique de sa bibliographie permet alors de comprendre la pensée de cet auteur singulier doté d'une forte personnalité. Elle permet également de constater la pérennité des interprétations historiques du professeur bordelais.

\*

L'étude de cette œuvre montre qu'elle participe à un vaste mouvement de la science du droit qui semble débiter à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, bien qu'il s'inscrive dans la lignée des travaux critiques apparus dès le début de ce siècle. C'est la raison pour laquelle Bonnecase hérite d'une grande partie de ses idées en matière d'histoire de la pensée juridique. Il faut toutefois distinguer deux périodes dans son œuvre. Ces deux périodes sont d'ailleurs d'inégales importances et traduisent l'évolution de la pensée d'un auteur qui affirme peu à peu son originalité.

La première de ces périodes débute en 1912 avec la parution de son premier ouvrage historique, bien que, se mettant en scène lui-même, Bonnecase fasse remonter ses recherches historiques à ses thèses de doctorat<sup>18</sup>. Il est alors profondément marqué par les travaux de tous ceux qui participent à la nouvelle vague doctrinale. Pendant sa formation intellectuelle, il est ainsi influencé par Maurice Hauriou, dont il suit les enseignements au sein de la faculté toulousaine, et plus durablement par Charles Beudant et François Gény. Il trouve notamment chez le professeur nancéien l'essentiel de ses idées en matière d'interprétation et de sources du droit et chez le doyen parisien quelques-unes de ses conceptions sur le fondement du droit. L'influence de Saleilles, bien que plus diffuse et indirecte, semble également réelle. Celui-ci marque en effet toute une génération de juristes en insistant sur l'importance de la perspective historique d'un point de vue méthodologique. Bonnecase trouve surtout dans les premières études relatives à la science du droit du XIX<sup>e</sup> siècle et à l'histoire de l'enseignement juridique les bases de ses propres recherches historiques. Ces travaux sont ceux du toulousain Rodière et, surtout, ceux de Charmont et de Chausse, d'Esmein et de Meynial, sans oublier Liard, Hayem, Glasson et Cohendi.

La voie est donc tracée, à une époque où fleurissent les ouvrages relatifs à la science du droit. En 1912, à l'âge de 34 ans, Bonnecase publie son étude consacrée à *La Thémis (1819-1831), son fondateur, Athanase Jourdan*<sup>19</sup>. Il y défend l'œuvre de Jourdan, ainsi que celle de Klimrath, contre les premiers commentateurs du Code civil qualifiés d'exégètes. Il entend ainsi remédier à la négligence de ses contemporains car cette étude est, pour lui, un « préliminaire indispensable de l'étude des progrès de la science du droit en France au XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>20</sup>. Il y montre une « École

<sup>18</sup> « Tous mes travaux, si nombreux soient-ils, trop nombreux même seraient-ils, ont toujours évolué autour de la même préoccupation : retracer le mouvement juridique scientifique qui a marqué le XIX<sup>e</sup> siècle et caractérise l'époque présente [...] Dès 1904, cet objectif s'était imposé à moi » (*La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933, t.1, p. 2).

<sup>19</sup> Sur cette revue, cf. Ph. REMY, « *La Thémis* et le droit naturel », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, n°4, 1987, p. 145-160.

<sup>20</sup> *La Thémis* [...], ouv. cité, n°6, p. 158.

de la Thémis » menée par Jourdan, dont le programme est identique à celui que réalisent les rénovateurs de la Belle époque. Leurs efforts méthodologiques, leur conception du droit, l'étude de la jurisprudence, le droit comparé, l'enseignement du droit, en définitive toute l'actualité de la science du droit trouve, selon lui, une première expression entre 1819 et 1831. De plus, il y adjoint une *Introduction générale à l'Histoire de la science du droit privé en France de 1789 à 1830*, l'une des premières du genre. Si cette histoire reste assez sommaire, Bonnacase y exprime les questions essentielles qui innervent toute son œuvre. Il conçoit ainsi l'évolution de la science juridique en termes de phases, de césures et d'oppositions entre écoles luttant pour ou contre le progrès du droit. Dans un même esprit, il étudie ensuite l'histoire des facultés de droit et de l'enseignement<sup>21</sup>. C'est dans cette voie menée à son terme qu'il entreprend d'écrire l'histoire de la doctrine privatiste contemporaine dans son ouvrage intitulé *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*<sup>22</sup>. Le titre de cette étude est un véritable programme qui expose l'essentiel des idées que Bonnacase ne cessera de répéter dans ses travaux ultérieurs.

La seconde période de l'œuvre de Bonnacase débute au milieu des années 1920 pour ne s'achever qu'avec la Seconde Guerre mondiale. Le professeur bordelais est alors au faîte de sa carrière universitaire, ses travaux historiques connaissant une large diffusion et une grande notoriété. Il publie ainsi en 1933 son ouvrage le plus célèbre : *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente*<sup>23</sup>. Quoique son auteur en dise, il s'agit en réalité d'une synthèse de ses idées antérieures et d'un approfondissement de ses principales thématiques. Il s'éloigne toutefois, dans un même mouvement, de ses maîtres de la période précédente et entre en controverse avec la quasi-totalité des auteurs de son temps. C'est ainsi qu'il critique Gény, Saleilles, Ripert, Hauriou ou Duguit<sup>24</sup> et pourfend le romantisme et le positivisme de son époque<sup>25</sup>. Il oriente alors ses travaux historiques vers la réhabilitation du Code civil<sup>26</sup> afin de pouvoir notamment contrer ceux qui, selon lui, s'autoproclament « les prophètes du droit nouveau, c'est-à-dire de ce qu'ils appellent le "Droit social" »<sup>27</sup> alors que le « Droit social est un mot, rien qu'un mot »<sup>28</sup>. Il défend le Code civil

<sup>21</sup> Ses premiers articles en la matière datent de 1914 (*Revue critique de législation et de jurisprudence* et *Recueil de législation de Toulouse*), puis il publie *La Faculté de droit de Strasbourg* en 1916. Deux autres ouvrages suivront en 1929 et 1932.

<sup>22</sup> De Boccard, 1919; 2<sup>ème</sup> éd., de Boccard, 1924. Comme très fréquemment, Bonnacase a d'abord publié cette étude sous la forme d'un article à la *Revue générale du droit* en 1918 et 1919.

<sup>23</sup> Delmas, 1933, 2 tomes.

<sup>24</sup> Sur les relations houleuses entre Duguit et Bonnacase : J. BRETHER DE LA GRESSAYE, « Un conflit doctrinal à la Faculté de droit de Bordeaux : Bonnacase contre Duguit », *Mélanges Marcel Laborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, p. 53-62; M. MALHERBE, *ouv. cité*, not.p. 153-154.

<sup>25</sup> *Science du droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Sirey, 1928; « La science du droit civil. Considérations sur son état présent », *Revue Générale du Droit*, tome LV, 1931, p. 177-178.

<sup>26</sup> « Où en est le droit civil ? », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n°4, *La cité moderne et les transformations du droit*, 1925, p. 48-84; *La Philosophie du code Napoléon appliquée au droit de famille*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, de Boccard, 1928.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 91.

accusé d'individualisme en estimant par exemple que « le droit civil a toujours été le bouclier de l'individu contre les abus de pouvoir des groupements »<sup>29</sup>. S'il loue encore Gény, Hauriou ou Duguit, ce n'est plus que pour avoir rompu avec l'« École de l'Exégèse ». Il recherche alors de nouvelles sources d'inspiration et trouve notamment dans l'œuvre du baron Ernest Seillière les arguments pour critiquer l'évolution de la science juridique et défendre un retour à l'ordre et à la raison, selon une philosophie de l'impérialisme interprétée de façon parfois fort confuse<sup>30</sup>.

De façon plus anecdotique, tout ceci conduit Bonnecase à revenir sur certains de ses jugements antérieurs comme, par exemple, à l'égard de Demolombe, qu'il tente maladroitement de réhabiliter après l'avoir qualifié non sans raillerie de « prince de l'Exégèse »<sup>31</sup>.

\*

Le principal apport historique de Bonnecase réside dans la systématisation de nombreuses idées de son époque. Il offre ainsi une grille de lecture de l'histoire dont toute la force tient à sa simplicité et à sa clarté. Nous retiendrons deux idées dont la fortune est indéniable.

La première de ces idées est l'existence d'une école : l'« École de l'Exégèse ». En la matière, Bonnecase n'innove pas en usant de la notion d'école puisqu'il s'agit d'une notion très fréquemment utilisée aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. En revanche, l'expression « École de l'Exégèse » lui doit son succès. Si lui-même en accorde la paternité à Ernest Glasson, Bonnecase en est véritablement le promoteur<sup>32</sup>. Peu importe que l'expression apparaisse en filigrane, quelques années auparavant, sous la plume de Glasson, de Guillouard ou d'Édouard Lambert. C'est bien Bonnecase, en effet, qui fait de l'« École de l'Exégèse » un schéma explicatif simple et séduisant : « depuis 1819, il existe deux courants dans le monde juridique : le courant novateur et avancé de la *Thémis* et le courant conservateur en quelque sorte, dont le trait dominant est d'être entièrement consacré à l'interprétation exégétique des divers codes »<sup>33</sup>. Eugène Gaudemet n'aura plus alors qu'à assurer la diffusion de l'expression pour en garantir le succès définitif, malgré les réserves exprimées notamment par Ambroise Colin et Henri Capitant<sup>34</sup>.

Bonnecase admet certes, à la suite de Charmont et Chausse, l'existence de tendances, de cycles ou de générations. Il convient ainsi de la présence de trois périodes au sein de l'« École de l'Exégèse ». Une période de formation, un apogée et enfin une période de transition, à partir de 1880, vers l'« École scientifique ». Il contribue alors à faire des années 1880 la césure majeure de l'histoire de la pensée juridique contemporaine. Lorsqu'il s'intéresse à l'histoire de la science juridique

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>30</sup> Cf. son ouvrage *Philosophie de l'impérialisme et science du droit : l'œuvre d'Ernest Seillière, sa portée juridique*, Boredeaux, Delmas, 1932.

<sup>31</sup> *Les destinées de l'œuvre de Demolombe au temps présent*, Delmas, 1929. Sur ce point, cf. Chr. JAMIN, « L'oubli et la science [...] », art. cité, p. 816; « Julien Bonnecase et Charles Demolombe », *Revue trimestrielle de droit*, 1992, p. 856-857.

<sup>32</sup> Sur les origines de cette expression, cf. également R. FERRANTE, *ouv. cité*, p. 255-272.

<sup>33</sup> *La Thémis [...]*, *ouv. cité*, p. 23-24.

<sup>34</sup> *Cours élémentaire de droit civil français*, 9<sup>ème</sup> éd. par L. Julliot de La Morandière, Paris, Dalloz, 1939, t.1, n°27, p. 34-35.

belge, il utilise d'ailleurs la même grille d'analyse<sup>35</sup>. Il en revient toutefois presque toujours à la simplicité d'une présentation sous la forme d'écoles opposées et assure d'ailleurs la défense de son analyse en écrivant notamment : « Qu'on le veuille ou non, il y a eu dans la science du droit civil au XIX<sup>e</sup> siècle une grande École, une École qui sera la marque de l'histoire de notre science pendant cette période : l'École de l'Exégèse »<sup>36</sup>. Peu importe alors l'absence de tout chef de file, le rôle majeur de la controverse ou les divergences politiques des auteurs, seule l'univocité d'une école monolithique est retenue pour mieux conjurer un passé qui doit à tout prix être révolu, grâce à un changement de paradigme scientifique incarné par la naissance d'une nouvelle école.

La deuxième idée force de Bonnacase est la reconnaissance de caractéristiques propres à l'« École de l'Exégèse ». Bien qu'il s'inspire largement de Géný, d'Esmein, de Charmont et de Chausse, Bonnacase est ici encore celui qui forge véritablement les caractères d'une école dotée d'une méthode et d'une doctrine correspondante.

La méthode exégétique est, pour lui, une simple analyse littérale et servile du Code civil. S'il concède la présence de variations entre les auteurs et s'il trouve quelques excuses au recours à l'exégèse après la codification, Bonnacase fixe ici les reproches devenus classiques depuis lors. Passant rapidement sur les vives controverses relatives au choix du commentaire ou du traité et sur toutes les variantes imaginées par les civilistes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>37</sup>, il attribue à la méthode exégétique une connotation péjorative qui marque indubitablement la doctrine juridique du XX<sup>e</sup> siècle, bien que l'exégèse demeure un procédé classique et naturel de la science du droit.

Surtout, il dégage les cinq traits caractéristiques de la doctrine de l'« École de l'Exégèse »<sup>38</sup>. Selon lui, cette doctrine est en premier lieu fondée sur un culte du texte de la loi confondu avec le droit. La formule de Bonnacase est restée célèbre : au XIX<sup>e</sup> siècle, « le Droit positif s'absorbe dans les textes de la loi ». Cette doctrine est ensuite caractérisée par la prédominance de l'intention du législateur dans l'interprétation de la loi, cette intention étant supposée quand cela est nécessaire. Cela permet par exemple au civiliste bordelais d'écrire à propos d'Antoine-Marie Demante : « quand le législateur a parlé, il ne reste plus qu'à s'incliner ; toute la difficulté est de découvrir, quand elle n'apparaît pas clairement, l'intention du législateur et de la justifier. Quant à cette tâche, elle n'appartient pas à la jurisprudence, mais aux jurisconsultes seuls »<sup>39</sup>. Ce dernier reproche se retrouve dans la caractéristique suivante de la doctrine exégétique qui est étatiste et néglige ainsi la coutume et les sources réelles du droit. L'« École de l'Exégèse » ignore ainsi la pratique et perd de vue les besoins économiques et sociaux. De plus, cette doctrine est illogique puisque, tout en étant étatiste, elle recourt à un droit naturel assez vague de type métaphysique. Enfin, le dernier caractère de cette doctrine est l'usage excès-

<sup>35</sup> *Problème du droit et science belge du droit civil*, Paris, de Boccard, 1931; « La science du droit civil [...] », art. cité, p. 81 s.

<sup>36</sup> *L'École de l'Exégèse [...]*, ouv. cité, n°II, p. 2.

<sup>37</sup> Pour un exemple de choix méthodologique, cf. V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, Delamotte, 1868, 6<sup>ème</sup> éd., t.1<sup>er</sup>, p. XIV-XV.

<sup>38</sup> *L'École de l'Exégèse [...]*, ouv. cité, n°46 s., p. 126 s. ainsi que la synthèse contenue dans son *Introduction [...]*, ouv. cité, n°140 s., p. 183 s..

<sup>39</sup> *La Thémis [...]*, ouv. cité, n°52, p. 279.

sif de l'argument d'autorité qui engendre un respect exagéré de quelques grands auteurs qu'il qualifie de « pontifes » auxquels on voue un « un véritable culte superstitieux ». Il écrit ainsi : « Cette crainte référentielle ou cette confiance aveugle, comme on voudra, envers les prédécesseurs, plus spécialement envers quelques-uns d'entre eux, fut funeste à l'École, car elle contribua à figer sa doctrine »<sup>40</sup>.

Tout à l'opposé se situe l'« École scientifique », que Bonnecase dépeint comme la mise en œuvre de la science véritable retrouvée. Toutes les idées de ce dernier portent ainsi en elles une part de rupture, de stricte opposition entre le passé et l'avenir<sup>41</sup>. Malgré ses réserves et toute sa modération, Eugène Gaudemet achèvera d'imposer, dans son texte publié en 1935, ce schéma explicatif.

Dès lors, bien que les idées de Bonnecase n'aient pas toutes eu le même succès, son empreinte sur l'histoire de la science du droit est remarquable. Ses analyses seront répétées par la doctrine postérieure, jusqu'à former un véritable dogme scientifique. Cette pérennité de l'apport historique de Bonnecase implique alors d'envisager les méthodes et les motivations de celui-ci.

## II — UNE CONSTRUCTION DOCTRINALE.

L'histoire que nous propose Bonnecase est en effet une histoire mise en scène, une histoire doctrinale en ce qu'elle sert avant tout les besoins de son époque. Tant ses méthodes que les finalités de ses publications historiques doivent alors être envisagées

\*

Bonnecase conçoit son rôle d'historien comme une recherche, selon ses propres termes, de la « vérité historique »<sup>42</sup>. Il souhaite attribuer à chacun son véritable rôle dans la mémoire du droit. La crainte de l'oubli est ainsi une constante de son œuvre qui associe, voire confond, histoire et mémoire. Aussi écrit-il à propos de Valette : « Viennent la mort et l'histoire qui elles, impitoyables, assignent à chacun sa place dans la science, quand elles ne la refusent pas complètement »<sup>43</sup>. Bonnecase est ici tout à fait sincère lorsqu'il souhaite réaliser une « œuvre de justice »<sup>44</sup>. Sa farouche volonté de faire vivre le passé ne fait donc pas de doute. Il expose d'ailleurs lui-même sa méthode historique. Dans sa préface à *La Thémis*, il écrit qu'il faut placer l'objet de l'étude dans son « milieu juridique », l'« opposer » aux conceptions du moment et « dégager l'influence qu'ils [c'est-à-dire Jourdan, Blondeau, Dufroyer, Demante, Ducaurroy et Warnkoenig] obtinrent sur leurs contemporains et sur les jurisconsultes postérieurs »<sup>45</sup>. Il poursuit : « cette méthode consiste à ne pas se contenter d'exposer froidement les idées abstraites de l'époque, mais bien à mettre au premier plan les hommes qui les ont émises avec leurs caractères, leurs passions, leurs rancunes, leur parti-pris »<sup>46</sup>. Cet exposé laisse ainsi présager une saine méthode.

<sup>40</sup> *Introduction [...]*, ouv. cité, n°149, p. 193.

<sup>41</sup> Sur ce point, cf. D. BUREAU, art. cité, n°16, p. 181.

<sup>42</sup> *La Thémis [...]*, ouv. cité, n°2, p. 151.

<sup>43</sup> *L'École de l'Exégèse [...]*, ouv. cité, p. 37.

<sup>44</sup> *La Thémis [...]*, ouv. cité, n°6, p. 158.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. VII.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. IX.

Il semble toutefois qu'il faille aller au-delà de ces déclarations de principe. On découvre alors de nombreuses ambiguïtés méthodologiques et maintes contradictions. Bonnecase développe en effet une pensée souvent redondante et parfois faiblement documentée. Il choisit ainsi de citer très longuement les auteurs dont il fait la critique. Selon lui, il faut laisser le lecteur se faire un jugement personnel. Ses démonstrations passent alors souvent par une stigmatisation des erreurs et des défauts qu'il souhaite souligner. Il est indéniable que, ce faisant, Bonnecase a permis à nombre de ses lecteurs de découvrir une partie de la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle. Toutefois, cette propension à la citation est non seulement excessive, allant jusqu'à occuper l'essentiel des études livrées par le bordelais, mais démontre un parti pris quasi systématique dans le choix des citations. Bonnecase se focalise ainsi sur les extraits les plus catégoriques des introductions des ouvrages didactiques, en négligeant volontairement les passages dans lesquels ces dernières démontrent la complexité et la richesse d'une pensée juridique dont l'interprétation est susceptible de plusieurs niveaux de lecture. Oubliant le contexte de facultés de droit étroitement contrôlées, il livre à ses lecteurs un panorama univoque et parfois simpliste. Faisant fi de l'ampleur des œuvres qu'il juge, il accumule tout ce qui est susceptible de servir son propos critique. Sa méthode passe alors non pas par la recherche d'une adhésion réfléchie du lecteur, mais par la mise en avant d'évidences révélées par l'accumulation des citations et des commentaires virulents qui les accompagnent. Bonnecase souhaite offrir à son lecteur tout le loisir de vérifier la pertinence de son analyse révélée par les extraits qu'il lui propose. Ne dit-il pas lui-même : « Il ne nous est pas difficile de démontrer la vérité de nos propositions ; il nous suffit de reproduire quelques extraits »<sup>47</sup>. Or, le choix des citations opérées par le Bordelais, toutes sorties de leur contexte et souvent tronquées, dénaturent largement le propos des auteurs qu'il cite. S'il convient de concéder que la recherche historique rend les choix inévitables, l'univocité de son analyse la rend ainsi suspecte à maints égards.

Il en va de même de ses sources qui sont très rarement antérieures à 1789. N'utilisant abondamment que quelques auteurs, il néglige totalement des pans entiers de la science du droit qu'il entend pourtant étudier dans son ensemble. C'est ainsi qu'il ne tient que rarement compte du rôle des revues juridiques, en dehors de la *Thémis* bien sûr, et qu'il amalgame des œuvres et des auteurs que parfois tout sépare. D'autre part, non seulement Bonnecase puise un grand nombre de ses idées chez Beudant ou Génay, mais il tend parfois à purement reprendre les travaux de quelques auteurs qu'il recopie allégrement. C'est notamment le cas dans son étude consacrée à l'histoire de la science du droit entre 1789 et 1804 où il reprend les études de Jourdan, de Louis Liard, d'Albert Duruy, de Philippe Sagnac ou d'Adhémar Esmein. De même, nombre de ses idées et de ses jugements s'inspirent très largement d'écrits des membres de l'école qu'il critique, dont ceux de Bonnier<sup>48</sup> ou de Marcadé<sup>49</sup>. Bonnecase finit d'ailleurs par publier des études qui semblent parfois se réduire à

<sup>47</sup> *La Thémis [...]*, ouv. cité, n°51, p. 276. Cette idée se retrouve fréquemment sous sa plume : « Dans ce but, laissons-les parler eux-mêmes » (*Ibid.*, p. 110); « [...] d'amples extraits de la *Thémis*; c'est d'ailleurs le vrai moyen de faire apparaître son œuvre et de retracer son histoire » (*Ibid.*, p. 243).

<sup>48</sup> « Nécrologie. M. Oudot », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXV, 1864, p. 555.

<sup>49</sup> MARCADE, ouv. cité, p. XIX. Pour d'autres exemples, voir les articles de Bonnecase à la *Revue Générale du droit* (notamment t. 59, 1935, p. 241-252 et p. 290-303).

une juxtaposition de citations et de reprises de ses travaux antérieurs<sup>50</sup>. En l'occurrence, la propension du bordelais à recourir aux publications multiples et au recopiage de ses propres travaux, comme de ceux de ses prédécesseurs ou de ses contemporains, témoigne d'une dérive qui parvient à son paroxysme dans la seconde moitié des années trente, alors qu'il échoue au décanat et qu'il connaît des difficultés financières croissantes.

Plus grave, peut-être, Bonnecase n'est pas avare de contradictions parfois surprenantes. Ainsi Demolombe est à la fois trop respectueux de la jurisprudence, confond le rôle du jurisconsulte avec celui de l'avocat et est, dans un même temps, « le prince » d'une école qui néglige la pratique judiciaire. Le talentueux Jourdan est opposé à l'austère Antoine-Marie Demante alors qu'ils dirigent ensemble la revue *La Thémis*. Si Bonnecase s'explique sur ce point, il n'est pas totalement convaincant notamment lorsqu'il affirme que Demante était « égaré dans le bureau de la rédaction de la *Thémis* »<sup>51</sup>. Ces contradictions sont certainement le fruit d'une œuvre qui s'étend sur trois décennies. Il demeure cependant que la méthode historique de Bonnecase n'est pas d'une rigueur exemplaire.

En définitive, cherchant à révéler une vérité historique<sup>52</sup>, le civiliste bordelais conduit son lecteur dans une histoire cloisonnée, voire fermée à toute complexité. S'il faut reconnaître que l'œuvre de mémoire qu'il a entreprise porte aujourd'hui encore ses fruits, son œuvre historique ne saurait être acceptée que sous bénéfice d'inventaire.

\*

Le recours à l'histoire de la part de juristes non historiens n'est pas, au début du XX<sup>e</sup> siècle, tout à fait innocent. Au-delà de leur intérêt pour la discipline, se dessine bien souvent une volonté d'occuper le champ de l'histoire doctrinale et de justifier leurs activités présentes et à venir. Les finalités de l'œuvre de Bonnecase illustrent parfaitement cette tendance puisqu'il poursuit au moins un double objectif.

Le premier est de servir sa carrière personnelle. Très naturellement il investit le champ historique, car celui-ci lui offre le moyen d'obtenir l'autorité qu'il convoite. Le professeur bordelais a ainsi bâti en grande partie sa renommée grâce à ses travaux historiques menés, pour l'essentiel, dans la première moitié de sa carrière, entre 1912 et 1919. L'histoire lui permet également de justifier et de fonder ses propres théories et ses propres constructions<sup>53</sup>. Il écrit ainsi que son objectif est de « scruter la pensée juridique du XIX<sup>e</sup> siècle et de là passer au temps présent »<sup>54</sup>. Devenu le spécialiste de l'histoire de la science juridique du XIX<sup>e</sup> siècle, ses opinions sur le droit positif

<sup>50</sup> Pour ne pendre qu'un seul exemple, comparer « Où en est le droit civil ? », art.cité, p. 48-62 et « La science du droit civil. Considérations sur son état présent », *Revue Générale du Droit*, t.LV, 1931, p. 88-100. Par ailleurs, Bonnecase narre par le menu ses travaux dès que l'occasion s'offre à lui (par exemple, sa préface dans *La pensée juridique [...]*, ouv. cité, t.1, p. 1-19).

<sup>51</sup> *La Thémis [...]*, ouv. cité, n°50, p. 275.

<sup>52</sup> Il écrit par exemple : « nous ne croyons pas trop nous avancer en affirmant que si telle est la vérité historique, l'opinion actuelle est dans un autre sens » (*La Thémis [...]*, ouv. cité, p. 118).

<sup>53</sup> Pour une intéressante comparaison avec l'œuvre entreprise par Léon Duguit, cf. l'analyse de Gaston MORIN, « L'œuvre de Duguit et le droit privé », *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n°s1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, 1932, p. 143-162.

<sup>54</sup> *La pensée juridique [...]*, ouv. cité, t.1, p. 8.

deviennent incontournables puisqu'il est, selon ses propres termes, le « restaurateur d'une vérité historique indiscutable ». Il se distingue alors assez nettement d'Eugène Gaudemet dont l'ambition est plus spécialement de rendre hommage à ses maîtres que sont Génys et Saleilles.

Le second objectif poursuivi par Bonnacase est collectif, et explique en grande partie le succès de son œuvre. La critique de l'« École de l'Exégèse » sert en effet la cause de la jeune « École scientifique ». Il s'agit de libérer les juristes d'une codification vieillie et devenue en partie inadaptée, et de permettre l'éclosion d'une science soucieuse des mutations économiques et sociales de son temps. Or, pour libérer la science juridique de ses vices antérieurs, il semble plus aisé de construire la nouvelle école sur les ruines de la précédente. Si partir du présent pour construire l'histoire n'est pas en soi une méthode toujours critiquable, l'histoire que Bonnacase contribue à édifier semble bien plus servir le présent qu'elle ne cherche à éclairer le passé. En outre, il s'agit également de promouvoir une science juridique provinciale face à la position dominante de la Faculté de droit de Paris. Il rejoint ici Génys et plus particulièrement Josserand à qui il écrit, dans une lettre datée du 21 septembre 1929 : « Il faut que nos collègues de Paris ou leurs amis se fassent à l'idée que la province sait penser et penser librement, qu'elle sait en outre se défendre et ne pas subir silencieusement, sinon même en remerciant »<sup>55</sup>. Enfin, Bonnacase entend défendre la science française face à la science juridique allemande dans une perspective nationaliste. Il reprend ainsi à son compte le propos du romaniste Alphonse Ducaurroy de 1820 : « La science du droit, émigrée en Allemagne, ne pourra-t-elle reflourir en France que par brevet d'importation »<sup>56</sup> ?

Au-delà de ces objectifs, le succès de la grille d'analyse offerte par Bonnacase s'explique non seulement par sa simplicité mais également par son adaptation aux besoins de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Peu importe le caractère réducteur d'une telle réécriture de l'histoire, celle-ci est conçue pour être au service de ses auteurs et, plus largement, du droit et de la science. Peu importe également que, se présentant lui-même comme un combattant des légendes, un destructeur de traditions, Bonnacase soit l'inventeur de l'« École de l'Exégèse ». L'œuvre historique de Bonnacase peut donc être comprise comme la construction d'un mythe fondateur, un repoussoir permettant le développement d'une science renouvelée, d'une histoire dont l'objectif principal est d'édifier le présent pour bâtir l'avenir.

Ainsi, Bonnacase a contribué à l'ancrage dans l'imaginaire collectif des juristes d'écoles stéréotypées et de l'idée d'un progrès scientifique continu. Si son œuvre demeure digne d'intérêt puisqu'elle surdétermine notre approche du XIX<sup>e</sup> siècle, elle révèle une instrumentalisation de l'histoire dont les juristes, qu'ils soient historiens ou non, doivent mesurer toute l'ampleur.

<sup>55</sup> Dans une lettre adressée au civiliste lyonnais le 23 novembre 1937, Bonnacase écrit également, à propos du *Cours de droit civil positif français* de son correspondant : « Malgré les sombres pronostics des Parisiens au temps jadis, votre livre a pris, qu'on le veuille ou non, la place des Traités parisiens et cela en très peu de temps ». Ces lettres ont été portées à notre connaissance par Mlle Catherine Fillon que nous tenons à remercier.

<sup>56</sup> *La Thémis [...]*, ouv. cité, p. 133.



## MARCEL PROUST, LE DROIT, L'HISTOIRE DU DROIT

LAURENCE DEPAMBOUR-TARRIDE

Très nombreux sont les grands écrivains français qui ont reçu une formation juridique, mais le phénomène demeure peu étudié. Il s'agirait pourtant de mieux comprendre ces auteurs et, pour nous juristes, parce que la littérature occupe une place majeure en France, de mieux évaluer la participation du droit au monde de l'esprit. Aujourd'hui nous aimerions nous intéresser à Marcel Proust, peut-être un des génies littéraires qui évoque *a priori* le moins notre discipline juridique. Et cependant, M. P. est licencié en droit comme bien d'autres hommes de plume encore à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et dans le premier XX<sup>e</sup> siècle.

Pour un juriste, se poser la question des rapports de M. P. et du droit a des couleurs de réponse à une petite provocation car biographes et analystes ont estimé que le romancier n'avait pratiquement rien retenu des études faites place du Panthéon à Paris entre 1890 et 1893, études qui l'auraient ennuyé. Sur les premières études supérieures de Proust en général (dans un second temps, il fera des études de Lettres en philosophie), les biographes et les analystes ont livré quelques éléments sur son passage à l'Ecole des Sciences politiques mais la moisson est plus mince pour ce qui est de la faculté de droit. Rappelons rapidement ce qui est connu : sur les vives instigations du docteur Adrien Proust, son père (très inquiet pour de multiples raisons de l'avenir de son fils), M. P., après sa période de « volontariat »<sup>1</sup>, s'inscrit sans enthousiasme en droit et en sciences politiques<sup>2</sup>. Un épisode qui se place à l'Ecole des sciences politiques et qui nous a été livré par un ami et témoin important de M. P., Robert de Billy que nous citerons plus d'une fois<sup>3</sup>, nous fait connaître à la fois l'atmosphère de l'Ecole et l'attitude du futur romancier :

« [...] le comte Vandal se plaisait à introduire dans l'effroyable complexité des affaires d'Orient de vives remarques destinées sans doute à fixer nos esprits, par un bon mot, le Traité de Koutschouk-Kaïnardji ou l'aventure d'Ypsilanti. « Un jour à Belgrade disait-il, un Serbe voulut puiser de l'eau. Un soldat turc l'en empêcha et, comme il insistait, le tua. Messieurs, de ce puits sortit un incendie qui embrasa

---

*Professeur à l'Université René Descartes Paris V.*

<sup>1</sup> La loi du 15 juillet 1889 a instauré une durée de service militaire de trois ans. Il pouvait paraître avantageux, dans le court délai existant avant la mise en application de la loi nouvelle, de s'engager pour un volontariat qui ne durait qu'une année, ce que fit M. P. le 11 novembre 1889.

<sup>2</sup> V. les biographes de Proust, essentiellement J.-Y. TADIE, *Marcel Proust*, 2 vol., Gallimard Folio, 1996, en particulier p. 196 et s..

<sup>3</sup> R. de BILLY, *Marcel Proust. Lettres et conversations*, Edition des portiques, Paris, 1930, ici p. 24 s.

l'Orient tout entier ». Et Marcel écrivait sur son cahier jusqu'alors vierge :

Vandal, exquis, répand son sel.  
Mais qui s'en fout, c'est Gabriel,  
Robert, Jean et même Marcel,  
Pourtant si grave d'habitude ».

Ce passage et d'autres anecdotes nous montrent, en effet, un étudiant peu empressé. Toutefois, personne ne saurait soutenir que les relations internationales, matière qu'enseignait Albert Vandal, n'intéressaient pas M. P. Rappeler ici mille discussions décrites dans la *Recherche* ou simplement le personnage de Norpois serait fastidieux. Mais le droit ?

La thèse du désintérêt de M. P. pour la question juridique est fortement affirmée. Nous ne pouvons reprendre ici tous les écrits des partisans de cette position plus que dominante. M. Tadié, par exemple, écrit : « [...] le droit l'ennuie; il ne voit pas comment lui appliquer ses qualités artistiques. Aucun juriste ne figure parmi ses amis. Dans la *Recherche*, on rencontre à Balbec le « bâtonnier de Cherbourg », le premier président de Caen, un grand notaire du Mans, un grand avocat de Paris. Aucun professeur de droit. C'est peu à côté de Balzac, qui a tiré un meilleur profit d'études que Proust, lui, a effacées de sa mémoire et de son imagination, de sa vie quotidienne aussi : il ne comprendra pas qu'il ne devait pas abandonner sa part de l'immeuble du 102 boulevard Haussmann, et ne laissera pas de testament. »<sup>4</sup>

Cette position, concluant au fond à l'inutilité de trois ans d'études, ne laisse guère d'ouverture et bénéficie de solides arguments. Tout d'abord, il y a le fameux passage de Jean Santeuil, roman de jeunesse, commencé en 1893, quasiment à la date de l'obtention de la licence en droit, ouvrage qui annonce avec précision beaucoup de thèmes ou de scènes du chef-d'œuvre futur. « S'il a des dispositions littéraires, qu'il fasse son droit »<sup>5</sup>. Cette exclamation, puissamment ironique pour Proust, est adressée par un « éminent professeur de droit » à M. Santeuil qui lui demandait des conseils pour la carrière du jeune Jean. Remarquons la justesse de la rédaction : quel futur étudiant en droit n'a entendu cette phrase, au mot près, quand, sans vraie vocation autre que celle de rejeter les sciences, il s'est mis à la recherche d'un type d'études ? Plus loin dans le même passage, la question est encore plus clairement réglée : « le droit ennuyait Jean ». Nous savons aussi, sans aucun doute, que ce roman de jeunesse est un roman à clefs, que Jean, c'est Marcel et M. et Mme Santeuil, le docteur et Mme Proust<sup>6</sup>, ce qui signifie, sans appel possible, que M. P. n'avait pas aimé ces études<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> J.-Y. TADIE, *ouv. cité*, p. 198.

<sup>5</sup> Marcel PROUST, *Jean Santeuil*, Préface J.-Y. TADIE, Gallimard Quarto, 2001 (reprise de Gallimard, 1971 pour l'établissement du texte), p. 150. Nous citerons ce roman et cette édition, dorénavant ainsi : *J. S.* Pour commenter ce conseil célèbre, rappelons que « le droit, au XIX<sup>e</sup> siècle, est [...] la voie la plus classique et la plus fréquentée des héritiers de la bourgeoisie qui cherchent une vocation, veulent s'ouvrir les portes sans s'en fermer aucune », v. Ch. CHARLE, « La toge ou la robe ? Les professeurs de la Faculté de droit de Paris à la Belle Epoque », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, n°7, 1988, p. 169.

<sup>6</sup> V. la Préface, citée dans la note précédente, de J.-Y. TADIE.

<sup>7</sup> Toutefois, notons également que M. Santeuil est ancien président de chambre à la Cour d'appel, ce qui n'a pas grande importance mais qui permet à Proust un petit passage qui est une brève parodie plutôt véridique des qualités que les gens du droit aiment à se reconnaître;

Ajoutons à ces « preuves », plusieurs lettres de M. P. soit à son père, soit à ses amis, exposant clairement que diplomatie, magistrature, étude d'avoué ne lui conviendraient aucunement. Nous ferons de ces textes, irréfutables, quelques citations plus loin; mais ces lettres traitent toutes du choix d'une carrière et, en réalité, c'est toute carrière que repousse le jeune homme qui n'acceptera, après sa licence de Lettres, qu'un poste d' « assistant non rémunéré » à la Bibliothèque Mazarine où il n'ira quasiment jamais, où il passera son temps à demander des congés, jusqu'à être considéré comme ayant donné sa démission en 1900. Dans de telles conditions, est-il possible d'assimiler refus d'une carrière juridique et oubli de la discipline du droit, de son apport, de sa richesse ? Malgré les phrases de *Jean Santeuil*, nous ne le pensons pas.

La simple raison nous semble en effet légitimer une recherche de l'influence du droit sur Marcel Proust. N'oublions pas de qui nous parlons. M. P. est universellement considéré comme un des esprits les plus puissants du XX<sup>e</sup> siècle, les plus accueillants aux disciplines diverses, en particulier grâce à une culture que seule une prodigieuse mémoire peut autoriser. Tous ceux qui ont étudié ses œuvres et sa méthode ont souligné son « œil » souvent comparé à un kaleïdoscope. Il voyait tout. Quant aux résultats de cette observation, Léon-Paul Fargue en donne une description certes littéraire mais aussi générale en évoquant les travaux de Proust : « comme dans ces tableaux des vieux maîtres ou dans ces gravures de Bresdin où l'on pénètre peu à peu dans l'intimité du persillé, du feuillage, de la faune et de la flore, et où l'on découvre, jour par jour, semaine par semaine et chaque fois qu'on y retourne, dans les coins, dans les arbres, sur les pierres, un précieux insecte, un reptile bien ouvert, une grosse fleur avec une goutte de rosée, et parfois d'étranges figures éparées du ciel à la terre, mais dont le mystère, par degrés, sort de la toile et se dénonce. »<sup>8</sup>

Cette vision large et profonde est mentionnée par tous les commentateurs : médecine, diplomatie, architecture, art militaire, par moments incarnés par des personnages, sont de véritables acteurs de la *Recherche*. Sur cette question, à laquelle des ouvrages entiers ont été consacrés, évoquons deux témoignages directs, celui de Jacques-Emile Blanche<sup>9</sup>, auteur du portrait célèbre de M. P. jeune homme<sup>10</sup> et celui de Robert de Billy; ce dernier salue « l'universelle curiosité » de son ami et le dépeint s'informant « des disciplines et des formes les plus éloignées de ses conceptions »<sup>11</sup>. Dès lors, pour un tel esprit, trois années de droit pour rien ? La chose paraît invraisemblable, contradictoire à tout le moins avec la présentation générale

---

Mme Santeuil est décrite comme émerveillée par son mari alors qu'elle est douée de nombreuses qualités qui font défaut à ce dernier, intelligence, sens artistique, sensibilité... Chez M. Santeuil, elle admire tout spécialement le magistrat : « quant aux travaux, à ses jugements qu'il rédigeait avec tant de clarté, avec une connaissance parfaite du droit unie à tant d'élégance, elle pensait qu'elle et toutes les natures comme la sienne en étaient incapables, qu'ils exigeaient une intelligence spéciale, très rare et infiniment supérieure », *J. S.*, p. 81. Trois lignes qui vaudraient bien trois pages de commentaire.

<sup>8</sup> L.-P.FARGUE, « Portraits », *Hommage à Marcel Proust*, I, N.R.F., 1923, p. 81-87.

<sup>9</sup> *Mes modèles. Souvenirs littéraires*, Stock, Paris, 1984 (1<sup>ère</sup> éd. : 1928), p. 143 : « On a pu dire avec justesse qu'il était un esprit scientifique; que n'était-il pas ? ». Lire aussi J. RIVIERE, *Marcel Proust et l'esprit positif*, N.R.F., Paris, 1923.

<sup>10</sup> Musée d'Orsay.

<sup>11</sup> R. de BILLY, ouv. cité, p. 80-81.

du romancier par contemporains et critiques.

Avant de nous mettre en quête de traces éventuelles de la discipline du droit chez M. P., deux remarques. La première pour rappeler que le contexte universitaire des années 1890 et au-delà est, pour ce qui nous intéresse, celui de l'explosion des sciences sociales. Entre autres, la sociologie naît. Proust, s'intéresse à Tarde et à sa théorie de l'imitation. Ce point, qui retient les chercheurs proustiens depuis plusieurs années<sup>12</sup>, mériterait un long travail après une lecture de Tarde comme juriste et non seulement comme sociologue célèbre par ses controverses avec Durkheim<sup>13</sup>. En philosophie, bien entendu, les liens Proust/Bergson sont essentiels. Liens de famille, et travail sur la mémoire les réunissaient<sup>14</sup>, en tous cas intellectuellement. En droit, l'Affaire Dreyfus (à laquelle M. P. prit une grande part, ainsi se targue-t-il d'avoir obtenu la signature d'Anatole France<sup>15</sup>, en 1898, en faveur de Zola) accéléra un mouvement déjà fort avant elle. Le Doyen Carbonnier a évoqué l'Affaire en soulignant que « le droit naturel en avait été une des idées forces »<sup>16</sup>. Achevée en 1910, la thèse de J. Charmont<sup>17</sup> décrit parfaitement ce climat dans lequel Proust vit au moment de ses études et après. L'introduction de la thèse caractérise le désarroi des juristes et la grande difficulté de la recherche des critères : « tel approuve le refus d'obéissance dans les grèves et le désapprouve dans les inventaires »<sup>18</sup>; la conclusion est nette : « l'affirmation du droit naturel ou plus exactement de l'idéalisme juridique nous a paru la seule solution de la crise de la philosophie du droit » et évoque « l'idée du droit acceptée comme une croyance, comme une donnée du sentiment. »<sup>19</sup> C'est dans cette atmosphère qu'écrivit M. P. Il en aura, au moins un moment, subi la séduction. Ce serait plus discutable pour la fin de sa vie. Dans le *Temps retrouvé*, au nombre de ce qui aura fait perdre du temps à sa génération, il évoquera la croyance au « triomphe du droit ».

Seconde remarque, relative au titre de notre étude, Marcel Proust, le droit, l'histoire du droit. Il est tout à fait inutile de distinguer, au sein de l'œuvre, les connaissances de droit positif de l'auteur de ses connaissances d'histoire du droit. La raison en est simple : l'essentiel de son travail concerne le temps et les marques du passé dans le présent. S'agissant du droit, les juristes savent à quel point passé et

<sup>12</sup> A. HENRY, *Théorie pour une esthétique*, 1981; *Le Kaleïdoscope*, Cahiers Marcel Proust, n°9, 1979, p. 26-67. L. FRAISSE, « Une sociologie transfigurée : Marcel Proust lecteur de Gabriel Tarde », *Rev. d'Hist. littéraire de la France*, 1988-4, p. 710-736.

<sup>13</sup> V. par exemple S. CHAUDIE, *Proust et le langage religieux*, H. Champion, Paris, 2004, p. 242 : dans un groupe « l'existence de la loi légitime le principe d'imitation que Proust, à la suite du sociologue G. Tarde, a reconnu comme l'un des moteurs de la vie sociale ». Darlu, le professeur de philosophie de Proust, à Condorcet, a été le destinataire des papiers de Tarde.

<sup>14</sup> J.-Y. TADIE, *ouv. cité*, I, p. 234 s. Le rayonnement de la pensée de Bergson sur les juristes serait à étudier précisément; O. Cayla le signale dans « L'indicible droit naturel de François Génys », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la science juridique*, n°6, 1988, p. 103-121.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 522 s.

<sup>16</sup> Cité par J.-L. SOURIOUX, « La doctrine française et le droit naturel dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle », *RHFD*, n°8, 1989, p. 155.

<sup>17</sup> *La renaissance du droit naturel*, Th. droit, Montpellier, 1910.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 127.

présent se mêlent pour finalement vivre ensemble. Si l'on voulait absolument compter les notations de droit positif et celles d'histoire du droit chez Proust, sans doute ces dernières seraient-elles en plus grand nombre. Ce serait là un travail sans intérêt puisque nous tentons de trouver chez Proust une culture juridique, des manifestations d'esprit juridique et surtout, l'intégration par le romancier d'éléments de droit utiles à sa tentative de dévoilement du monde. Les deux notions ou disciplines, le droit et son histoire, plus séparées en outre aujourd'hui qu'à l'époque de Proust, ne seront donc pas distinguées.

Cette étude pourrait comporter une myriade d'approches. Certaines ont été effleurées dans cette introduction. S'agissant d'un sujet qui va à l'encontre d'une position ancienne, argumentée, autorisée, posons simplement deux questions : quant à l'étudiant en droit, quelle fut sa formation et les résultats de celle-ci ? Quant à l'œuvre, le droit n'y figure-t-il pas ?

#### I – MARCEL PROUST, ETUDIANT EN DROIT : FORMATION ET RESULTATS.

Marcel Proust « fait son droit » pour satisfaire son père mais n'en ira pas moins jusqu'au bout de ces études comme de celles qu'il entreprend au même moment à l'Ecole des sciences politiques. Après l'obtention des deux diplômes, en 1893, la querelle entre le père et le fils reprend au sujet de la future carrière du fils. Cette dispute est jalonnée de lettres du romancier la relatant et une lettre célèbre au Docteur Proust, qui est datée, selon Kolb, de septembre 1893, expose les doléances et les souhaits du fils. Dans ce document se trouvent les phrases fameuses : « quant à l'étude d'avoué, je préférerais mille fois entrer chez un agent de change. D'ailleurs sois persuadé que je n'y resterais pas trois jours ! »<sup>20</sup> M. P. parle d'expérience puisqu'il a fait avant la date de la lettre un stage chez Maître Gustave Brunet, avoué, 98 rue des Petits Champs à Paris et qu'il n'a supporté d'y rester que quinze jours. Aucune brouille cependant avec cet avoué qu'il consultera plus tard pour ses affaires<sup>21</sup>. La cause est parfaitement entendue : M. P. ne veut pas être avoué. Pour autant, n'a-t-il rien retenu de son droit ? Il nous semble qu'il s'agit d'une toute autre question; des éléments précis sur sa formation et sur la culture juridique dont il a pu ensuite user nous en diront plus.

\*

*La formation.*

<sup>20</sup> Marcel PROUST, *Correspondance*, texte établi, présenté et annoté par Philip KOLB, 21 vol. Plon, 1970-1992, ici t.I, lettre 102 datée par Kolb du 28 septembre 1993, p. 326; nous indiquerons dorénavant cet ouvrage fondamental ainsi : KOLB. La suite de la lettre 102 est édifiante : « ce n'est pas que je ne croie toujours que toute autre chose que je ferai autres que les lettres et la philosophie, est pour moi du temps perdu. Mais entre plusieurs maux, il y en a de meilleurs et de pires. Je n'en ai jamais conçu de plus atroce, dans mes jours les plus désespérés, que l'étude d'avoué. Les ambassades, en me la faisant éviter, me sembleront non ma vocation, mais un remède ».

<sup>21</sup> P. KOLB, « Marcel Proust clerk d'avoué », *Bull. de la Soc. des Amis de Marcel Proust*, 1975, n°25, p. 7-15; on peut aussi consulter dans ce même n°, D. GABORET-GUISELIN, « Marcel Proust et le droit », p. 80-88.

Trois éléments nous paraissent à considérer ici : la faculté (certainement le sujet sur lequel nous avons le moins d'éléments); les cours à domicile; les conversations avec les amis.

Le 20 novembre 1890, M. P. s'inscrit à la Faculté de droit de Paris. La faculté ne semble guère avoir obsédé l'étudiant mais il faut comprendre que ces trois années sont exactement celles de son entrée dans le monde, à laquelle il tient tant, qu'il écrit déjà de nombreux articles pour des revues et que, en 1893, *Les plaisirs et les jours* seront achevés. Plus intéressants pour nous, seront les cours à domicile donnés à M. P. par un juriste Charles Monnot, seulement à partir de 1893 semble-t-il. « M. Monnot », selon la *Correspondance*<sup>22</sup>, est docteur en droit, avocat à la Cour d'appel et auteur de plusieurs ouvrages destinés aux étudiants en droit. Il s'agit de précis, même si cette dénomination ne figure pas sur ces livres. La Bibliothèque nationale en conserve quatre<sup>23</sup> dont deux sont consacrés à l'histoire du droit, « matière de loin la plus difficile », selon l'auteur.

L'existence de ce genre d'ouvrages est pleine d'intérêt. Dans les deux livres d'histoire du droit, Monnot « se met sous l'autorité de MM. Chénon et Esmein, les savants professeurs de l'École de droit ». Ce sont donc des livres pédagogiques, sans doute rédigés à partir de notes prises aux cours, cours qu'il cite plus d'une fois, surtout celui de Chénon qui, lui, ne fera paraître son traité qu'en 1926. Sur le fond, que sont ces ouvrages ? En histoire du droit, ils traitent d'un catalogue d'institutions et de notions enseignées classiquement en première année. L'ensemble paraît rapide mais tout à fait sérieux, certainement centré sur le moyen âge, période particulièrement aimée de M. P., pour plusieurs raisons dont l'amour des cathédrales<sup>24</sup>. Sur le fond toujours, mais ce point est encore pour nous une énigme, dans la préface de l'ouvrage de 1900, sur le droit constitutionnel, Monnot estime que son livre va être très critiqué et ajoute « de ces reproches, nous n'avons cure [...], on a le droit et le devoir de dire en face [...] leurs vérités à ces despotes d'un jour qui s'intitulent ministres de la défense républicaine et qui ne sont que des agents de la défense dreyfusarde aux ordres des cosmopolites ». Pour la biographie proustienne, beaucoup de questions se posent ici, par exemple : qui a recommandé Monnot à Marcel et à ses amis car, par commodité, l'avocat a souhaité regrouper au moins trois élèves<sup>25</sup> ?

En tous cas, en l'absence d'autres documents, les livres de Monnot, dans leur

<sup>22</sup> KOLB, I, 1.73, à Pierre Lavallée, premier semestre 1893, p. 202; 1.81, à Pierre Lavallée, juin-juillet 1893, p. 209.

<sup>23</sup> C. MONNOT, *Eléments d'histoire du droit à l'usage des étudiants de 1ère année*, Rousseau, 1891; le même titre reparait en une seconde édition, enrichie, Rousseau, 1898; *Eléments de droit constitutionnel à l'usage des étudiants de 1ère année*, Rousseau, 1900; *Eléments de droit civil*, Dalloz, 1914.

<sup>24</sup> En dehors de la *Recherche* et des travaux sur Ruskin, v. les lettres à Emile Mâle ou différents textes dont l'extraordinaire « En mémoire des églises assassinées », *Pastiches et mélanges*, L'imaginaire Gallimard, 2002, p. 97-220, qui reprend l'éd. de 1919.

<sup>25</sup> « Je prends des leçons de droit avec Trarieux et Boissonnas », KOLB, I, lettre à Robert de Billy, mai-juin 1893, p. 208. Sur Gabriel Trarieux, fils de Ludovic Trarieux, fondateur de la Ligue des droits de l'homme et Jean Boissonnas, futur ambassadeur, v. KOLB, I et J.-Y. TADIE, *ouv. cit.*, I, qui donnent, à l'index, plusieurs mentions sur ces amis de Proust.

aspect technique, permettent de comprendre la formation initiale de Proust<sup>26</sup>, telle que nous allons ensuite la constater, une formation classique et très axée sur l'acquisition d'une bonne terminologie.

Enfin, cette formation de M. P. a bénéficié, et ce fut un apport notable dans une perspective de « bachotage », de conversations avec les amis juristes qui pouvaient l'aider. Avant les examens, peu avant il faut l'avouer, la *Correspondance* montre M. P. user et abuser de la gentillesse de certains. Il en va ici exactement comme lorsque ce romancier-questionneur veut approfondir d'autres disciplines<sup>27</sup>.

M. P. a un noyau d'amis capables de l'aider : Boissonnas, Trarieux mais aussi Pierre Lavallée<sup>28</sup> qui deviendra Conservateur en chef des dessins du musée de l'École des Beaux-Arts, Robert de Billy, futur ambassadeur, Robert Dreyfus<sup>29</sup>, qui écrit mais qui est, d'après le catalogue de la Bibliothèque nationale « attaché au Ministère de la Justice ». Ce dernier adressera plus tard sa thèse de droit romain<sup>30</sup> à M. P. qui le remerciera dans une lettre où il paraît faire grand cas du livre (dont il n'a lu que le début mais en le comprenant) : « cher ami, je te remercie [...], très doué comme quelques-uns de notre génération, il me semble que seul, tu sembles avoir trouvé une œuvre où le montrer. »<sup>31</sup>

Parmi ces amis juristes, R. Dreyfus<sup>32</sup> et, pour nous surtout, R. de Billy ont laissé un livre de souvenirs. R. de Billy décrit la façon de travailler de son ami : « il avait peu de livres et ne fréquentait pas les bibliothèques. Mais son universelle curiosité exigeait des réponses de tous ceux de son entourage qui pouvaient lui en donner, et sa correspondance allait interroger ceux qui ne venaient pas le voir »<sup>33</sup>.

Cette attitude, fréquente chez Proust, peut être repérée à propos des examens de droit. Ainsi, l'examen de la licence allant avoir lieu rapidement, M. P. écrit-il à P. Lavallée : « je t'en prie, quand tu viendras à Paris fais-moi dire à quel moment je puis te voir. Sans te faire perdre de temps, j'irai te chercher à la sortie de Monnot et te mènerai jusqu'à chez toi pour aller ensuite te reprendre et te conduire à la gare. En

<sup>26</sup> Les leçons de Monnot ont lieu, semble-t-il, seulement en 1893; or le premier précis (d'histoire du droit) de l'avocat date de 1891. Monnot s'est donc vraisemblablement servi de cet ouvrage pour faire travailler Proust et ses amis.

<sup>27</sup> Pour le droit, hors les amis, il semble aussi que Jean Cruppi, Avocat général près la Cour de Cassation, allié de Madame Proust, ait aussi aidé M. P., v. KOLB, I, lettre 53, à J. Cruppi, p. 175.

<sup>28</sup> B. C. FREEMAN, « 42 lettres, billets et dédicaces à P. Lavallée », *BSAMP*, 1961, n°11, p. 323-361.

<sup>29</sup> Peut-être même aussi Robert de Flers, l'auteur dramatique, très grand ami, licencié en droit et qui, « vient me voir presque chaque jour » dit Proust dans une lettre à R. de Billy de janvier 1893, période pendant laquelle il a dû travailler en raison de la proximité de l'examen final. Dans cette lettre, il écrit significativement à son ami « donnez-moi donc [...] la liste des quatre examens que je dois passer et des livres qu'il faut lire, je l'ai perdue ! N'oubliez pas, mon petit » (KOLB, I, 1.71, p. 200).

<sup>30</sup> R. DREYFUS, *Essai sur les lois agraires sous la République romaine*, th. droit, Paris, 1898; même année, chez Calmann-Lévy.

<sup>31</sup> KOLB, II, 1.170, p. 261 s.

<sup>32</sup> R. DREYFUS, *Souvenirs sur Marcel Proust*, Grasset, 1926.

<sup>33</sup> R. de BILLY, *Lettres et conversations*, éd. des Portiques, p. 11.

route nous causerons de droit, affectueusement ! »<sup>34</sup>.

Un dernier point, un peu différent, nous est livré par R. de Billy à propos du type de chef-d'œuvre aimé par Proust : « il aimait parmi les chefs-d'œuvre d'un amour plus direct ceux qui avaient leur secret, ceux qui nourrissent, suggèrent, rayonnent. Il aimait Montaigne, les cathédrales, Wagner, Claude Monet [...], il avait la passion des nefes où l'âme se déploie, mais ne se laissait pas mener vers les chapelles où elles s'étriquent. Aucune théorie, aucun enseignement ne le réclament »<sup>35</sup>.

Voilà pour le droit, à notre avis, l'une des clefs des goûts de M. P. : son esprit annexe les idées majeures, les lignes directrices, les principes, tout ce qui peut servir à sa vision du monde; il néglige les « chapelles », les points secondaires et clairement la pratique. C'est sans doute l'explication de sa lettre à son père sur son impossibilité de demeurer dans une étude d'avoué. Nous essaierons de montrer plus loin que la théorie du droit et non certainement la pratique a laissé chez lui quelques traces. Auparavant, tentons de dégager les résultats de l'aspect juridique de la formation de M. P.

#### *La culture juridique.*

L'hypothèse est la suivante : ces études de droit ont fourni à M. P. une bonne terminologie juridique -sans laquelle il est vain de parler de culture juridique- et ont permis que le droit soit présent en lui, au sein de la grille de connaissances qu'il projette sur le monde pour le déchiffrer.

Un catalogue serait à faire qui montrerait chez Proust l'étendue du vocabulaire du droit, utilisé sans erreurs et étonnement parfois au sein même des plus grandes démonstrations proustiennes. D'abord, l'*Affaire Lemoine*, publiée dans *Pastiches et mélanges*, notamment pour les pastiches de Saint Simon, Flaubert et Sainte-Beuve. S'inspirant d'un fait divers de son époque (une escroquerie), M. P. décrit l'affaire pour parodier neuf grands écrivains en usant d'un excellent vocabulaire judiciaire et juridique; quel écrivain alors est capable d'évoquer Patru au milieu d'une liste d'anciens juristes qui ne sont pas des plus célèbres?<sup>36</sup> Ce passage moque la belle et prétentieuse érudition du monde des juristes; il perd une partie de son comique si on ne voit pas jusqu'où vont les connaissances de M. P. Ces pastiches montrent en tous cas une complète facilité de rédaction de type juridique et seraient à étudier avec grande précision.

---

<sup>34</sup> KOLB, I, 1.81, p. 209 et s..

<sup>35</sup> R. de BILLY, ouv. cité, p. 13.

<sup>36</sup> *Pastiches*, ouv. cité, p. 29, dans *Critique du roman de M. Gustave Flaubert sur l'affaire Lemoine*, par SAINTE-BEUVE dans son feuilleton du *Constitutionnel* : « pourtant M. Flaubert, bas Normand s'il en fut, est d'un pays de haute sapience qui a donné à la France assez de considérables avocats et magistrats, je ne veux point distinguer ici. Sans même se borner aux limites de la Normandie, l'image d'un président Jeannin sur lequel M. Villemain nous a donné plus d'une indication délicate, d'un Mathieu Marais, d'un Saumaise, d'un Bouhier, voire de l'agréable Patru, de tel de ces hommes distingués par la sagesse du conseil ». A rapprocher, mais il s'agit de scènes plus convenues, de la fine analyse des rapports de hiérarchie sociale entre le premier président de Caen et le bâtonnier de Cherbourg dans *A l'ombre des jeunes filles en fleurs*, préface P.-L. REY, Gallimard Folio, 2003, à partir de la p. 243. D'une manière générale, nous ne pouvons le montrer ici, Proust s'intéresse à la vie du Palais et s'en amuse en amateur fort éclairé.

Plus généralement, il faudrait faire la liste de tous les mots, expressions, membres de phrase comme droit du premier occupant<sup>37</sup>, protester une lettre de change, pacte bilatéral, la description des banalités, tout ce qui concerne le droit des nobles à l'époque féodale et au-delà, la notion de vassalité, les coutumes, les servitudes, Batbie plusieurs fois cité<sup>38</sup> ou encore la difficile notion du « magistrat gardien des lois »<sup>39</sup> qui n'est certes qu'évoquée mais dans une situation romanesque qui en démontre la compréhension.

Tout ceci est utilisé à la manière de Proust qui, à l'opposé d'un Balzac, ne fait que de brefs emplois des termes juridiques, emplois qui peuvent cacher des connaissances approfondies. La technique proustienne faite d'allusions, sans l'ombre d'un étalage de connaissances, à mille lieux de la cuistrerie, peut laisser ignorer ce savoir au lecteur non habitué à la littérature juridique. La dédicace des *Pastiches* peut-être aurait pu attirer l'attention : « à M. Walter Berry, avocat et lettré... ».

Il y a plus important que ce vocabulaire approprié. M. P. va développer non pas une conception du droit, plutôt une vision qu'il va faire servir, ceci sans jamais le dire<sup>40</sup>. Il faut se souvenir de la méthode d'utilisation de la mémoire, celle de la « vision intérieure »<sup>41</sup>, puis repartir du *Temps retrouvé*, fin de l'œuvre mais écrite tôt et qui en contient les clefs. Le narrateur y évoque ce que pourrait être son œuvre (en fait, l'œuvre de Proust) : « la recreation de la mémoire, d'impressions qu'il fallait ensuite approfondir, éclairer, transformer en équivalents d'intelligence, n'était-elle pas une des conditions, presque l'essence même de l'œuvre d'art telle que je l'avais conçue tout à l'heure dans la bibliothèque ? »<sup>42</sup>

Le narrateur a, un peu avant, expliqué son travail de restitution de la vérité et dit sa déception face à la mauvaise réception de ses écrits. Ceux même qui lui sont favorables, le félicitent d'avoir découvert des vérités « au microscope ». Il écrit : « je m'étais au contraire servi d'un télescope pour apercevoir, des choses très petites en effet mais parce qu'elles étaient situées à une grande distance, et qui étaient chacune un monde. Là où je cherchais les grandes lois, on m'appelait fouilleur de détail »<sup>43</sup>.

Nous pensons que ce travail sur les « équivalents d'intelligence », notion qui englobe tant d'éléments, englobe aussi le droit. Il s'agit de rendre le monde intelligible, d'en découvrir (ce point revient souvent dans l'œuvre) les grandes lois. Au milieu de l'observation, de la connaissance des âmes, de la métaphysique, de toutes les grandes disciplines de l'esprit, le droit figure chez Proust qui en a intégré les plus grandes données.

La « mort de Bergotte »<sup>44</sup>, un passage des plus commentés (« Mort à jamais ? Qui

<sup>37</sup> *Pastiches*, p. 161, n.1.

<sup>38</sup> *Pastiches*, p. 49 et au moins une fois dans la *Recherche*.

<sup>39</sup> *Les plaisirs et les jours*, « Conversation », éd. T.Laget, Gallimard Folio, 2003, p. 270.

<sup>40</sup> « Proust n'a pas coutume de divulguer ses lectures les plus utiles », L. FRAISSE, ouv. cité, p. 710.

<sup>41</sup> Voir : L.-P. QUINT, *Marcel Proust, sa vie, son oeuvre*, Simon Kra, 1925, p. 126, sur l'explication de la recherche en soi de la vérité à partir d'une impression.

<sup>42</sup> *Le temps retrouvé*, préface P.-L. REY et Brian G. ROGERS, Gallimard Folio, 2003, p. 349.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>44</sup> *La Prisonnière*, cité d'après *Les Cahiers Marcel Proust*, 3, p. 288 : « Il était mort. Mort à jamais ? Qui peut le dire ? Certes, les expériences spiritistes pas plus que les dogmes religieux

peut le dire ? »), comporte plusieurs références à l'idée d'obligation, au droit. On y trouve les mots « obligations contractées », « obligés », « obligations qui n'ont pas leur sanction dans la vie présente », « lois inconnues », « lois dont tout travail profond de l'intelligence nous rapproche et qui sont invisibles... ». Laissons de côté le mot « loi », souvent d'emploi sociologique chez M. P.<sup>45</sup>, l'idée d'obligation est plus intéressante ici. Il pourrait s'agir d'un emploi absolument banal, sans connotation juridique; mais « obligations contractées », mais « obligations... sans sanction », appartiennent forcément à la sphère du droit. M. P. avait-il des souvenirs des obligations sans sanction et de la plus connue d'entre elles, l'obligation naturelle ? Personne ne peut le savoir, du moins peut-on souligner le secours que lui apporte le droit dans un passage-clef, d'une page seulement, pour exprimer une hypothèse sur la mort, hypothèse qui place le texte aux confins de la théologie et du platonisme, lesquels ont plus qu'une proximité de vocabulaire avec la science juridique.

Les apparitions du droit chez M. P. peuvent même être quelquefois regardées comme franchement scolaires. Au début du Côté de Guermantes, le narrateur et sa famille habitent à Paris dans un appartement dont les fenêtres donnent sur l'hôtel de Guermantes. Le lieu fascine le narrateur mais : « malgré l'air de morgue de leur maître d'hôtel, Françoise avait pu, dès les premiers jours, m'apprendre que les Guermantes n'habitaient pas leur hôtel en vertu d'un droit immémorial mais d'une location assez récente, et que le jardin sur lequel il donnait du côté que je ne connaissais pas était assez petit et semblable à tous les jardins contigus; et je sus enfin qu'on n'y voyait ni gibet seigneurial, ni moulin fortifié, ni sauvoir, ni colombiers à piliers, ni four banal, ni grange à nef, ni châtelet, ni ponts fixes ou levis, voire volants non plus que péagers, ni aiguilles, chartes murales ou montjoies ».<sup>46</sup>

Inutile de commenter ce que tout étudiant actuel reconnaîtrait pour un chapitre de son cours de première année. Une indication cependant : tout ce catalogue est fort conforme à l'enseignement de Monnot dans son précis de 1891, et bien sûr au futur

---

n'apportent la preuve que l'âme subsiste. Ce qu'on peut dire c'est que tout se passe dans notre vie comme si nous y entrions avec le faix d'obligations contractées dans une vie antérieure; il n'y a aucune raison dans nos conditions de vie sur cette terre pour que nous nous croyions obligés à faire le bien, à être délicats, même à être polis, ni pour l'artiste athée à ce qu'il se croie obligé de recommencer vingt fois un morceau dont l'admiration qu'il excitera importera peu à son corps mangé par les vers, comme le pan de mur jaune que peignit avec tant de science et de raffinement un artiste à jamais inconnu, à peine identifié sous le nom de Ver Meer. Toutes ces obligations, qui n'ont pas leur sanction dans la vie présente, semblent appartenir à un monde différent, fondé sur la bonté, le scrupule, le sacrifice, un monde entièrement différent de celui-ci et dont nous sortons pour naître à cette terre, avant peut-être d'y retourner revivre sous l'empire de ces lois inconnues auxquelles nous avons obéi parce que nous en portons l'enseignement en nous, sans savoir qui les y avait tracées, ces lois dont tout travail profond de l'intelligence nous rapproche et qui sont invisibles seulement -et encore ! - pour les sots. De sorte que l'idée que Bergotte n'était pas mort à jamais est sans invraisemblance. »

<sup>45</sup> J.-Y. TADIE, I, p. 199 : M. P. « n'est pas indifférent aux lois qui régissent la société, mais il préfère les déduire lui-même en sociologue (disciple de Tarde dont il discutait avec Robert de Billy à cette époque), plutôt que de se les voir imposer, jusque dans le détail, en juriste (mot qui ne figure pas dans la *Recherche*) ». A l'occasion de cette citation, notons que le mot « juriste » figure dans *Pastiches et Mélanges*, ouv. cité, pastiche de Sainte-Beuve, p. 33.

<sup>46</sup> *Guermantes*, p. 22.

traité de Chénon ou aux ouvrages pour étudiants d'autres professeurs.

## II — LE DROIT AU CŒUR DE L'ŒUVRE.

Ce titre peut surprendre. Bien entendu, il ne faut pas s'abuser et voir partout dans l'œuvre de M. P. des notations juridiques. L'excès ajouterait à l'inexactitude le ridicule. Toutefois, il est incontestable que, parfois lors d'épisodes cruciaux de la Recherche, surgissent, inattendues et pertinentes, des références au droit. Pourquoi ?

A plusieurs reprises, M. P. a expliqué que son but était la recherche de la vérité; nous n'avons guère la possibilité ici d'en dire plus sur ce sujet immense. Evoquons simplement la lettre de février 1914 à Jacques Rivière, secrétaire de la *Nouvelle Revue Française*, qui est l'un des premiers à avoir senti l'importance de P. : « enfin je trouve un lecteur qui devine que mon livre est un ouvrage dogmatique et une construction! [...] J'ai trouvé plus probe [...] de ne pas laisser voir, de ne pas annoncer que c'était justement à la recherche de la Vérité que je parlais, ni en quoi elle consistait pour moi. [...] Ce n'est qu'à la fin du livre, et une fois les leçons de la vie comprise, que ma pensée se dévoilera »<sup>47</sup>.

Ajoutons à cela, les remarques de R. de Billy qui a beaucoup insisté sur le besoin de son ami de trouver « le mot juste »<sup>48</sup>. « Marcel ne croyait qu'au travail et à la vie intérieure », disait encore Billy. Cherchant en lui-même le mot exact, M. P. parfois retrouve un mot du droit mais parce que le droit précisément fournit le terme qui dévoile au mieux la vérité. Ceci arrive rarement dans l'œuvre mais ne peut être négligé ou nié. Au sein de la pensée proustienne, des éléments strictement juridiques sont là, vivants et utiles<sup>49</sup>.

A ce stade de notre enquête, nous ne saurions chercher à systématiser le propos. L'influence de Tarde, de Darlu<sup>50</sup> dont l'enseignement sur les droits de l'homme devrait être comparé à certains écrits venus de la faculté de droit, les conséquences intellectuelles de l'Affaire Dreyfus, et surtout la situation de M. P. par rapport à l'individualisme si présent dans le droit<sup>51</sup>, fournirait vite des pistes de travail. Ici, nous choisissons de nous limiter à la présentation de certaines citations de la Recherche selon deux thèmes : à notre avis, le droit est chez Proust l'un des éléments de l'analyse du temps; l'idée contractuelle sert à éclairer un des grands ressorts de l'œuvre dans la mesure où, acharné à comprendre les relations entre les personnes, M. P. conçoit largement celles-ci comme des « pactes ».

<sup>47</sup> KOLB, I. 43 du 6 février 1914, XIII, p. 98-100.

<sup>48</sup> R. de BILLY, ouv. cité, lire le passage des p. 80 s.

<sup>49</sup> Lucien DAUDET (fils d'Alphonse, frère de Léon et ami très cher de Proust), *Autour de soixante lettres de Marcel Proust*, N.R.F., 1929, p. 178, avait très tôt repéré la place du vocabulaire technique dans le travail de Proust : « Chaque mot, en effet, est le seul qui pouvait être dit et même si l'auteur ne trouve, pour exprimer ce qu'il veut faire entendre, qu'un terme technique, il contraint celui-ci à sortir du domaine spécial et abstrait où il gisait, pour faire circuler à travers lui le sang de son oeuvre. » Sur les lettres à L. Daudet, v. aussi Marcel PROUST, *Mon cher petit : lettres à Lucien Daudet [...]*, édition établie, préfacée et annotée par M. BONDUELLE, Gallimard, 1991, spécialement p. 17-79.

<sup>50</sup> Sur Darlu, v. H. BONNET, *Alphonse Darlu, maître de Proust*, Nizet, 1961.

<sup>51</sup> Nous pensons ici à ce qu'on pourrait appeler le « malheur » de l'individualisme.

*Le droit, élément de l'analyse du temps.*

Le tout dernier paragraphe du *Temps retrouvé* fait une description de l'homme dans le temps. À la fin d'une « matinée » chez les Guermantes, le narrateur livre ce qu'il a entrepris et parle de son œuvre future : « Aussi [...] ne manquerais-je pas d'abord d'y décrire les hommes, cela dût-il les faire ressembler à des êtres monstrueux, comme occupant une place si considérable à côté de celle si restreinte qui leur est réservée dans l'espace, une place au contraire prolongée sans mesure puisqu'ils touchent simultanément, comme des géants plongés dans les années à des époques vécues par eux si distantes, entre lesquelles tant de jours sont venus se placer, - dans le Temps. »<sup>52</sup>

L'image des « géants » émeut spécialement l'historien : nous sommes notre présent, notre passé et même les siècles d'avant notre passé. Quant au juriste, combien cette image est-elle puissante pour lui puisque le droit n'est pas une science moderne, née au XVII<sup>e</sup> siècle aux alentours de la diffusion du microscope et de télescope, et que son serviteur, qui applique un art si ancien, est une sorte de « géant » de profession. Un autre passage unit plus précisément l'histoire du droit à la grande découverte proustienne : « le passé non seulement n'est pas si fugace, il reste sur place [...], après des siècles et des siècles, le savant qui étudie dans une région lointaine la toponymie, les coutumes des habitants, pourra saisir encore en elles telle légende bien antérieure au christianisme »<sup>53</sup>.

Ces divers textes recourent ce que l'histoire du droit ne cesse de traquer, la fabrique du droit notamment par la dialectique entre l'individu et le groupe, entre celui qui se sent libre mais agit selon le droit longuement mûri par la société, unitaire ou non, à laquelle il appartient. Ainsi bien sûr, le noble est un « géant » par le temps qu'il porte en lui mais aussi parce que le temps le porte lui-même. La duchesse de Guermantes, et plus encore sans doute le duc, en sont des illustrations mais choisissons d'évoquer Françoise, la roturière, la domestique.

Françoise, servante campagnarde, est une figure de la paysannerie française, de l'Île-de-France, des patois, des usages, de la coutume, du monde juridique médiéval. Huitième personnage le plus cité dans l'œuvre<sup>54</sup>, Françoise habite le monde des groupes. Elle a, dit Proust : « un code impérieux, abondant, subtil, intransigeant sur des distinctions insaisissables (ou oiseuses). Ce code, si l'on en jugeait par l'entêtement soudain qu'elle mettait à ne pas vouloir faire certaines commissions que nous lui donnions, semblait avoir prévu des complexités sociales et des raffinements mondains que rien dans l'entourage de Françoise et dans sa vie de servante de village n'avait pu les lui suggérer; et on était obligé de se dire qu'il y avait en elle un passé français très ancien, noble et mal compris »<sup>55</sup>.

Françoise, en effet, vit selon une norme d'Ancien Régime, sans formulation mais diffuse partout. Sa présence constante dans le roman tient, en particulier, à ce que le mécanisme coutumier a une certaine proximité avec la découverte de Proust

<sup>52</sup> Ouv. cité, p. 353.

<sup>53</sup> *Le côté de Guermantes*, éd. T.Laget, Gallimard Folio, 2003, p. 405.

<sup>54</sup> Pour les proustiens, elle est aussi figure de la création littéraire : elle ne meurt pas et ne quitte pas l'écrivain qu'elle sert. Les indications sur son âge sont peu précises : elle est toujours là.

<sup>55</sup> *Du côté de chez Swann*, éd. d'A. Compagnon, Gallimard Folio, 2003, p. 28.

concernant la « mémoire involontaire »<sup>56</sup>. C'est malgré lui que le narrateur, dans l'épisode de la petite madeleine (et ailleurs), retrouve son passé. C'est malgré elle que Françoise édicte ce qui n'est écrit nulle part. Dans les deux cas, le temps règne.

Les temps coutumiers sont souvent évoqués par les notations concernant la servante. Ainsi de son immobilité, morale mais aussi physique : elle apparaît au narrateur comme « une statue de sainte dans sa niche »<sup>57</sup>. Ses règles de conduite sont soulignées comme anciennes mais aussi locales, caractère coutumier évidemment<sup>58</sup>.

Comme il est naturel à son personnage, la servante n'a guère accueilli les Lumières en particulier dans leur aspect scientifique : « si notre médecin lui donnait la pommade la plus simple contre le rhume de cerveau, elle, si dure aux plus rudes souffrances, gémissait de ce qu'elle avait dû renifler, assurant que cela « lui plumait le nez » et qu'on ne savait plus où vivre »<sup>59</sup>.

Coutumière, Françoise peut être très savante. La Tante Léonie, sa maîtresse, est toujours souffrante mais estime que Françoise reste trop longtemps auprès d'elle : « je vous fais perdre votre temps, ma fille »<sup>60</sup>. La servante répond : « Mais non, madame Octave, mon temps n'est pas si cher; celui qui l'a fait ne nous l'a pas vendu. Je vas seulement voir si mon feu ne s'éteint pas ».

En moins de trois lignes, voici affichée une compréhension fine d'un élément essentiel de théologie passé dans le droit canonique et le droit laïc. Seul Dieu est le maître du temps qui lui appartient tout entier, ce qui a de nombreuses conséquences de droit. On ne saurait être payé du simple effet du passage du temps. Certaines des racines de l'interdiction du prêt à intérêt sont ici. Évidemment, la science de l'écrivain est totale : au moyen de la langue populaire, restitution d'une règle savante, règle respectée par le personnage qui ne pourrait l'énoncer. Françoise est bien un modèle de la mentalité juridique qui a vécu le plus durablement en France.

La servante fournit enfin l'occasion de constater chez M. P. la connaissance d'une des grandes questions du droit. Elle arrive à Paris et, à l'étonnement de la famille du narrateur, elle va acquérir « les jurisprudences d'interprétation des domestiques des autres étages »<sup>61</sup>. L'expression technique « jurisprudence d'interprétation » est parfaite, sur le terrain romanesque, pour évoquer les transformations qui s'opèrent chez Françoise du fait de sa venue dans une grande ville. Ce

<sup>56</sup> Sur la mémoire involontaire, bibliographie inépuisable; v. J.-Y. TADIE, *Préface pour Jean Santeuil*, ouv. cité, p. 25 s.

<sup>57</sup> *Swann*, p. 52 : « à peine arrivions-nous dans l'obscur antichambre de ma tante, que nous apercevions dans l'ombre, sous les tuyaux d'un bonnet éblouissant, raide et fragile comme s'il avait été de sucre filé, les remous concentriques d'un sourire de reconnaissance anticipé. C'était Françoise, immobile et debout dans l'encadrement de la petite porte du corridor comme une statue de sainte dans sa niche ». L'image de statue religieuse médiévale est d'autant plus importante qu'elle est reprise dans plusieurs volumes qui suivent *Swann* : Françoise semble au narrateur identique à certaines sculptures de l'église Saint André des Champs, près de Combray, église type de l'Île de France.

<sup>58</sup> Passage de *Guermites*, p. 57, dans lequel Françoise arrive à Paris pour servir toujours la famille du narrateur : « notre appartement parisien était décoré par les paroles de Françoise inspirées d'un sentiment traditionnel et local et qui obéissait à des règles très anciennes. »

<sup>59</sup> *Guermites*, p. 59.

<sup>60</sup> Tout le passage dans *Swann*, p. 55.

<sup>61</sup> *Guermites*, p. 58.

renseignement est d'ordre social - l'influence du groupe des domestiques parisiens- mais son véhicule est un terme juridique qui fait intervenir à la fois le temps comme créateur de droit, la jurisprudence étant forcément l'œuvre du temps<sup>62</sup> et la difficile notion d'interprétation. Là encore, subitement, M. P. utilise le droit parce que c'est ce vocabulaire qui dégagera au mieux la vérité, le réel.

Reste un dernier point à évoquer, celui qui demanderait le plus de recherches complémentaires, qui à notre avis, lie à certains thèmes proustiens la théorie contractuelle.

*Le « pacte » dans les relations humaines.*

A notre avis, Proust qui met au dessus de tout son travail sur la nature humaine, selon Robert de Billy, pour s'approcher de la difficile expression des rapports entre les personnes, utilise l'idée du contrat. Le mot « pacte » est fréquent dans la *Recherche* et dans d'autres textes. Il sert à évoquer différentes situations; d'abord, nous nous arrêterons à la question de l'amitié qui nous fait rencontrer chez M. P. l'idée contractuelle, la réciprocité et, non expressément cité, l'idéal de la bonne foi. On sait que, dans la vie de M. P., il y eut s'agissant de l'amitié deux périodes : la jeunesse, pendant laquelle il fait constamment référence, dans ses lettres par exemple, à la sincérité amicale; l'âge mûr, alors que déçu (adjectif essentiel), il ne peut plus se résoudre à y croire. Ce dernier sentiment est développé dans une lettre à Lucien Daudet que celui-ci reçoit « avec un profond chagrin » car il n'a aucun doute sur la sincérité de son ami : « Mon cher petit, ne va pas supposer qu'il y a de ma part reproche ou récrimination car tu m'as toujours comblé. Mais alors je croyais à l'amitié; aujourd'hui tu verras ce que j'en dis dans Swann et qu'elle n'existe plus pour moi, et je ne dis pas que personne en soit cause, ce serait trop long à expliquer. »<sup>63</sup>

La lecture de la correspondance de M. P. montre un ami exigeant et qui argumente parfois ses demandes auprès de ses amis au moyen du vocabulaire contractuel. La princesse Bibesco cite ainsi une lettre à Antoine Bibesco : « Quand trouverai-je enfin quelqu'un qui agira avec moi comme je commence toujours par agir avec mes amis jusqu'à ce qu'ils m'aient désabusé par trop peu de réciprocité, avec qui je pourrai faire un pacte entier, bilatéral et beau ? »<sup>64</sup>

Quel meilleur témoignage de la richesse de la terminologie du contrat pour décrire (c'est précisément l'objet de tout contrat) les relations entre deux personnes ? La précision, la technique même de la langue offerte par le droit, explique que M. P. la choisisse ici, en parfaite situation.

Aller plus loin sur la question des liens entre les personnes nous ferait entrer dans les systèmes de pensée juridique, politique et surtout religieuse. Un long détour par la question de « l'homme mauvais » serait indispensable pour éclairer ce Proust désabusé, déçu des autres et déçu de lui-même : avec qui contracter si chacun est dans l'erreur ? Ce ne peut être pour l'instant notre propos. Poursuivons donc en entrant plus avant dans le drame de Marcel Proust.

La scène fondatrice de l'œuvre, celle du baiser du soir, entre dans notre actuelle

<sup>62</sup> On pourrait ici citer le Discours de Portalis.

<sup>63</sup> L. DAUDET, *Autour de soixante lettres de Marcel Proust*, N.R.F., 1929, p. 178.

<sup>64</sup> Princesse BIBESCO, *Au bal avec Marcel Proust*, Gallimard, 1989, p. 93.

hypothèse. La cocontractante essentielle de Proust est sa mère. Ses relations avec elle sont du domaine de l'affection pratiquement absolue mais à plusieurs reprises le mode contractuel apparaît.

La scène du baiser du soir va, entre autres éléments, contribuer dès le début du livre à la description des parents et à l'opposition de leurs caractères. Rappelons l'intrigue. Un petit garçon très anxieux redouble d'angoisse les soirs de réception chez ses parents. La présence de l'invité empêche en effet sa mère de monter et de remonter dans sa chambre pour le calmer en l'embrassant. Une de ces soirées est décrite, Swann vient rendre visite aux parents du jeune garçon. Après bien des péri-péties, le moment crucial arrive quand l'invité parti, les parents montent se coucher. Moment crucial car l'enfant qui, malgré des subterfuges, n'avait pas réussi à faire monter sa mère, avait enfreint les ordres et renoncé à s'endormir. Entendant les pas de ses parents, il est certain d'être gravement puni. Il aperçoit sa mère la première, qui comprend la situation : « Sauve-toi, sauve-toi qu'au moins ton père ne t'ait pas vu ainsi attendant comme un fou ! « [...] Sans le vouloir, je murmurai ces mots que personne n'entendit : « Je suis perdu ! ». Il n'en fut pas ainsi. »

Contre toute habitude, le père ne punit pas et c'est ce qui est, contractuellement, intolérable pour l'enfant. Suit alors un développement sur le comportement paternel : « Mon père me refusait constamment des permissions qui m'avaient été consenties dans les pactes plus larges octroyés par ma mère et ma grand'mère parce qu'il ne se souciait pas des « principes » et qu'il n'y avait pas avec lui de « Droit des gens ». Pour une raison toute contingente, ou même sans raison, il me supprimait au dernier moment telle promenade si habituelle, si consacrée, qu'on ne pouvait m'en priver sans parjure ou bien, comme il avait fait encore ce soir, longtemps avant l'heure rituelle, il me disait : « allons, monte te coucher, pas d'explication ! »<sup>65</sup>

Il est difficile d'emprunter plus au droit, à la science des contrats et à son histoire. La présence de ces termes dans cette scène est à souligner spécialement. L'épisode est célèbre mais surtout capital : trois pages avant la fin du *Temps retrouvé*, le narrateur, qui se plaint de ne pas faire d'œuvre, de manquer de forces, date de cette soirée et de « l'abdication » de sa mère, c'est-à-dire du fait qu'elle non plus ne punit pas selon la loi du contrat, sa faible volonté, sa mauvaise santé même<sup>66</sup>. C'est, dans le roman, accorder une place majeure au non respect des « pactes ».

D'un autre côté, l'imprévu survient avec l'emploi de cette notation savante et ici fort claire pour un juriste : « droit des gens ». Cette référence étant inattendue, nous avons voulu savoir si Proust l'avait employée dans toutes les variantes de la scène. Lorsqu'on n'est pas spécialiste de ces redoutables manuscrits, il est toujours loisible de lire au moins quatre versions de la scène : la version définitive citée plus haut; deux autres versions, publiées dans la collection de La Pléiade par Gallimard, Esquisse X et Esquisse XII<sup>67</sup> et enfin le texte du roman de jeunesse *Jean Santeuil*<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Pour toute la scène, *Swann*, p. 35 s.

<sup>66</sup> *Temps retrouvé*, p. 349 : « C'était de cette soirée où ma mère avait abdiqué, que datait, avec la mort lente de ma grand'mère, le déclin de ma volonté, de ma santé. Tout s'était décidé au moment où, ne pouvant plus supporter d'attendre au lendemain pour poser mes lèvres sur le visage de ma mère, j'avais pris ma résolution, j'avais sauté du lit ».

<sup>67</sup> *Swann*, La Pléiade, p. 675 puis 691.

<sup>68</sup> Ouv. cité, p. 72 s.

qui comprend déjà la scène. Aucune des versions précédant la version définitive ne contient l'expression « droit des gens ». Tout au plus, en particulier dans l'Esquisse XII, lit-on déjà : « mon père me privait constamment des choses qui m'étaient consenties par le pacte plus large fait avec ma mère et ma grand'mère, parce qu'il ne se souciait pas des principes. »

Nous ne pouvons que tirer argument de ce choix de « droit des gens » pour la dernière version. Dans les Esquisses déjà, l'idée de pacte, l'expression « choses consenties », signalaient l'influence du droit; mais le recours au « droit des gens » sera le résultat d'un mûrissement. Face à la bonne foi contractante de la mère et de la grand'mère, la conduite du père ne saurait être indiquée plus clairement : il ne respecte pas ce qui est convenu, contracter avec lui n'offre aucune sécurité juridique, c'est un homme d'autorité qui fait fi de tout le droit naturel<sup>69</sup>. Une fois encore, le droit, l'histoire du droit sont utilisés là où le lecteur ne les attend pas, surtout au profit d'une description psychologique. Et toujours selon la même méthode, pas d'explication au lecteur, pas de cours de droit, pas de développement par exemple sur l'importance de la parole donnée en droit des gens. À notre connaissance, il n'y a jamais de note sous l'expression « droit des gens » dans les éditions savantes françaises de Marcel Proust.

Voici achevées ces quelques remarques sur les liens, à notre avis conservés, entre Proust et ses études juridiques. C'est peu dire que de souligner qu'il n'y a là pour l'instant qu'un embryon de recherche. Ces remarques ne devraient en aucun cas étonner. Nous parlons d'une époque pendant laquelle l'homme cultivé cloisonnait infiniment moins son esprit qu'aujourd'hui. Chemin faisant, nous avons rencontré un Robert de Flers pourvu d'une assez inattendue licence en droit; mais à la lecture de *L'habit vert* ou du *Roi*, irrésistibles comédies qu'il écrit avec un autre grand ami de Proust, Gaston Arman de Caillavet, on constate dans ces œuvres la présence d'un grand nombre de notations juridico-institutionnelles. De même pour évoquer un auteur dont nous avons déjà parlé, *Les lois de l'imitation* de Tarde font-elles l'objet, dans le journal *La France*, d'un compte-rendu du célèbre critique dramatique Francisque Sarcey. De tels exemples peuvent être multipliés. Dès lors, au sein de la pluridisciplinarité sans jargon de cette époque, imaginer que Marcel Proust ait pu faire son droit pour ne rien en retenir serait simplement douter de l'étendue d'un des esprits qui dominent le XX<sup>e</sup> siècle.

---

<sup>69</sup> Sur le sens de l'expression « droit des gens » qui n'a pas pour seul territoire le droit international public, v. D. ALLAND, « Droit des gens. Droit des gens et droit international », *Dictionnaire de philosophie politique* P.U.F., 1996 p. 152 s.; M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La disparition du droit des gens classique », *R.H.F.D.*, 1987, n°4, p. 23 -53.

## JEAN DAUVILLIER, HISTORIEN DU DROIT

MARIE-BERNADETTE BRUGUIERE

Ce titre a été calqué sur celui de la plaquette dédiée en 1999 à la mémoire de Paul Ourliac, pour associer dans un même hommage les deux maîtres de l'école toulousaine d'histoire du droit dont les Toulousains ou anciens Toulousains ici présents ont été les élèves, directement ou indirectement.

Il faut d'abord tenter d'effacer un souvenir qui est plutôt une caricature, tenant à la voix de Dauvillier et à son élocution, que tous ses étudiants ont imitées. Il a expliqué lui-même, « depuis mon enfance j'ai l'habitude de parler lentement (c'est mon père qui m'y avait exercé, afin de me faire prononcer correctement les mots que j'avalais), et la pratique de l'enseignement a renforcé cette habitude ». Des leçons de diction n'ont modifié ni le débit de son élocution ni surtout sa monotonie : la lenteur était plus apparente que réelle ; en prenant des notes, étant donné la densité du propos, on avait des crampes à la fin du cours. À cela s'ajoutait son côté vieux garçon « endurci » (en fait, ses vieux amis lui connaissaient un projet de mariage qui n'avait pas abouti), installé à Toulouse avec sa grand-mère, décédée en 1943, et sa mère, disparue seulement en 1971. On souriait de le voir toujours protéger sa gorge d'un foulard de soie et d'un de laine, et on s'amusait généralement de son souci de ménager sa santé. On voyait en lui un casanier n'allant guère que de chez lui à la faculté, ce qu'il ne devint qu'assez tard, dans les années soixante ; jusque là, il allait au Maroc faire passer des examens, comme d'autres Toulousains, faisait des cours à Louvain, Bonn ou Luxembourg, et participait aux congrès d'orientalistes, de byzantinistes et d'historiens du droit, de Rome, Venise, Florence ou Trieste à Barcelone, de Leyde, Groningue, Bruxelles ou Liège à Thessalonique, de Bâle ou Fribourg-en-Brisgau à Istanbul ; bon nombre de ses collègues, dans sa génération, n'allèrent pas plus loin.

Il fut, un temps, de tradition pour les étudiants de 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> année, d'aller semer le chahut au cours de rentrée de Dauvillier dans l'année inférieure, et d'y inviter des amis des autres facultés. Cela remontait à son arrivée à Toulouse : le président du jury d'agrégation l'y aurait envoyé comme chargé de cours avec des arrière-pensées perfides, les Toulousains ayant alors une solide réputation de chahuteurs ; en outre (narrait Dauvillier), le doyen Thomas l'avait, selon l'usage du temps, accompagné à son premier cours pour le présenter à l'amphi, et c'était l'homme le plus chahuté de la faculté : le chahut se prolongea après son départ. Le professeur Henri Gilles, qui fut l'étudiant de Dauvillier en 1939, se rappelle que l'amphi se « chauffait » en scandant « C'est Dodo, c'est Dodo qu'il nous faut » ; comme la voix de Dauvillier se fatiguait vite, il se faisait porter une carafe d'eau et un verre par l'appariteur, mais dès que sa main se tendait vers le verre, l'amphi hurlait, et les chahuteurs guettaient

---

*Professeur émérite à l'Université des sciences sociales Toulouse I*

attentivement la main qu'il tentait d'avancer le plus discrètement possible... Quand le chahut dépassait les bornes, on voyait Dauvillier, négligeant l'escalier, bondir directement, malgré sa corpulence et l'entrave de la toge, de la chaire dans l'amphi pour aller saisir la carte d'étudiant de tel ou tel mauvais plaisant. Mais c'était aussi pour lui l'occasion de manifester un humour pince-sans-rire que beaucoup, même chez les collègues, ne savaient pas voir : un jour où il inscrivait au tableau un texte syriaque ou grec, l'amphi s'agita ; Dauvillier se retourna, regarda alternativement l'amphi et le tableau et conclut, imperturbable, « Vous avez raison, j'ai oublié un accent » (qu'il ajouta aussitôt). De même dit-il un jour à un candidat qui tentait de combler une « impasse » par une imagination fertile, « Dommage que les Romains n'aient pu vous charger d'inventer leurs institutions » (le candidat, qui avait de l'humour, comprit). Mais il surprenait parfois ses étudiants : un oncle de notre collègue Poumarède et ses camarades, vers 1937, l'ont emmené prendre son baptême de l'air dans un petit biplan, ce qu'il apprécia beaucoup.

Les collègues, je l'ai dit, ne comprenaient pas toujours. Voici bien des années, un président du jury d'agrégation, devant la voix et le physique d'un candidat pourtant fort brillant, hésitait : « Je ne voudrais pas faire un second Dauvillier ». Heureusement, le reste du jury le persuada d'abandonner cette hésitation infondée. Paul Ourliac a rétabli la vérité dans son éloge funèbre de Dauvillier : « Si le droit romain qu'il enseignait était parfois mal aimé, son prestige personnel apparut en mai 1968 : il fut l'un des rares professeurs que jamais les étudiants ne contestèrent. Là où d'autres hésitaient ou même se reniaient, il montra une fermeté et un courage, courage physique et courage moral, qui était dans sa nature profonde... Ce professeur toulousain avait une audience internationale que les Toulousains ignorent trop. J'ai pu constater bien souvent à l'étranger qu'il était le seul maître toulousain universellement connu »<sup>1</sup>.

Qui était donc réellement Dauvillier ?

Jean Georges Henri Dauvillier naquit le 19 août 1908 à Épinay-sur-Orge (Seine-et-Oise), berceau de la famille de sa grand-mère maternelle<sup>2</sup>. Son père, le commandant puis lieutenant-colonel Georges Dauvillier, fut tué au front le 21 juin 1915 en Alsace, au Bois en Brosse dans la vallée de la Fecht, à deux mois de son cinquantième anniversaire. Sa mère, Andrée Cros, de dix-sept ans cadette de son mari<sup>3</sup>, se consacra alors entièrement à son fils ; elle mourut à Toulouse en 1971 (je l'ai brièvement connue). Pupille de la Nation le 15 février 1923, Jean Dauvillier finit ses études à Louis-le-Grand ; son livret scolaire en seconde, première et philo offre des révélations inattendues : prix d'excellence en seconde, premier prix de composition française, de thème grec et d'histoire moderne et géographie, deuxième prix de thème latin, il n'avait que le 7<sup>e</sup> accessit de version grecque et, curieusement, le 2<sup>e</sup> accessit d'histoire ancienne. En première, c'est en version latine, thème latin et géographie qu'il fut présenté au concours général ; Albert Bayet, en français-latin-grec, notait sur son livret « Bon élève, travail et progrès très satisfaisants, doit réussir ». En philo, le proviseur le qualifiait « d'excellent dans l'ensemble », et le professeur de philosophie jugeait ses dissertations « toujours bien écrites et personnelles ». S'il

<sup>1</sup> *Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse*, 145, 1983, p. 37.

<sup>2</sup> Julie Emma Lallemand (épouse Cros) y naquit le 7 mai 1860.

<sup>3</sup> Née à Épinay le 4 septembre 1882, mariée le 21 septembre 1904.

était bon élève en sciences naturelles, les mathématiques furent toujours sa bête noire, et il aimait raconter d'ironiques histoires de polytechniciens.

Ensuite, c'est la Faculté de droit de Paris, dont il est lauréat, et l'École Pratique des Hautes Études où il suit les cours de philosophie médiévale d'Étienne Gilson. En 1930 il est assistant (fonction alors bénévole) en histoire du droit canonique. Il est docteur en droit en 1933, diplômé des Hautes Études (sciences religieuses) en 1935, élève de l'École des Langues Orientales anciennes à l'Institut catholique de Paris de 1933 à 1935.

Le 1<sup>er</sup> janvier 1936, après le concours d'agrégation, Girard, président du jury, le nomme chargé de cours à Toulouse où il succède à Declareuil. L'année suivante, agrégé à son troisième concours, il est nommé à Montpellier mais détaché à Toulouse, Paul Ourliac allant à Montpellier ; il est agrégé à la Faculté de Toulouse en 1940, et titulaire en 1941... sur une chaire d'économie politique ! Il y reste jusqu'à sa retraite en 1977, ayant refusé des offres de Paris, de Louvain et du Latran, et le Collège de France où il n'accepte d'être présenté qu'en deuxième ligne, pour soutenir la candidature de son ami Louis Hambis. Comme il l'a dit lui-même, « devenu toulousain d'une façon quelque peu accidentelle, par la décision d'un Président de jury d'agrégation, [il a] voulu le rester et cette faculté est devenue [sa] seule famille » après la mort de sa mère ; selon les mots de Paul Ourliac, « la lecture de son testament est à cet égard émouvante »<sup>4</sup>. En 1970, il fut frappé d'un œdème pulmonaire et d'un accident vasculaire cérébral, entraînant aphasie et hémiplégie, et sa tension artérielle monta à 35. Le lendemain, aphasie et hémiplégie avaient disparu ; toutes les séquelles s'effacèrent dans les mois suivants : guérison inexplicable par les médecins, que Jean Dauvillier considéra comme miraculeuse et attribua à l'intercession de Jean XXIII (il en témoigna pour le procès de béatification). Il reprit à la rentrée sa carrière à l'université, jusqu'en 1977. C'est à Toulouse qu'il est mort, opéré trop tard d'une appendicite non diagnostiquée qui dégénéra en péritonite, le 5 février 1983.

Évoquons successivement le savant et l'homme.

## I — LE SAVANT.

Jean Dauvillier fut l'un des derniers, voire le dernier, à posséder un savoir encyclopédique, non seulement dans sa spécialité – entendue dans son sens le plus large, de toute l'histoire du droit dans le temps et dans l'espace –, mais aussi dans d'innombrables domaines, de la mycologie à l'histoire du cinéma. Sa curiosité d'esprit était sans bornes : je l'ai entendu un jour interroger à brûle-pourpoint mon père, ingénieur à la circonscription électrique, sur la nature métaphysique de l'électricité, comme j'ai assisté à une conférence sur le chat dans l'Antiquité, qui allait de la préhistoire à Rome en passant par l'Égypte, la Mésopotamie ou la Chine<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> *Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse*, 145, 1983, p. 37. Des affaires d'intérêt, après la mort du colonel Dauvillier, ont relâché les rapports avec le reste de la famille; Jean Dauvillier semble n'avoir conservé que de rares relations épistolaires avec sa cousine germaine Elisabeth. Il avait choisi ses légataires parmi ses collègues et anciens élèves.

<sup>5</sup> Dauvillier aimait beaucoup les chats; il fut très touché lorsqu'un de nos assistants de Droit privé lui offrit un chaton « pour sa fête » (tout en s'amusant que ce cadeau ait eu lieu à la

Sa science commençait par la connaissance des langues et des écritures. On a dit de lui qu'il étudiait les chrétientés orientales « non pas en juriste qui travaillerait de seconde main sur les traductions, mais en philologue expert à la fois dans les formes occidentale et orientale du syriaque et familier avec l'ensemble de la culture syriaque, tant il est nécessaire pour comprendre les auteurs étrangers de connaître non seulement leur langue, mais encore la formation intellectuelle et les croyances qui motivent leurs propos sans y être évoqués »<sup>6</sup>. Je n'énumérerai pas les langues européennes modernes qu'il connaissait ; le russe y figurait, et toutes étaient représentées dans son immense bibliothèque au moins par des dictionnaires. Au fil d'un parcours que nous retrouverons, il apprit, outre le latin, le grec et l'hébreu, de multiples langues orientales anciennes : syriaque, copte, araméen, arménien, hittite, égyptien, sumérien, accadien, éthiopien, chinois... et j'en passe. Son intérêt pour la philologie ne s'est jamais démenti, il lui a consacré des articles et des dossiers restés inédits : « Le nom de la soie dans les langues orientales » (cet intérêt venait-il de ses ancêtres « mouliniers de soie »<sup>7</sup> ?), « La phonétique du néo-syriaque », « L'histoire et la langue des Kourikan de Sibérie », « Recherches sur les noms des animaux dans les langues orientales, romanes, germaniques et slaves », « Adaptation de Marie, Pierre, Élisabeth en grec et en latin »<sup>8</sup>, la préface aux *Contes* libanais de ses amis Mgr Michel et Mgr Joseph Féghali<sup>9</sup>, véritable étude de l'arabe libanais, la préface à un glossaire anglo-assyrien des noms d'animaux<sup>10</sup>, « Les ballades en jargon de François Villon »<sup>11</sup> (Villon dont Dauvillier a aussi étudié les procès<sup>12</sup>).

Mais sa passion ne s'arrêtait pas à la philologie. Il aimait l'histoire, en particulier l'histoire du droit, et il en avait une très haute idée qu'il a exposée dans son remerciement, quand il reçut la Légion d'Honneur des mains du Doyen Gabriel Marty, à la Faculté de droit de Toulouse le 24 février 1967 : « Historiens des Facultés de Droit, nous sommes à la fois historiens et juristes, en toute unité avec les historiens des Facultés des Lettres, qui se consacrent davantage à l'histoire des événements. Quelle aventure passionnante que la nôtre, à nous historiens. Aux autres hommes, il n'est donné que de vivre leur temps, l'époque où se déroule leur courte existence, et à beaucoup d'entre eux on peut appliquer cette expression dont usait Leibnitz pour caractériser la matière : *mens momentanea*. En revanche, les historiens et les personnes cultivées qui goûtent l'histoire ont le privilège de revivre aussi les temps passés, de voir ressusciter les civilisations disparues. Et ils ne rencontrent aucune

---

« Saint-Jean d'été », fête de saint Jean-Baptiste, alors que son saint patron était l'évangéliste, fêté à la « Saint-Jean d'hiver »).

<sup>6</sup> Jean FILLIOZAT, dans son rapport sur la candidature au Collège de France en 1965.

<sup>7</sup> Le moulinier « tord et file la soie grège à l'aide d'un moulinet ». André Cros et sa femme Marguerite Arthaud ont exercé ce métier.

<sup>8</sup> Avec A. DAUZAT, *Revue internationale d'onomastique*, 1954, p. 213-216.

<sup>9</sup> M. et J. FEGHALI, *Contes, Légendes et coutumes populaires du Liban*, t.II, Université catholique de Louvain, Institut orientaliste, Louvain-la-Neuve, 1976.

<sup>10</sup> W. SARMAS, *Anglo-assyrian glossary of Names of animals*, I, *Mammals, Ruminants, Rodents, Reptiles*, Cannes, 1975.

<sup>11</sup> *Bulletin de l'Université et de l'Académie de Toulouse*, 1944, p. 244-248.

<sup>12</sup> « Les procès de François Villon », *Bulletin de l'Université et de l'Académie de Toulouse*, 1943, p. 261-310.

limitation de temps, ni de pays. Ils peuvent à leur gré revivre la préhistoire<sup>13</sup> comme les civilisations de notre Europe occidentale ou celles de l'Orient, celles de l'Antiquité, du Moyen Âge ou des temps contemporains. Quelle joie raffinée de retrouver les traits d'une physionomie disparue, qui menaçait de s'effacer définitivement, ou de reconstituer les traits d'une institution ignorée ou mal connue, d'en déceler l'origine et d'en suivre l'évolution. Qu'on n'objecte pas que les historiens se complairaient dans une contemplation morbide du passé, pour se détourner des malheurs du temps présent, incapables qu'ils seraient de le comprendre et de le vivre. Quelle illusion, que commettent ceux qui n'ont jamais compris ce qu'est l'histoire. Ce serait faire des historiens des adeptes de l'averroïsme, d'une philosophie de l'éternel retour des choses, ce qui est la méconnaissance la plus absolue de la notion d'évolution qui est à la base de l'histoire. Et si la Divine Providence nous a fait naître en ce siècle, c'est que nous avons notre tâche à y remplir. Bien au contraire, jamais l'histoire n'a cessé d'être *magistra uitae*. L'historien est surtout le spectateur des mêmes erreurs, qui se répètent et qui sont parfois tragiques pour tout un peuple, alors que l'étude de l'histoire en aurait préservé les hommes. Et en scrutant les institutions passées, l'historien décèle, mieux que nul autre, ce qui est la part du temps et qui est définitivement aboli, et ce qui mérite de survivre et dont il est souhaitable de s'inspirer ».

L'œuvre de Dauvillier est en parfaite conformité avec cette conception.

Son premier travail historique connu, daté du 22 avril 1924, est sa table généalogique, soigneusement calligraphiée en latin après de longues recherches qu'il poursuivit d'ailleurs plus tard. On garde une correspondance avec des notaires, où il fut assisté par son oncle, notaire lui-même, pour retrouver les ancêtres parisiens (les archives de l'état-civil parisien ayant brûlé, on le sait, sous la Commune). Le plus lointain ancêtre relevé est Marin Dauvillier (1613-1692), frère cadet de Charles (1611-1691), et marié à Marguerite Savouré, dont Marin (1645-1733), époux de Marguerite Sergent, d'où Jean et Marin, né en 1660 ; de Marguerite Harmand, ce Marin III eut Marin, né en 1681, Cantien, né en 1689, Philippe, né en 1692, et Liphard<sup>14</sup>, né en 1697. Liphard épousa Catherine Delafoy (fille de Jean et de Catherine Tenave), dont Liphard II (1734-1816), époux de Marie Nicole Henriette Poirier (1733-1809, fille de Nicolas et de Marie Louise CochetEAU), d'où Marie Caroline (épouse Jacques Herman), Geneviève (1778-1808) et Claude Henri Liphard (1766-1847) ; marié à Marie Geneviève Félicité Hullot (1766-1848, fille de François et d'Henriette Clinard), celui-ci eut cinq enfants, Marie Françoise, Henri (époux de Marie Françoise Ménard), Marie François (né en 1795), François Constant (né en 1800) et Marie François *Constant* (1803-1840, le premier de la famille, semble-t-il, à mourir jeune), époux d'Emmèlie Flore Huet (1801-1856), dont nous retrouverons la famille. De ce mariage vinrent Jules Émile (en 1827), Théophile (en 1833), et

<sup>13</sup> Jean DAUVILLIER a longuement travaillé sur les bases préhistoriques du droit; il a publié « Problèmes juridiques de l'époque paléolithique », *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 351-359; « Aux origines des notions d'État et de souveraineté sur un territoire », *Mélanges P.Couzinet*, Toulouse, 1975, p. 153-221; « Henri Breuil et la genèse des premières notions juridiques au Paléolithique supérieur », *Bulletin de la Société méridionale de Spéléologie et de Préhistoire*, t.18, 1977, p. 32-36; il a aussi laissé un cours manuscrit de DEA.

<sup>14</sup> Saint Liphard (ou Lyphard, ou Lifart, fête le 3 juin) fut d'abord ermite, puis premier abbé du monastère de Meung, aux VII<sup>e</sup>-VIII<sup>e</sup> siècles; la collégiale Saint-Lyphard (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.) à Meung-sur-Loire lui est dédiée.

Charles Adolphe Léon (1831-1899), qui eut d'une première union Léonie Marie Hyacinthe (1859-1898, sans alliance), et d'un second mariage avec Adélaïde Virginie Rivière (1835-1912)<sup>15</sup>, Georges Léon (1865-1915), Gaspard Henri (1872-1927)<sup>16</sup> et Fernand Émile (né en 1876)<sup>17</sup>. Malheureusement, peut-être parce que la mort prématurée du colonel Dauvillier empêcha la transmission de souvenirs, nous ignorons tout de ces personnages, sauf ces sèches indications d'état-civil : tout au plus peut-on noter la prédominance de la postérité mâle (sauf à la dernière génération) et dans l'ensemble une remarquable longévité.

Il en va tout autrement de la famille maternelle de Dauvillier. Dans ses papiers, une « Étude politique d'Épinay en l'an de grâce 1926 » et une « Histoire d'Épinay au XIX<sup>e</sup> siècle », description de la vie quotidienne manifestement établie d'après les récits de sa grand-mère maternelle Julie Lallemand-Cros, nous apprennent maints détails familiers : André Cros était très grand, mais il buvait et n'était gardé par son patron qu'à cause de sa femme « qui était une bonne personne très rangée » ; son petit fils Charles le faisait enrager ; son fils André était grand et maigre. Jean François Bouquet était petit ; le cousin Henri Bouquet, asthmatique, couchait dans un fauteuil ; Louise Bouquet, petite et brune, a apporté un trousseau évalué à cinq cents francs, a fait exploiter sans succès un café dans sa maison à la mort de son mari et était couturière en 1880. Nathalie Happey était appelée par son beau-père Charles Lallemand « la blonde aux cheveux d'or » ; à la fin de sa vie, elle les avait toujours aussi abondants, bien que blanchis, et pour ne pas se donner la peine de les démêler, s'en coupait des mèches. On devine le peu de sympathie entre Nathalie et sa bru Marguerite Maitret ou sa petite-fille Julie Lallemand : Nathalie mangeait à part (son mari prenait son repas avec ses ouvriers) ; elle « faisait des malices » et montait son fils contre sa bru ; mais à la fin de sa vie, elle dit à Marguerite, qui la soignait avec beaucoup de dévouement, qu'elle était la meilleure et la soignait mieux que ses filles. On découvre la vie pittoresque du grand-père Charles Cros, élevé à Crest dans un collège laïque tenu par un certain Bouvier (religieux sécularisé ou prêtre défroqué ?), menuisier à Crest, à Valence, dans une mine près de Saint-Étienne (son parrain en était le directeur, « mais il l'a vite quittée, parce que le parrain était très dévot et il lui fallait aller à la messe » !), à Lyon, puis « dans un petit pays à côté de Lyon, de l'autre côté du Rhône, où il y a un vin renommé », puis à Paris en 1878, « l'année de l'exposition » (il travaillait pour les Rothschild et gagnait vingt-cinq francs par jour) ; lors d'une grève, en 1879, il va travailler en septembre et octobre à Longjumeau (il fait le trajet à pied et se nourrit de raisins !) ; en décembre, Jules Adolphe Lallemand demande des ouvriers chez son patron ; Charles Cros vient à Épinay et se fiance le 19 juin avec Julie Lallemand (on regrette de ne pas avoir de portrait de ce charmeur, qui dépensait tout ce qu'il gagnait, au point que sa belle-

<sup>15</sup> Michel Rivière, époux de Marie Mainfroy, eut pour fils Louis Georges (1778-1832), marié à Claire Manfroy (1779-1870, fille d'Honoré et de Marie Louise Roulleau), dont Louis Georges II (1810-1881), époux de Virginie Adèle Grenet (1812-1889, fille de Pierre Jérôme, 1776-1824, et d'Anne Marie Rose Jacquemard, 1773-1850, fille de François et de Françoise Payen), dont Adélaïde Virginie, une autre fille et trois fils.

<sup>16</sup> Il épousa Louise Marguerite Cros, née en 1882, sœur aînée de sa future belle-sœur Andrée, et en eut deux filles, Marguerite (née en 1901, qui semble s'être mariée) et Madeleine, née en 1905, dont il reste diverses lettres.

<sup>17</sup> Il épousa Louise Victoire Germaine Mullard, née en 1881, dont Germaine Louise *Fernande*, née en 1906, et Élisabeth, née en 1923.

mère dut lui acheter son costume de noce !). On apprend que selon la tradition familiale, les Cros descendaient des Grecs (ce que Dauvillier accompagne d'un point d'interrogation dubitatif). Ce tableau d'Épinay révèle déjà la minutie de Dauvillier dans la recherche des détails, son intérêt pour l'histoire des costumes (les chapeaux de fête des fillettes, notamment) et celle de la cuisine : il décrit la cuisine de la maison Lallemand, avec sa cheminée où cuisait la soupe aux choux et au lard ; il précise que la nourriture se composait surtout de porc, de lapins, de pommes de terre, de haricots, de lentilles et de fèves, généralement en ragoûts, et d'œufs en omelettes, que le beurre était utilisé exceptionnellement et les rôtis réservés aux jours de grande fête, qu'on ignorait le riz, introduit par des étrangers à Épinay. Plus tard il collectionna les livres de cuisine anciens ; il évoquait aussi les talents culinaires de ses aïeules (Julie, abonnée à l'*Écho de la Mode*, en essayait les recettes, tel le plum-cake, « trouvé bon et adopté ») et citait une querelle à propos « des ris de veau de sa quadrisaïeule Nathalie », qui avait marqué la tradition familiale : selon l'*Histoire d'Épinay*, « Marguerite rapportait à Nathalie des ris de veau, mets qu'on ne mangeait pas habituellement, pour deux jours ; Nathalie rassemblait ses filles – elle en avait quatre- et se mettait à faire un repas, puis le lendemain attrapait Marguerite parce qu'elle n'avait plus rien et réclamait un autre ris de veau ! ») ; mais « Nathalie cuisinait très bien et faisait très bien les pets-de-nonne »...

Sur le plan scientifique, les premiers travaux de Dauvillier ont concerné le droit canonique occidental, que l'on commençait à peine à redécouvrir grâce à Fournier et Génestal, qui furent tous deux ses maîtres, puis à Gabriel Le Bras. Il consacra sa thèse au mariage en droit canonique classique<sup>18</sup>, puis revit et compléta l'ouvrage d'Esmein et Génestal sur le mariage<sup>19</sup>. Nombre de ses publications concernent le droit canonique occidental, l'histoire et les institutions ecclésiastiques, sur des sujets éclectiques<sup>20</sup> allant jusqu'au droit positif : en 1964 dans une note au Dalloz, à propos de l'immatriculation à la Sécurité Sociale d'une religieuse enseignante, il examinait

<sup>18</sup> *Le mariage dans le Droit classique de l'Église depuis le Décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, 1933.

<sup>19</sup> A. ESMEIN, R. GENESTAL, J. DAUVILLIER, *Le mariage en droit canonique*, II, Paris, 1935.

<sup>20</sup> « À propos du *privilegium fori* (R. AUBENAS, « Recueil des lettres des officialités de Marseille et d'Aix aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècle », *Annales du Midi*, 209, 1941, p. 90-97; contribution à G. LE BRAS, *Introduction à l'histoire de la pratique religieuse en France*, Bibliothèque de l'ÉPHÉ, Sciences religieuses, LVII, Paris, 1942; « La paroisse, communauté spirituelle et temporelle », *Économie et humanisme*, 1943, p. 341-350; avant-propos à l'édition de R. GENESTAL (p. I-XXIV), *Les origines de l'appel comme d'abus, notes de cours publiées par les soins de P. Timbal*, Paris, 1951, Bibliothèque de l'ÉPHÉ, Sciences religieuses, LXIII (théories gallicanes et régaliennes au Moyen Âge aux Pays-Bas, en Espagne, en Angleterre et dans l'Empire); « Génestal du Chaumeil », *DDC*, XXVIII, 1952, col.946-951; « Le mariage des catholiques élevés en dehors de toute influence religieuse », *Atti del 3<sup>o</sup> congresso di Diritto comparato*, II, Rome, 1953, p. 361-379; « La juridiction arbitrale de l'Église dans le Décret de Gratien », *Studia Gratiana*, IV, Bologne, 1956-1957, p. 123-129; « Pierre le Chantre et la dispense de mariage non consommé », *Études d'histoire du Droit privé offertes à P. Petot*, Paris, 1959, p. 97-105; « L'assistance aux déshérités et la charité dans la primitive Église », *La Table ronde*, 157, 1961, p. 87-92; diverses recensions dans la *RHD* et la *Revue d'Histoire ecclésiastique* de Louvain; « L'indissolubilité du mariage dans la Nouvelle Loi », *L'Orient syrien*, IX, 1964, p. 265-289; « De nouvelles sources sur les origines des institutions chrétiennes : les manuscrits de la Mer Morte », *Études d'histoire du Droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, I, Paris, 1965, p. 55-71.

avec son érudition coutumière l'application éventuelle du droit canonique par les tribunaux d'État<sup>21</sup>. En marge du droit canonique, il a éclairé « Un point d'histoire liturgique : le port de la mozette sur le rochet découvert »<sup>22</sup>, et a révélé ses implications politiques gallicanes.

Mais en préparant sa thèse, il fit la connaissance du P. Maniglier, assomptionniste et orientaliste, et lui fit part de ses recherches. Maniglier lui apprit l'existence du droit canonique oriental, alors presque totalement ignoré, révélation qui changea la vie de Dauvillier : il suivit aux Hautes Études les conférences du P. Mécérian (qui commençait la recherche des manuscrits canoniques arméniens), qui l'envoya à l'École des Langues Orientales anciennes de l'Institut catholique. Sa thèse des Hautes Études en 1935, sur le mariage en droit canonique oriental au Moyen Âge, fut publiée en 1936, associée aux recherches de C. de Clercq<sup>23</sup>. Jean Dauvillier expliquait lui-même : « Historien du droit canonique de la Chrétienté d'Occident dans ma première thèse de doctorat, j'ai été amené dès la fin de ce travail à porter mes regards vers l'Orient. C'est ainsi que j'ai tenté de retrouver l'histoire et les institutions des Églises orientales, particulièrement de l'Église chaldéenne. À la recherche de son expansion et de son droit missionnaire, j'ai été ainsi conduit en Asie centrale, au Tibet et en Extrême Orient »<sup>24</sup>. Par là, il fut plus tard chargé, avec Louis Hambis puis seul, d'achever et publier l'œuvre de Paul Pelliot<sup>25</sup>, ce qui absorba les dernières années de sa vie : son étude sur la face syriaque de la stèle de Si-nganfu de 781, monument des chrétientés chinoises, complétant celle de Pelliot sur la face chinoise<sup>26</sup>, semble hélas s'être perdue dans un tiroir d'éditeur. Les Églises d'Orient (et de Byzance<sup>27</sup>), il les a étudiées dans le détail, sous tous leurs aspects, institutions, droit, histoire, archéologie<sup>28</sup> ; il a montré que les croix

<sup>21</sup> Note d'arrêt (Cour de Chambéry du 15 janvier 1964) sur le problème de l'application des règles du Droit canonique par les tribunaux d'État français en 1964, *Recueil Dalloz*, 1964, 34<sup>e</sup> cahier, 21 octobre 1964, Jurisprudence, p. 605-609.

<sup>22</sup> *L'Année canonique*, 5, 1958, p. 183-184.

<sup>23</sup> *Le mariage en Droit canonique oriental*, Paris, 1936.

<sup>24</sup> Remerciement lors de la remise de la Légion d'Honneur, 24 février 1967.

<sup>25</sup> P. PELLIOU, *Recherches sur les Chrétiens d'Asie Centrale et d'Extrême-Orient*, I. *En marge de Jean du Plan Carpin*, II. *Guillaume de Rubrouck*, III. *Mâr Ya(h)b<sup>h</sup>allâhâ, Rabban Sâumâ et les princes Öngüt chrétiens*, Paris, 1973 (paru en 1976), Avertissement par J. DAUVILLIER et L. HAMBIS, ouvrage doublé d'étendue, mis au point et complété par de nombreuses notes et publié par les soins de J. DAUVILLIER et L. HAMBIS.

<sup>26</sup> Prêt à être publié en 1979 : en collaboration avec L. HAMBIS, mise au point de l'ouvrage posthume de P. PELLIOU, *Recherches sur le Christianisme d'Asie centrale et d'Extrême-Orient*, t.II, *L'inscription chinoise de la stèle de Si-ngan fou*, œuvre augmentée d'une partie nouvelle par J. DAUVILLIER, *L'inscription syriaque de la stèle de Si-ngan fou, texte, transcription, traduction et commentaire*.

<sup>27</sup> « L'évolution du Droit canonique byzantin », 6<sup>e</sup> congrès international d'études byzantines, prévu pour Alger, octobre 1939; résumés des rapports et communications publiés Paris, 1940, p. 93; \*« Byzantins d'Asie centrale et d'Extrême-Orient au Moyen âge », *Mélanges Jugie (Revue des études byzantines)*, XI, Paris, 1953, p. 62-87.

<sup>28</sup> Plusieurs articles dans le *Dictionnaire de Droit Canonique* : « Chaldéen (Droit) », « Denys bar Salibî », « Ébedjésus de Nisibe », « Extrême-onction dans les Églises orientales »; dans le *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastique* : « Édesse, métropole de l'Église syrienne jacobite et de l'Église syrienne catholique », « Édesse, métropole de l'Église chaldéenne », « Élès, évêché jacobite », « Émèse, métropole jacobite », « Eqrur, évêché

triomphales des anciennes églises chaldéennes ne représentent pas le corps du Christ parce qu'elles symbolisent, non la Passion, mais la Parousie<sup>29</sup> ; il a longuement étudié les Églises syriennes et chaldéennes et leur vaste expansion, bien oubliée, en Asie centrale et extrême-orientale<sup>30</sup>. Dix-sept de ces articles ont été repris par les *Variorum Reprints*, dont il ne vit malheureusement pas le volume, parvenu à Toulouse quelques semaines après sa mort<sup>31</sup>. Dauvillier a aussi laissé des dossiers sur l'évangélisation de la Chine et sur l'expansion copte médiévale jusqu'au Sahara et en Afrique noire, et un cours manuscrit de droit canonique oriental. Sa fidélité aux Églises d'Orient se montra jusque dans ses funérailles, qu'il souhaitait chaldéennes ; ce vœu ne put être exaucé, faute de prêtre et de chorale de ce rite disponibles alors à Toulouse, et son ami Mgr Joseph Féghali les célébra selon le rite maronite. Sa

---

nestorien », « Farso (Gabriel), évêque catholique de rite chaldéen », « Gêlan, évêché, puis métropole de « l'Église d'Orient », encore appelée syrienne orientale, chaldéenne ou nestorienne ».

<sup>29</sup> \*« Les croix triomphales dans l'ancienne Église chaldéenne », *Éléona*, 1956, p. 11-17, repris dans une note sur PELLIOU, *Recherches sur les Chrétiens [...]*, p. 178-181.

<sup>30</sup> \*« Témoignages nouveaux sur le Christianisme nestorien chez les Tibétains », *Bulletin de la Société archéologique du Midi de la France*, 1941, p. 163-168; \*« L'Évangélisation du Tibet au Moyen Âge par l'Église chaldéenne et le problème des rapports du Bouddhisme et du Christianisme », *Actes du XXI<sup>e</sup> congrès international des orientalistes (Paris, 1948)*, Paris, 1949, p. 355-356, et \*« L'expansion au Tibet de l'Église chaldéenne au Moyen Âge et le problème des rapports du Bouddhisme et du Christianisme », *Bulletin de la société toulousaine d'études classiques*, 75, 1950, éléments d'un dossier plus vaste repris par \*M. LALOU, *Les religions du Tibet*, Paris, 1957, p. 15-16, et dans des notes de DAUVILLIER sur PELLIOU, *Recherches sur les chrétiens [...]*, surtout p. 7 et 200-207; \*« Les provinces chaldéennes de l'extérieur au Moyen Âge », *Mélanges Cavallera*, Toulouse, 1948, p. 260-316; \*« L'ambon ou *bêmâ* dans les textes de l'Église chaldéenne et de l'Église syrienne au Moyen Âge », *Cahiers archéologiques*, VI, Paris, 1952, p. 11-31; \*« Le Droit public et le Droit sacramentaire de l'Église chaldéenne », *Annuaire de l'École des Législations religieuses*, 1951-1952, Paris, 1952, p. 27-32; \*« L'expansion de l'Église syrienne en Asie centrale et en Extrême-Orient », *L'Orient syrien*, I, 1956, p. 76-87; \*« Quelques témoignages littéraires et archéologiques sur la présence et sur le culte des images dans l'ancienne Église chaldéenne », *ibid.*, p. 297-304, repris dans une note sur PELLIOU, *Recherches sur les chrétiens [...]*, p. 156-160; \*« Guillaume de Rubrouck et les communautés chaldéennes d'Asie centrale au Moyen Âge », *L'Orient syrien*, II, 1957, p. 223-242; recension de M. COLLINET-GUERIN, *Histoire du nimbe des origines aux temps modernes*, Paris, 1961, *L'Orient syrien*, VII, 1962, p. 386-388; \*« L'archéologie des anciennes églises de rite chaldéen », *Mélanges dédiés au P. François Graffin, Parole de l'Orient (Melto)*, VI et VII, 1975-1976 (paru en 1978), p. 357-386; \*« Les diverses formes extraordinaires du mariage et l'absence totale de forme dans le droit de « l'Église d'Orient » et de « l'Église d'Occident », *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 273-308.

<sup>31</sup> *Histoire et institutions des Églises orientales au Moyen Âge*, Londres, Variorum Reprints, 1983. Le volume contient, outre les articles marqués ci-dessus d'un astérisque, « Quelques réflexions à propos d'un ouvrage récent sur l'histoire de l'Église arménienne [Jean Mécérian, *Histoire et institutions de l'Église arménienne - Évolution nationale et doctrinale, spiritualité, monachisme*, Beyrouth, 1965] », *Cahiers de civilisation médiévale*, 1970, p. 63-72; « Les Arméniens en Chine et en Asie centrale au Moyen Âge », *Mélanges de Sinologie offerts à M. Paul Demiéville*, II, Paris, 1974, p. 1-17; « La papauté, l'union des Églises et les missions en Orient durant le Moyen Âge. À propos d'un ouvrage récent [J. RICHARD, *La Papauté et les missions d'Orient au Moyen Âge (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle)*, ÉFR, 33, Rome-Paris, 1977] », *Revue d'histoire ecclésiastique*, LXXIV, Louvain, 1979, p. 640-651.

fidélité apparut aussi dans son testament, où l'Œuvre d'Orient était jointe à l'Association diocésaine comme légataire universel.

Pour suivre leurs rapports avec la chrétienté, il a étudié le bouddhisme et l'Islam ; il apprit l'arabe avec Mgr Michel Féghali, enseigna à Toulouse le droit musulman et lui consacra deux articles<sup>32</sup>.

À partir de l'Église encore, il s'est intéressé à l'archéologie toulousaine, l'église du Calvaire ou Sainte-Marie des Anges<sup>33</sup>, et il a abordé l'étude des costumes universitaires<sup>34</sup>, d'où il passa au costume des gens de justice de l'ancienne France<sup>35</sup> : Jean Gaudemet rappelait « la joie quelque peu malicieuse que [Dauvillier] éprouva un jour à identifier un membre d'une cour souveraine dans un tableau où, cédant trop facilement à l'évocation des pourpres romaines, on avait cru reconnaître un cardinal »<sup>36</sup> ; de même, il en vint au droit universitaire<sup>37</sup>, puis à l'histoire de notre Faculté<sup>38</sup>, sur laquelle il a laissé des inédits<sup>39</sup>.

Saint Paul l'amena au droit matrimonial des cités hellénistiques, surtout de Corinthe<sup>40</sup>, et au droit maritime romain<sup>41</sup>. Cet intérêt pour la marine remonte peut-être aussi à son enfance à Cherbourg, où il allait avec son père voir les navires dans le port. Il a publié des articles sur le droit maritime phénicien, le contrat d'affrètement, la navigation babylonienne, les origines du prêt à la grosse<sup>42</sup>. Il reste,

<sup>32</sup> « Les donations en Droit musulman », *Recueil général de Jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales et maritimes*, 1934, p. 51-58; « La répudiation en Droit musulman », *Revue de législation et de jurisprudence marocaines*, 1937, p. 9-18.

<sup>33</sup> « Situation juridique de l'ancienne église du Calvaire à Toulouse », *Bulletin de la Société archéologique du Midi de la France*, 4, 1942, p. 265-268; « Une fondation de Louis XI, l'église Sainte-Marie des Anges, dite chapelle du Calvaire », *Mémoires de la Société archéologique du Midi de la France*, 22, 1954, p. 7-44.

<sup>34</sup> « Les costumes des anciennes universités françaises », *Actes du 1<sup>er</sup> Congrès international d'histoire du costume (Venise, 1952)*, Venise, 1955, p. 254-261 (avec huit planches); « Origine et histoire des costumes universitaires français », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 6, 1958, p. 3-41.

<sup>35</sup> « Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France », *Mélanges Roger Aubenas, Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du Droit et des institutions des anciens pays de Droit écrit*, 9, Montpellier, 1974, p. 229-240.

<sup>36</sup> *RHD*, 1983, p. 330.

<sup>37</sup> « La notion de chaire professorale dans les Universités depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 7, 1959, p. 283-312.

<sup>38</sup> « Le rôle de la Faculté de Droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques et historiques aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 24, 1976, p. 343-384.

<sup>39</sup> Dossier : « Notes pour une histoire de la Faculté de Droit de Toulouse aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles.

<sup>40</sup> \*\*« Le Droit du mariage dans les Cités grecques et hellénistiques d'après les écrits de saint Paul », *RIDA*, 7, 1960, p. 149-164.

<sup>41</sup> \*\*« À propos de la venue de saint Paul à Rome. Notes sur son procès et sur son voyage maritime », *BLE*, 1960, p. 3-26.

<sup>42</sup> « Les usages de la navigation des Babyloniens et des Phéniciens », *Bulletin de l'Université et de l'Académie de Toulouse*, 1950; « Le Droit maritime phénicien », *RIDA*, 6, 1959, p. 3-26; \*\*« le contrat d'affrètement dans le Droit de l'Antiquité », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, II, Paris, 1960, p. 97-110; \*\*« Recherches sur un contrat caravanier babylonien et sur les origines du prêt à la grosse aventure dans l'Antiquité grecque », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 341-381.

dans ses inédits, un imposant dossier, avec dessins de navires et gigantesque bibliographie, sur le droit maritime dans l'Antiquité, et une étude inachevée sur le périple africain des Phéniciens pour le pharaon Nékao.

Diverses études de droit romain sont liées à l'histoire de l'Église<sup>43</sup>, mais on relève aussi l'*iniuria iudicis*<sup>44</sup>, un testament romain<sup>45</sup> ou un procès jugé à Rome par Bérénice<sup>46</sup>.

Venu par l'Église aux antiques droits orientaux, notamment mésopotamiens, il a contribué à la mise au point des inédits du Doyen Georges Boyer réunis en *Mélanges*<sup>47</sup>; il a recherché les traces de ces droits, leur longue survie en Orient et leur impact en Occident, et a scruté leur influence sur certains passages du Nouveau Testament. Ce vaste travail lui a servi dans son *magnum opus*, *Les Temps apostoliques*<sup>48</sup>, et plus encore pour l'œuvre ultime qui lui tenait à cœur, *Le Nouveau Testament et les Droits de l'Antiquité*, où il comptait regrouper et compléter les articles publiés de 1947 à 1974<sup>49</sup>; il me chargea d'achever cet ouvrage, s'il ne pouvait le faire lui-même : la retraite m'a enfin permis de le faire, et *Le Nouveau Testament et les Droits de l'Antiquité* vient de paraître aux Presses de notre université<sup>50</sup>.

Sur le Moyen Âge ou les temps modernes, ses articles sur le droit normand restent en rapport avec l'Église<sup>51</sup>, mais sa curiosité sans bornes l'amène aussi à

<sup>43</sup> \*\*« La *litterarum obligatio* des pèlerins à la lumière des textes scripturaires », *RHD*, 1946-1947, p. 136-138 ; (\*\*« Le contrat *litteris* dans les provinces orientales de l'empire et la parabole de l'économiste infidèle », *AHDO-RIDA*, 2, 1953, p. 425-426); \*\*« Le texte évangélique de Zachée et les obligations des publicains », *Recueil de l'Académie de Législation*, 1952, p. 27-32; \*\*« La parabole du trésor et les droits orientaux », *RIDA*, 4, 1957, p. 107-115; \*\*« Les procès de saint Paul et l'attitude de l'autorité romaine », *Recueil de l'Académie de Législation*, 6, 1976, p. 359-361.

<sup>44</sup> « L'*iniuria iudicis* dans la procédure formulaire », *Recueil de l'Académie de Législation*, 13, 1937, p. 144-301.

<sup>45</sup> « Note sur un testament romain récemment trouvé en Égypte », *Recueil de l'Académie de Législation*, 18, 1947, p. 1-21.

<sup>46</sup> « À propos d'un procès plaidé devant la reine Bérénice », *Mélanges Montané de la Roque*, II, Toulouse, 1986, p. 575-587.

<sup>47</sup> Avec Jean NOUGAYROL, Émile SZLECHTER et Maurice BIROT, il a mis au point les *Mélanges d'histoire du Droit oriental*, Toulouse et Paris, 1965; il avait également mis au point avec Paul OURLIAC les *Mélanges d'histoire du droit occidental* de G. BOYER, Toulouse et Paris, 1962.

<sup>48</sup> Paris, 1970.

<sup>49</sup> Aux articles précédés de deux astérisques cités précédemment, il faut ajouter « La parabole des talents et des mines et le § 99 du Code de Hammurabi », *Mélanges Magnol*, Paris, 1948, p. 153-165; « Le partage d'ascendant et la parabole du fils prodigue », *Actes du Congrès de Droit canonique (Paris, 1947)*, Paris, 1950, p. 223-228; « La parabole du Bon Pasteur et les Droits de l'Antiquité », *Mélanges offerts à P. Andrieu-Guitrancourt, L'année canonique*, 17, Paris, 1973, p. 269-278; « Aux origines de l'épiscopat et du sacerdoce », *Esprit et Vie*, 1974, p. 65-76, 97-103, 193-202, 209-215.

<sup>50</sup> *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 9, Toulouse, 2005, 508 p., préface de G. SICARD.

<sup>51</sup> « Explication d'un arrêt de l'Échiquier de Normandie. Le divorce pour cause d'absence au XIII<sup>e</sup> siècle », *RHD*, 1933, p. 726-727, « L'*affinitas superveniens* en Normandie », *RHD*, 1934, p. 735-736; « Le consentement seigneurial au mariage des vassaux et particulièrement des vassales dans les textes normands », *RHD*, 1935, p. 795-798.

étudier « L'union réelle de Gênes et du royaume de France du XIV<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle »<sup>52</sup> ou les récompenses publiques dans l'ancienne France<sup>53</sup> (il possédait une riche collection de décorations, à côté de celles qui lui avaient été décernées), comme à toujours enrichir de ses remarques les travaux des auteurs, dans ses recensions pour les revues savantes.

Son intérêt pour l'Antiquité l'avait amené à chercher jusque dans la préhistoire les origines premières du droit, ce qui lui permit d'exposer sa méthode de travail : il avait le souci, non d'imposer ses hypothèses comme des certitudes, mais de distinguer toujours ce qui est certain, ce qui est probable, ce qui est possible et ce qui est simplement hypothétique, en nuancant soigneusement les degrés de vraisemblance des hypothèses.

Son enseignement, comme son œuvre, fut encyclopédique : les hasards de la carrière l'amènèrent à enseigner en capacité le droit civil et le droit public, voire à faire une année un cours d'économie politique ! J'ai déjà évoqué ses cours de droit musulman. Mais il enseigna surtout, suivant l'évolution des programmes, l'histoire du droit français jusqu'à la Révolution, l'histoire du droit privé français, l'histoire des institutions et des faits sociaux de l'Antiquité à l'époque franque, et, bien sûr, les institutions de l'Antiquité et tout le droit romain. Plusieurs de ces cours ont été publiés par la librairie Soubiron, de 1944 à 1961<sup>54</sup>.

Cette science avait été largement reconnue et saluée. Membre des sociétés savantes toulousaines<sup>55</sup> dont le siège, le très bel hôtel d'Assézat, a accueilli nos travaux, il était aussi correspondant de l'Academia Colombiana de Jurisprudencia de Bogota depuis 1951, et docteur *honoris causa* de Louvain (où il avait été professeur invité jusqu'en 1962). En 1965, il fut présenté (mais n'accepta de l'être qu'en deuxième ligne) par le Collège de France et l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres pour la chaire d'histoire et civilisations de l'Asie centrale du Collège de France, l'ancienne chaire de Pelliot ressuscitée. Il était officier de l'ordre national du Mérite, commandeur des Palmes académiques, commandeur de Saint-Grégoire le Grand, dont il reçut en 1972 la grande plaque d'argent. La Légion d'Honneur qui lui fut décernée en 1967 ne récompensa pas seulement les services civils de l'universitaire, mais aussi les services militaires de l'homme.

<sup>52</sup> « L'union réelle de Gênes et du royaume de France aux XIV<sup>e</sup>, XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 43, 1950, p. 81-112.

<sup>53</sup> « Le système des récompenses publiques dans notre ancienne France : ordres de chevalerie et marques de distinction », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 91, 1963, p. 13-106.

<sup>54</sup> *Droit romain*, 1<sup>ère</sup> année (Sources, Droit des personnes, Droit des biens, successions); 2<sup>ème</sup> année (obligations, avec des aperçus sur les destinées du système romain en Droit canonique et dans l'ancien Droit français, et des comparaisons avec le Droit anglo-saxon); *Histoire des institutions et des faits sociaux*, 1<sup>ère</sup> année (monde oriental : Égypte, monde babylonien, Hittites, Phéniciens; monde grec; monde romain; l'Église dans l'Antiquité; le monde gaulois et franc; Droit public à l'époque franque; organisation de l'Église; condition des personnes et des terres); *Histoire des institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 2<sup>ème</sup> année (monde oriental, grec et romain).

<sup>55</sup> Société archéologique du Midi de la France, Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse, Académie de Législation. Il a publié une « Esquisse d'une histoire de l'Académie de Législation », *Recueil de l'Académie de Législation*, 6, 1976 (résumé d'une étude beaucoup plus ample, restée inédite).

## II — L'HOMME : LE CHRÉTIEN, LE PATRIOTE, LE MAÎTRE, L'AMI.

C'est d'abord le chrétien, ou plutôt le catholique. Le catholicisme était au cœur de sa personnalité, bien que sa généalogie révèle dans ses ancêtres maternels des protestants, et au moins un anticlérical<sup>56</sup>, qualifié il est vrai de « modéré ». Chez les ancêtres paternels d'Andrée Cros, dauphinois de Roche-sur-Grave (généralité de Grenoble, élection de Montélimar), on trouve maints mariages mixtes, et une curieuse répartition des enfants entre les religions. André Cros, fils de Jean-Jacques (cultivateur à Saint-Fortunat, près de La Voulte) et d'Anne Malègue, était protestant, comme peut-être sa femme Marguerite Arthaud (fille naturelle de Catherine, de Romans) ; leur fils aîné André (1824-1870), installé à Crest, mort avant son père des suites d'une fracture de la jambe, était protestant<sup>57</sup> (menuisier, il fabriquait néanmoins des confessionnaux), mais épousa en 1854 une catholique, Louise Geneviève Bouquet (1823-1897), fille d'un catholique et d'une protestante<sup>58</sup> ; leurs enfants furent catholiques (mais la fille, Marie, épousa un protestant, Alexandre Armorin ; le fils cadet divorça et se remaria). Le fils aîné, Jean *Charles* André (1856-1920), grand-père de Jean Dauvillier, épousa en 1880 Julie Lallemand, d'une famille apparemment toute catholique<sup>59</sup>, et dont la mère, *Marguerite* Onésime Maitret (1829-1903) est qualifiée de « très pieuse »<sup>60</sup>. On relève d'autre part des ecclésiastiques dans la famille de Flore Huet (1801-1856), bisaïeule paternelle de Dauvillier, fille de Pomponne<sup>61</sup> et de Julie Agathe Savouré<sup>62</sup> : le grand-oncle maternel de Julie Agathe,

<sup>56</sup> Charles Cros « n'était pas foncièrement anticlérical » ; il « était très bien avec l'abbé Genty », mais n'aimait pas divers autres ecclésiastiques, antipathie que sa femme Julie semble avoir en partie partagée.

<sup>57</sup> Le cadet, « l'oncle Charles » de l'*Histoire d'Épinay*, 1827-1903, qui dirigeait à Valence une cordonnerie avec cinq ou six ouvriers, aurait été catholique.

<sup>58</sup> Jean-François Bouquet (1792-1859), entrepreneur de maçonnerie à Crest, fils de Joseph (maçon à Crest sous Louis XVI) et de Marie Marguerite Gaynard, catholiques, épouse Louise Vincent (1788-1866), fille de François et d'Antoinette Savoye, protestante ; deux de leurs enfants, Louise Geneviève (1823-1897) et Eugène, né vers 1827, furent catholiques (mais Eugène épousa une protestante) ; le troisième, Henri (v. 1822-1895), protestant, fut curieusement le parrain de son cousin, le futur Monseigneur Bouquet !

<sup>59</sup> Charles Lallemand (v. 1741-1838), le premier ancêtre relevé, catholique, épouse Marie-Catherine Roux (1756-1831), fille de Pierre et de Marie Geneviève Rivet. Leur fils François Julien (1792-1860) épouse en 1821 la catholique Marie Louise *Nathalie* Happey (1798-1878), fille de Nicolas Maurice et d'Anne Hautefeuille (tous deux morts avant 1821 ; leur fils Antoine Nicolas Maurice, né en 1787, est mort à la guerre d'Espagne, à Ecija, en 1811). François et Nathalie ont eu quatre filles, Désirée (épouse Costa), Elvina (épouse Chotart), Mathilde (épouse Laboriale), Nathalie, et trois fils, Ernest, Emmanuel et Jules Adolphe (1823-1898), marié en 1848 à Adèle Élisabeth Ferret (morte en 1855) et en 1858 à Marguerite Maitret.

<sup>60</sup> De Noël Maitret et Élisabeth Cousain est né Pierre (v. 1784- av. 1858), marié à Anne Simon (1793-1871, fille de Pierre et de Marie Pasquier), dont Marguerite, deuxième épouse de Jules Lallemand, d'où Julie et Paul Ernest (1867-1880), tous catholiques.

<sup>61</sup> François Pomponne Huet, fils de Marguerite, épousa une Marcille et en eut Jean Baptiste *Pomponne* Denis (mort en 1803), époux de Julie Agathe Savouré.

<sup>62</sup> Louis Savouré (v. 1686-1768), maître d'école, époux de Marie Chandé, fut père de Louis, notaire en 1746, mort en 1780, marié en 1755 à Marie Marguerite Marcille (1735-1825, fille d'Antoine et de Marguerite Denizet), dont Julie Agathe

Éloi Denizet (v. 1714-1788), a résigné en 1784 sa cure de Garancières en faveur de son neveu Jean Baptiste Marcille (1741-1815), ordonné en 1765, curé de Barmainville en 1778<sup>63</sup> ; celui-ci prêta le serment constitutionnel, celui de Liberté-Égalité et celui de haine et démissionna en 1794, mais se rétracta rapidement et, réhabilité, desservit sa paroisse de la réouverture des églises à la fin de sa vie.

Le père de Jean Dauvillier souffrit dans sa carrière de l'anticléricalisme ambiant. En 1911, après la conquête de la Haute-Guinée où il avait eu un rôle décisif, la Légion d'Honneur, pour laquelle ses chefs l'avaient proposé, lui fut refusée parce qu'il était catholique. Il ne la reçut que dans la promotion du 14 juillet 1914. Son avancement, de même, fut ralenti : il ne devint lieutenant-colonel qu'à la veille de la guerre. Jean Dauvillier, à son tour, en 1933, se vit refuser un poste de chargé de cours par le président du jury d'agrégation, le très sectaire Félix Senn, au seul motif qu'il était catholique. Mais jamais il n'eut l'idée de mettre sa foi sous le boisseau ; l'Église récompensa cette fidélité : le chapitre du Latran, avec l'approbation personnelle de Jean XXIII, lui accorda en 1961 la croix du Latran de 1<sup>ère</sup> classe ; trois mois tard, le pape le fit commandeur de Saint-Grégoire le Grand. Paul VI lui attribua en 1965 la médaille d'or de son pontificat et lui conféra en 1972 la grande plaque d'argent de Saint-Grégoire le Grand.

Dauvillier était fier d'être cousin de Mgr Bouquet, évêque de Chartres et savant<sup>64</sup>. Il fut l'ami de divers patriarches, dignitaires et érudits orientaux : Joseph Ghanima, futur patriarche chaldéen de Babylone (Joseph VII), Mgr Khouri Sarkis

<sup>63</sup> Il résigna en 1784 la cure de Barmainville en faveur de Jean Denis Fiacre Marcille (1758-1825), sans doute un cousin, démissionnaire en 1791, installé en 1794 à Oisonville, où il se fit inscrire sur le tableau des pensionnés ci-devant ecclésiastiques; ayant prêté le serment de haine, il le rétracta tôt et fut réhabilité sous œuvre; les notes de l'évêché le disent « sujet faible mais bon ecclésiastique », avec « des talents communs mais beaucoup de piété, exerçant son ministère avec édification et avec fruit ».

<sup>64</sup> Louis Henri Alfred Bouquet, né à Paris le 31 décembre 1839, mort subitement dans la nuit du 13 au 14 mars 1926 à l'évêché de Chartres. Études au séminaire de Notre-Dame des Champs et à Saint-Sulpice. Ordonné prêtre en 1864. Professeur au petit séminaire de Notre-Dame des Champs; vicaire à Saint-Germain-des-Prés et à Saint-Vincent de Paul. Aumônier volontaire en 1870. Prisonnier des Prussiens à Champigny, interné à Lagny puis à Versailles. Chevalier de la Légion d'Honneur, 15 octobre 1871. Médaille de 1870. Docteur en théologie, 1875 (thèse : *Théologie de la Trinité d'après saint Grégoire de Nazianze et les Pères de son époque*, 138 p.). Aumônier du lycée Saint-Louis, 1876. Officier d'Académie, 1879. Appelé à la Sorbonne en 1881 pour professer le dogme (supplée Mgr Maret, professeur), puis l'histoire et la discipline ecclésiastique en 1882; officier de l'Instruction Publique, 1885; après la suppression de la faculté officielle de théologie, nommé aumônier du Lycée Saint-Louis (1887). En 1896, accepte sans rétribution pendant six ans la charge d'administrateur de l'église de la Sorbonne. Évêque de Mende, 5 avril 1901, sacré le 21 juin. Évêque de Chartres, 21 février 1906. Honoré du sacré pallium, 19 novembre 1917. Œuvres (outre sa thèse) : *Discours sur l'histoire de l'Église* (ouverture du cours d'histoire ecclésiastique, 15 décembre 1882, Paris, 1883, 20 p., dans *Annales de la philosophie chrétienne; L'ancien Collège d'Harcourt et le lycée Saint-Louis*, Paris, 1891 (couronné par l'Académie Française). Cousin de Jean Dauvillier au septième degré : fils d'Agathe Marguerite Paul (1810-1893, membre de l'association du Rosaire de la paroisse Saint-Sulpice) et de Jean-Louis Bouquet (1814-1881, inspecteur des perceptions municipales de la ville de Paris; membre du tiers ordre séculier de saint Dominique), lui-même fils cadet de Jean-Joseph Bouquet et de Marguerite Marie Gaymard. On conserve des restes de correspondance entre l'évêque de Chartres et le colonel Dauvillier ou Jean Dauvillier lui-même.

avec qui il fonda la revue *L'Orient syrien* qui dut se saborder faute de moyens matériels et humains, Mgr Michel Féghali et son neveu Mgr Joseph. Il fut l'ami du cardinal Tisserant, qui le choisit pour continuer une œuvre scientifique que ses charges dans l'Église l'empêchaient de poursuivre. Il fut aussi l'ami de nombreux ecclésiastiques, notamment à l'Institut catholique de Toulouse, le Père Cavallera, Mgr Xavier Ducros (qu'il consultait beaucoup pour les *Temps apostoliques* et pour *Le Nouveau Testament et les Droits de l'Antiquité*). Il fut encore l'ami de plusieurs papes, avant ou après leur élévation au Pontificat : il connut Mgr Roncalli dès sa nonciature parisienne, et fut fier de recevoir une de ses premières bénédictions apostoliques, avant même son couronnement ; il attribua plus tard sa guérison miraculeuse à l'intercession de Jean XXIII. Il fut consulté, officieusement mais abondamment, pour la réforme du droit canonique, surtout sur le mariage.

Il resta toujours fidèle à sa religion et à la Tradition. Historien chrétien au meilleur sens du terme, il fut parfois mal vu par des clercs plus soucieux d'innovation que de tradition. Les *Temps apostoliques*, en 1970, suscitèrent un assaut aussi violent qu'inepte dans des revues pourtant dites catholiques, de la part d'exégètes qui n'acceptent le Nouveau Testament que dans la mesure où ils l'ont refait. Certains eurent le ridicule d'affirmer que Dauvillier n'avait pas le sens historique, ou ne connaissait que l'Église d'Occident, prouvant ainsi qu'ils ignoraient son œuvre et avaient bien mal lu les *Temps apostoliques* ! Ils allèrent jusqu'à tenter de faire condamner l'ouvrage par Rome, et Dauvillier dut en composer la défense<sup>65</sup>. Le Saint-Siège lui rendit évidemment justice (la plaque de Saint-Grégoire le Grand le manifesta), mais il sortit éprouvé de cette affaire, survenue peu de temps après sa maladie. Il n'en poursuivit pas moins ses recherches<sup>66</sup> sur le Nouveau Testament et les Droits de l'Antiquité.

Jean Dauvillier fut aussi un ardent patriote. C'est encore une tradition familiale, même si ses ancêtres étaient de tendances politiques variées. Selon l'*Histoire d'Épinay*, « du côté des Maitret et des Simon, on était royaliste ». Jules Lallemand (qui n'était pas abonné à un journal, et ne lisait pas le *Moniteur* au café, alors que son gendre Charles Cros était abonné au *Petit Journal*) a dû être bonapartiste, il était en relation avec un cousin garde-chasse du prince de Wagram (« c'est de lui qu'on a hérité les fusils incrustés de nacre et sculptés »<sup>67</sup>), mais après « le coup de foudre de 1870, on découvre tout à coup que l'empire n'a pas assuré la sécurité de la France, on en veut à l'hérédité. On espérait beaucoup en la république, en laquelle on voyait un gouvernement patriote avant tout, honnête, conservateur – une république qui n'était pas la république. On aimait Gambetta, en qui l'on voyait l'homme dévoué à la France qui nous avait sauvés en 70. On était partisan de la paix en 71, donc pour les conservateurs. La Commune avait suscité une réprobation unanime, personne n'en était partisan ». « La famille de Charles Cros était bonapartiste, mais après 1870, dans les milieux ouvriers de Paris, il devint républicain, partisan de la république opportuniste ; il n'a jamais été socialiste, mais avait eu l'esprit faussé par les belles théories qu'il avait entendu développer ; il n'avait jamais cependant été

<sup>65</sup> J'ai inséré cette défense, en guise d'introduction, dans *Le Nouveau Testament et les Droits de l'Antiquité* (Dauvillier y précise très clairement sa méthode de travail).

<sup>66</sup> \*\*« Aux origines de l'épiscopat et du sacerdoce », précité.

<sup>67</sup> Ces fusils qui semblent avoir impressionné le jeune Dauvillier ont dû passer à une autre branche de la famille. Ils n'étaient pas dans ses collections.

l'ennemi des patrons ; lorsqu'il a été entrepreneur, il est devenu plus modéré ; il n'était pas radical ; il était ennemi du général Boulanger, dont il se défiait ; il était ennemi de Dreyfus. Il y eut de grandes fêtes à l'inauguration du monument de la république. Tout le monde alla le voir, déposer des couronnes. Charles alla le voir avec Julie. Il vit des camarades, qui ne pensaient qu'à siroter. Charles votait pour les honnêtes gens, les conservateurs ».

Le patriotisme de Dauvillier venait aussi du souvenir de son père, mort pour la France après avoir participé aux opérations coloniales en Indochine et en Afrique, surtout en Guinée, où il s'était illustré dans la capture de Samory<sup>68</sup>.

Après son sursis pour fin d'études, Jean Dauvillier fut réformé en 1934, mais reclassé service actif en 1939, et rappelé sous les drapeaux dans l'artillerie, d'avril à juillet 1940. Il entra ensuite dans la Résistance, pour le Deuxième Bureau. Peu de gens savent qu'il partit un jour de chez lui par la fenêtre quand les Allemands allaient arriver à sa porte. Fort peu aussi savent qu'il fit partie de l'État-major FFI de Toulouse en août-septembre 1944. Comme il n'avait pas les opinions dominantes des FFI, et dans l'odieuse ambiance du temps à Toulouse (aujourd'hui bien connue), certains tentèrent cependant de se débarrasser de lui, sous prétexte qu'il avait prononcé une conférence historique devant des membres de la milice ; fort heureusement, la vérité, pour une fois, triompha. Même si un journal étudiant, peu après, ricanait sottement en apprenant que Dauvillier était résistant (« jusqu'ici on ne l'avait vu résister qu'aux jeunes filles ! »), son action fut officiellement récompensée par la médaille commémorative de la guerre 1939-1945 avec les barrettes France, Libération et Engagé volontaire.

Nous sommes bien sûr plus nombreux à nous souvenir de Dauvillier comme maître. Élève des plus grands de son temps<sup>69</sup>, il leur était reconnaissant et s'efforçait de prolonger leur tâche : « j'ai essayé », disait-il, « d'ouvrir des pistes qui n'avaient pas encore été tracées et de découvrir quelques perspectives nouvelles. J'aurais été indigne de ces Maîtres que j'ai rencontrés, si je m'étais borné à redire ce qu'ils m'avaient enseigné ou ce qu'ils m'avaient fait connaître — tel un airain qui sonne ou une cymbale retentissante et creuse,  C'est ainsi que tout en traçant quelques sentiers nouveaux et en entrouvrant quelques domaines qui n'avaient pas encore été défrichés, je me suis efforcé de faire la synthèse de leurs travaux. Dans ce que j'ai apporté de nouveau », continuait-il avec son habituelle modestie, « ai-je eu beaucoup de mérite ? Je n'ai fait que suivre leur exemple et m'inspirer de la leçon qu'ils m'avaient donnée. Peut-on s'enorgueillir de découvrir un horizon plus vaste, quand on est monté sur les épaules de géants ? »<sup>71</sup>. Il disait aussi n'avoir jamais envisagé d'autre carrière que l'enseignement. Ses élèves se souviennent non seulement de son érudition, mais

<sup>68</sup> Le colonel Dauvillier était aussi un excellent photographe : il a laissé une importante collection de plaques photographiques remarquables, d'un grand intérêt géographique et ethnographique, qui a été confiée au service historique de l'armée.

<sup>69</sup> Pour le droit, Fournier, Génestal, Le Bras alors débutant, Collinet, Meynial, Olivier-Martin, Petot, Perrot; en philosophie, Étienne Gilson; Charles Diehl pour Byzance; Mgr Grébaud, Mariès, Brière, Drioton, pour les langues orientales.

<sup>70</sup> Saint Paul, 1<sup>ère</sup> Co., 13,1.

<sup>71</sup> Remerciement lors de la remise des insignes de la Légion d'Honneur.

aussi de l'extrême clarté de ses cours. Ses photocopiés, pour cette raison, soulèvent aujourd'hui encore l'enthousiasme des jeunes chercheurs qui veulent s'initier au droit romain, même s'il ne s'agit que de donner quelques références historiques dans une thèse de droit civil, mais aussi quand ils s'inspirent des méthodes du droit romain pour résoudre un problème de droit positif.

Il fut mon directeur de mémoire, puis de thèse. Comme tous ceux qui ont été dans cette situation, je puis attester l'extrême minutie qu'il mettait à cette direction : toujours disponible pour recevoir les rédactions successives, il les annotait page par page, voire mot à mot, rectifiant, complétant, donnant des conseils de présentation et des indications de fond. Jamais il ne croyait avoir consacré trop de temps à cette tâche qui devait former ses futurs successeurs. De même, pour la préparation à l'agrégation, plusieurs d'entre nous se souviennent de ses judicieux conseils et se sont efforcés de les transmettre. Il a préfacé – trop élogieusement – ma thèse. Plus tard, dans son testament, il m'a légué ses insignes universitaires en déclarant me considérer comme sa fille spirituelle, ce dont je reste très fière. Enfin il m'a associée à ses derniers travaux. C'était un maître bienveillant, attentif et scrupuleux, sur qui ses élèves savaient toujours pouvoir compter ; les étudiants étrangers qui venaient travailler ici trouvaient auprès de lui la même aimable assistance : Laurens Winkel ou Fernando de Arvizu, parmi ceux qui sont présents aujourd'hui, pourraient en témoigner, et bien souvent ces rapports de maître à élève se prolongeaient, avec le passage du temps, en amitiés solides.

Car Dauvillier était aussi un ami, et ses amitiés étaient nombreuses et parfois inattendues : René Cassin, par exemple, qui avait été d'abord son examinateur. Il était toujours dévoué, prêt à rendre service et à mettre son immense savoir à la disposition d'autrui, pour assister ou reconforter dans des temps difficiles. Sa connaissance du droit canonique a aidé bien des gens dans de pénibles procès en nullité de mariage. Et à la mort d'un bébé qu'on n'avait pas eu le temps de baptiser, il adressa aussitôt à la famille inquiète une longue mise au point sur les limbes. En amitié comme pour tout, il était fidèle en même temps que discret.

Le recevant en 1973 docteur *honoris causa* de Louvain, son ami Mgr Andrieu-Guitrancourt disait : « Vous vous imposez partout par votre savoir, par cette charmante simplicité des hommes bien nés, par cette obligeance jamais en défaut, par cette prudence et cette sûreté dans le renseignement sollicité, qui vous caractérisent au plus haut degré, et par cette sensibilité, cette délicatesse de cœur, qui double la valeur du savant et le fait aimer autant qu'on le respecte. » Et il ajoutait, citant Fontenelle : « Les savants de premier ordre auraient peine à le devenir, s'ils n'étaient passionnés par leur science et possédés par un goût supérieur : Fontenelle avait raison. Il vous a expliqué et il a fait votre portrait. »

À sa mort, Jean Gaudemet salua « un homme de cœur, généreux et discret », qui « fuyait les honneurs et les charges universitaires, mais guidait vers la recherche historique les meilleurs de ses étudiants et se montra un ami d'une rare fidélité », « un homme de sciences et de devoir »<sup>72</sup>. Germain Sicard évoquait « les rares qualités humaines d'un maître toujours prêt à accueillir avec une patiente courtoisie, donnant l'exemple d'un jugement bienveillant et d'un travail exigeant, dominant avec sérénité les épreuves et le péril ultime, et assurant à ses familiers le soutien

---

<sup>72</sup> *RHD*, 1983, p. 330.

d'une amitié délicate et sûre »<sup>73</sup>. Et Paul Ourliac soulignait son « courage devant la mort, préparée et acceptée dans la soumission aux volontés de Dieu et la foi profonde qui avaient commandé toute sa vie » ; il rappelait « la grandeur d'une vie consacrée à la science, les qualités d'un homme simple, bon, fidèle à ses amis comme à ses convictions », et « témoin d'un temps révolu : celui où l'université s'ouvrait encore à des personnalités hors du commun et trouvait sa gloire dans celle de ses maîtres. *Gloria virtuti resonat tanquam imago* »<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 31, 1983, p. III.

<sup>74</sup> *MAIT*, 145, 1983, p. 38-39.

ROGER AUBENAS (1903-1989),  
UN PROVENÇAL AU SERVICE DE L'HISTOIRE DU DROIT MÉRIDIONAL.  
*Jalons pour une recherche en histoire du droit des anciens pays de droit écrit.*

OLIVIER VERNIER

Discipline relativement récente puisque créée en 1896, l'histoire du droit s'est construite avec ses avancées et ses vicissitudes<sup>1</sup>, « naturellement », à la Faculté de droit de Paris avec les premiers maîtres de Paul Viollet (1840-1914) à Pierre Petot (1887-1966) en passant par Emile Chénon (1857-1927) sur lesquels des recherches historiographiques<sup>2</sup> mériteraient d'être menées à l'instar de leurs pairs de la faculté des Lettres<sup>3</sup>.

La généalogie de la discipline dans les facultés de province est également révélatrice de l'émergence et de la reconnaissance vis à vis de l'autorité et de la domination du droit romain. Dans ce domaine, l'exemple aixois est révélateur : les premières thèses consacrées à l'histoire du droit<sup>4</sup> datent des années 1900 et le premier directeur qui lança des recherches sur la matière est le doyen Georges Bry, quelque peu atypique puisque venu du droit romain, il contribua, sous l'influence du christianisme social, à bâtir une nouvelle discipline : la législation industrielle c'est-à-dire les linéaments du droit du travail<sup>5</sup>.

---

*Professeur à l'Université de Nice.*

Cette contribution à l'histoire de la discipline aurait dû être naturellement rédigée par Maryse Carlin. Ces lignes qui ont bénéficié de l'aide amicale de « l'autre disciple » Paul-Louis MALAUSSENA sont affectueusement dédiées à la mémoire de Maryse Carlin. Sur son souvenir: Michel BOTTIN, Marc ORTOLANI et Olivier VERNIER, « Hommage à Maryse Carlin (1938-2004) », *R.H.D.*, 2005, p. 333-334.

<sup>1</sup> Nous songeons à l'article de J. POUMAREDE qui le premier a attiré l'attention sur l'historiographie de la discipline : « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 6, 1980, p. 91-102.

<sup>2</sup> À la différence des publicistes tel E Lafférière étudié par Pascale GONOD : *Edouard Lafférière, un juriste au service de la République*, Paris, L.G.D.J., 1997, 450 p.

<sup>3</sup> Cf. Christophe CHARLES, *Les professeurs de la Faculté des lettres de Paris. Dictionnaire biographique des universitaires aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, Institut national de recherche pédagogique -CNRS, 1986, 215 p. En attendant le *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)* sous la direction de P. Arabeyre J-L. Halpérin, J. Krynen . Il faut signaler les recherches récentes de Frédéric AUDREN : « Des professionnels sans histoire : le cas des enseignants de la Faculté de droit (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup>) », séminaire à l'École normale supérieure en février 2006.

<sup>4</sup> Il faudrait dépouiller aux Archives Nationales la série F<sup>17</sup> 3244, catalogue des thèses de doctorat (lettres, sciences et droit et arts), 1863-1905. La Bibliothèque de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III conserve la plus riche collection des thèses de droit en France.

<sup>5</sup> Sur cette question, voir Farid LEKEAL : « Les origines de l'enseignement de la législation industrielle : enjeux autour de la création d'un champ disciplinaire », Actes du colloque «

Aussi lorsqu'en 1921, un jeune cannois s'inscrit en première année de licence, imaginait-il qu'il allait contribuer à « rendre notre discipline attrayante en suscitant des vocations » selon les propos du professeur Pierre Jaubert<sup>6</sup> et « régénérer » suivant l'expression du doyen André Gouron<sup>7</sup> l'histoire du droit privé méridional ? Et que 68 années plus tard, lors de sa disparition dans l'intimité et la grande discrétion<sup>8</sup>, ses amis et ses pairs prendraient leur plume pour se souvenir et témoigner : « Avec lui, nous avons perdu non seulement un grand savant mais un homme d'une finesse et d'une culture remarquable, enfin un compagnon de tout premier ordre »<sup>9</sup> (Jacques-Numa Lambert), « Nous garderons de l'époque du concours le souvenir de sa gentillesse si serviable et si drôle »<sup>10</sup> (Marguerite Boulet-Sautel et Gérard Sautel). Quant à Paul Ourliac, il voulait se souvenir de « sa bonne humeur qui était l'un de ses charmes, l'autre étant son amour des archives ! »<sup>11</sup>, tout en confiant : « il avait toujours en lui cette sorte de fatalisme et peut-être de désabusement », ce que confirment ses collègues publicistes niçois : René-Jean Dupuy : « Un sourire mélancolique sur un visage d'une finesse aristocratique, un regard d'une ironie douce amère où transparissait une lucidité décapante qui n'empêchait pas la bienveillance »<sup>12</sup>. Quant au professeur Paul Isoart qui fut son élève, il écrit à propos de son enseignement : « Alors de ce corps frêle... montait une voix puissante, assurée, mordante et chaleureuse »<sup>13</sup>.

C'est l'itinéraire scientifique que cette esquisse conditionnée par les sources disponibles<sup>14</sup> « entre ombres et lumières de Provence » souhaite aborder et en filigrane les étapes au XX<sup>e</sup> siècle de l'histoire du droit des anciens pays de droit écrit.

\*  
\* \* \*

---

*Construction d'une histoire du droit du travail* » des 20-21 septembre 2000, Université de la Méditerranée, *Cahiers de l'Institut Régional du Travail Université d'Aix-Marseille II*, n° 9, mars 2001. Jean-Sébastien FIORUCCI y a consacré les pages 33-37 de sa thèse : *L'émergence du droit pénal du travail en France et dans les colonies, de la Monarchie de juillet à la Troisième République (1841-1939) : entre sanction, protection et régulation*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2005.

<sup>6</sup> Archives privées, lettre du 20/09/1989 à Maryse Carlin.

<sup>7</sup> Archives privées, lettre du 20/09/1989 à Maryse Carlin.

<sup>8</sup> Il s'éteint quatre années après son épouse dont la disparition l'avait beaucoup affecté et il avait émis le souhait de ne recevoir aucun hommage public.

<sup>9</sup> Archives privées, lettre du 20/09/1989 à Maryse Carlin.

<sup>10</sup> *Ibid.*, lettre du 21/09/1989 à Maryse Carlin.

<sup>11</sup> *Ibid.*, lettre du 12/09/1989 à Maryse Carlin.

<sup>12</sup> *Nice Historique*, 1989, p. 3.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 34.

<sup>14</sup> À la différence de l'Université d'Aix-Marseille III, l'Université de Nice n'a pas conservé les dossiers de ses premiers enseignants; quant aux Archives Nationales les dossiers administratifs de carrière ne sont pas encore communicables au dépôt des Archives contemporaines de Fontainebleau. Pour pallier ces carences; l'aide des services d'archives départementales des Alpes-Maritimes et des archives générales de la commune de Cannes ont été précieuses. La liste complète jusqu'à 1973 des travaux de Roger Aubenas a été publiée dans le volume de ses *Mélanges* offerts en 1974 dans le fascicule IX des *Recueils de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit* et coédité par les universités de Montpellier I, Aix et Nice.

*Des racines provençales et des recherches cannoises.*

La Provence est la terre d'origine de Roger Aubenas qui naît dans ses marges orientales à Cannes le 6 décembre 1903 d'une ancienne famille originaire du Comtat Venaissin (Valréas). Son grand-oncle, le procureur général Joseph-Adolphe Aubenas (1813-1894) eut une destinée d'exception<sup>15</sup> qui fit certainement rêver l'enfant à la santé fragile qui lui, dépassa rarement les limites de sa Provence natale. Originaire de Valréas<sup>16</sup>, après des études de droit à Paris, l'avocat Joseph Aubenas fonde au Mans une publication : *L'Ami des Lois*. Sous Louis-Philippe, il devient chef de cabinet du ministre de la Justice puis sous la Seconde République, secrétaire particulier du garde des sceaux. Sous le Second Empire, il intègre la magistrature pour devenir en 1857, conseiller à la cour impériale de la Martinique et membre du Comité consultatif des colonies. Il termine sa carrière comme procureur général à Pondichéry en 1861 et il fonde les écoles coloniales de droit. Retiré à Fréjus dans le Var, il entreprend une carrière édilitaire : élu conseiller municipal en 1884, il devient maire jusqu'en 1888 sur la liste républicaine et radicale dans une ville « au passé conservateur ». Sa mandature est marquée par son rôle en matière archéologique pour mettre en valeur le passé de Forum Julii. Par sa ténacité, il obtient que la servitude de la voie royale traversant les arènes romaines de sa commune<sup>17</sup> soit abolie, les fait clôturer pour les protéger et fonde le musée archéologique des antiquités dont il est nommé conservateur après son mandat.

Il serait peut-être présomptueux de considérer que ce goût de l'histoire et du droit ait été « transmis » à Roger Aubenas par le procureur général, toujours est-il que Joseph Aubenas eut une œuvre historique appréciée de ses contemporains : depuis *l'Histoire du Parlement de Paris* (1847) jusqu'à *l'Histoire de Fréjus* (1881) qui demeure encore de nos jours l'ouvrage de référence et pour laquelle, il consacre 17 années de sa vie. Au contact de la bibliothèque familiale, Roger Aubenas peut se familiariser avec la recherche et médite peut-être sur le manuscrit inachevé de son parent une « *Histoire des préliminaires de la Révolution* »<sup>18</sup> ?

Cet attachement à la cité de Fréjus, Roger Aubenas le portera longtemps : en 1959, lors de la catastrophe du barrage de Malpasset, il organisera une collecte des fonds dans les milieux universitaires aixois, rappelant à André Léotard maire de la cité ravagée et meurtrie : « Fréjus évoque en moi bien des souvenirs... Mon grand oncle a été longtemps maire de cette petite ville et a publié, il y a plus de cent ans une monumentale et classique *Histoire de Fréjus*... et une rue de la ville porte son nom, le mien »<sup>19</sup>. Mais c'est à la petite cité à la fois de pêcheurs et de villégiature de l'Europe aristocratique en « cette Belle Epoque » où il est né que Roger Aubenas restera fidèle sa vie durant. En 1948, pour le Congrès national des notaires qui se tient à Cannes, il offre aux participants une synthèse sur l'histoire cannoise,

<sup>15</sup> Il nous faut dire ici notre gratitude pour leur aide efficace aux Archives municipales de Fréjus, à la Société d'Histoire de Fréjus et de sa région et à son président Monsieur Bernard Pradeau.

<sup>16</sup> Cf. Marcel FOUCOU, « Notes biographiques sur Joseph Aubenas », Archives Municipales, Fréjus, D55, p. 406-409.

<sup>17</sup> AM Fréjus, Délibérations, 1930, f. 314, Par délibération du 18 octobre 1930, le conseil municipal fréjussien donnera le nom de ce « magistrat distingué et maire de Fréjus » au chemin V.O. N°1 aux abords de l'amphithéâtre romain,

<sup>18</sup> A. ORTOLAN, « Joseph Aubenas 1813-1894 », 11 janvier 1894 cité par M. Foucou.

<sup>19</sup> Archives privées, lettre du 9/12/1959.

associant érudition et amour de la « petite patrie » et insiste sur le caractère authentique mais déjà caché – en raison de la prééminence de l'économie touristique » : « Il faut percevoir la vraie nature de notre ville ». Le cannois de souche tient à privilégier son histoire qui ne disposait alors que de monographies communales anciennes<sup>20</sup> ou de guides de voyages insistant sur la géographie climatique. Dès sa jeunesse, il contribue au développement des institutions culturelles et participe dès 1928 – à l'âge de 25 ans – à la réorganisation<sup>21</sup> de la plus ancienne société savante de l'arrondissement : la Société scientifique et littéraire de Cannes. Plus tard, en cette seconde moitié du siècle, il encourage à l'instar de ses collègues dans l'ensemble de la France les études locales et régionales (Georges Chevrier à Dijon, Noël Didier à Grenoble, René Filhol à Poitiers, Jean Imbert à Nancy, Pierre Tisset à Montpellier ou encore Jean Yver à Caen...). Aussi, R. Aubenas qui toute sa vie se préoccupe d'éditions<sup>22</sup> et de diffusion des recherches, est attentif à la fondation des *Documents, Textes et Mémoires pour servir à l'histoire de Cannes et de sa région*. Il en ouvre la série en 1943 « au milieu des circonstances les plus tragiques de l'histoire de France »<sup>23</sup> avec « *Chartes de franchises et actes d'habitations, Mougins, Cannes, la Napoule, Auribeau, Mouans-Sartoux, Vallauris, Valbonne, Pégomas, Mandelieu* » dont l'introduction sur l'histoire juridique et l'histoire économique et sociale atteste de l'ampleur des transcriptions et des desseins qui traversent en permanence son œuvre : « La froide enveloppe juridique et les sèches formules techniques recouvrent en effet une réalité économique et sociale d'un grand intérêt et parfois d'une originalité certaine »<sup>24</sup>. Il insiste sur l'imprécision juridique des actes d'habitation lériniens tout en mettant en valeur la colonisation dans sa dimension urbanistique. Comme à Valbonne ou à Vallauris<sup>25</sup> Les archives cannoises dont il est familier lui permettent aussi de proposer une étude qui montre son intérêt pour l'histoire, alors dans les limbes, du droit du travail : « L'apprentissage à Cannes au XVI<sup>e</sup> siècle »<sup>26</sup>. Dans les années 1950, il incite à la constitution de « l'Equipe des historiens cannois » animée par des archivistes qui publient des recherches demeurées de référence.

Le riche passé de l'abbaye de Lérins rythme son œuvre cannoise depuis sa jeunesse (1926) avec l'étude commentée d'un manuscrit d'un père abbé au XVII<sup>e</sup>

<sup>20</sup> Ainsi, Abbé ALLIEZ, *Les Iles de Lérins, Cannes et les rivages environnants*, Paris, Didier, 1860 ou Mgr GUIGOU, *Histoire de Cannes et de son canton*, Cannes, Vidal, 1878.

<sup>21</sup> Avec l'archiviste Hubert Dhumez, ces aspects locaux ont été évoqués : O. VERNIER, « Roger Aubenas (1903-1989) », *Dictionnaire des Cannois célèbres*, Archives municipales de Cannes, 2006, sous presse.

<sup>22</sup> Délégué à l'édition pour les Facultés de droit d'Aix puis de Nice, il participa avec E. Soulain à la création de *la Pensée universitaire* à Aix éditrice de nombreuses thèses et mémoires de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>23</sup> G.A. BLANCHARDON, avant-propos, p. V.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. XIII.

<sup>25</sup> Question abordée lors du Congrès National des Sociétés Savantes (Nice, 1965) : « Un aspect des relations entre seigneurs et paysans à la fin du moyen âge, l'exécution de l'acte d'habitation de Vallauris (1501), *Bulletin philologique et historique*, Paris, 1968, p. 227-235.

<sup>26</sup> *Annales Soc. Sc. Litt. Cannes*, 1969, p. 148-154.

siècle<sup>27</sup> jusqu'à une de ses ultimes recherches en 1979 : « Une juridiction abbatiale au Moyen-Âge : celle de Lérins à Cannes au XV<sup>e</sup> siècle »<sup>28</sup>. Au titre des droits seigneuriaux « mythiques » auxquels Roger Aubenas se consacre, *Le droit de pêche de l'abbaye de Lérins* publié en 1953 lui permet de montrer à partir du XV<sup>e</sup> siècle comment l'abbaye s'arroge une *jurisdictio omnimoda* et des droits objets de contestations permanentes avec les sujets mais aussi avec la Monarchie<sup>29</sup>. En 1965, aux côtés de médiévistes aixois, il participe au premier ouvrage collectif universitaire sur l'abbaye<sup>30</sup>. Attaché à la culture et la langue provençale, il entretient des relations suivies avec l'Académie provençale fondée par Victor Tuby qui perpétue les traditions mistraliennes et le mouvement félibrige, confiant en 1967 ses souvenirs sur « Un majoral : Maurice Raimbault »<sup>31</sup>. Mais il saura également « franchir » le Var qui demeurait pourtant une frontière mentale et se consacrer à l'histoire juridique d'un Comté de Nice dont il retracera les particularismes<sup>32</sup>, la question a été abordée naguère<sup>33</sup> lors du premier hommage qui lui fut rendu par *Nice Historique*.

Comme nombre de ses pairs d'alors diplômés des facultés de Lettres et parfois de l'École des chartes, R. Aubenas entreprend parallèlement une formation littéraire avec une licence ès lettres et un diplôme d'Études Supérieures d'histoire à la Faculté des lettres de l'Université d'Aix-en-Provence<sup>34</sup>.

#### *Une thèse pionnière*

Comme il le rappelle en 1962 avec émotion au doyen de la faculté aixoise, « ancien étudiant d'Aix (1<sup>ère</sup> année en 1921-22), tout me rattache à notre Faculté... »<sup>35</sup>. Ses études sont marquées par la rencontre avec un autre provençal qui allait devenir son maître : Auguste Dumas (Aix, 1881-Aix, 1968)<sup>36</sup>. Cet archiviste-paléographe, reçu premier du concours d'agrégation d'histoire du droit en 1910, est depuis cette année-là chargé du cours d'histoire du droit et titulaire à compter de

<sup>27</sup> Bibliothèque de Cessole, Nice : « Etude historique et critique de la *Cronologica lerinensis* de Don Vincent Barralis (1613) », 201 ff., Manuscrit déposé par Paul-Louis Malausséna au nom du Centre d'Histoire du droit.

<sup>28</sup> *Mélanges offerts à Jean Dauwillier*, Toulouse, Centre d'Histoire Juridique Méridionale, p. 15-21.

<sup>29</sup> R. AUBENAS, *Le droit de pêche de l'abbaye de Lérins*, Cannes, 1953, p. 17.

<sup>30</sup> J.R. PALANQUE et autres, *L'abbaye de Lérins*, Nice, 1965, p. 56-63.

<sup>31</sup> *Cent ans de félibrige à Cannes*, Cannes, Escola de Lérin, 1967.

<sup>32</sup> Tel « Le Sénat de Nice », *Cahiers de la Méditerranée* « Les institutions de la Maison de Savoie dans le Comté de Nice sous l'Ancien Régime », n°18, Juin 1979, p 3-11.

<sup>33</sup> Michel BOTTIN et Olivier VERNIER, « Roger Aubenas et l'histoire du Comté de Nice », *Nice Historique*, 1990, p. 5-9. Figure en annexe la liste des travaux universitaires consacrés aux Alpes-Maritimes et à la Principauté de Monaco (1949-1972).

<sup>34</sup> Il siège par la suite dans les jurys aixois de thèses de lettres où les titulaires successifs de chaire d'histoire médiévale, d'histoire moderne et d'histoire contemporaine, les professeurs J-R.Palanque, E.Léonard puis P.Guiral et G.Duby l'invitèrent.

<sup>35</sup> Archives privées, lettre du 2/10/1962 au doyen Boulouis.

<sup>36</sup> Nous devons l'ensemble des renseignements sur A.Dumas à l'obligeance du professeur Jean-Louis Mestre qui a bien voulu dépouiller les archives de la Faculté de droit d'Aix. Sur A. Dumas, voir *Études d'Histoire du Droit dédiées à M. Auguste Dumas. Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1950 et notamment l'hommage rédigé par R.Aubenas p. 8-11 et J.Macqueron, « Nécrologie Auguste Dumas (1881-1968) », *R.H.D.*, 1969, p. 173-175.

1918 de la chaire aixoise d'histoire générale du droit français. Bien peu de méridionaux avaient jusqu'alors su « séduire » le jury parisien.

Ce qu'écrivait Roger Aubenas à propos de la thèse de son maître sur *La condition des gens mariés dans la famille périgourdine aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles*<sup>37</sup> pouvait s'appliquer à sa propre recherche, il devait en être parfaitement conscient : « Le mérite de cet ouvrage était très grand, comme son intérêt était alors très neuf. Trop longtemps, les historiens du droit privé médiéval – il faut bien l'avouer et le déplorer – s'étaient contentés d'étudier des textes officiels, d'accès facile, coutumiers ou statuts, sans se préoccuper le moins du monde de leur application pratique : aussi les travaux d'érudits n'aboutissaient-ils trop souvent qu'à des schémas théoriques, desséchés et irréels, donnant de la vie juridique de telle ou telle province un tableau parfaitement terne et plat quand il n'était pas mensonger. Il était bien rare de voir l'historien du droit oser aborder de front ces montagnes d'archives d'une ampleur décourageante et d'un maniement malaisé et dont, au surplus, l'accès était parfois médiocrement facilité aux chercheurs par de jaloux cerbères. Et pourtant, c'était cet océan qu'il fallait explorer et dont il fallait extraire les véritables bases d'une résurrection de la vie de jadis ».

L'hommage à son maître dépassait le discours académique et Roger Aubenas écrivant ces lignes se revoyait certainement à l'âge de vingt ans poussant avec un succès inégal les portes des études de notaires aixois, grassois ou dracénois ou de dépôts d'archives souvent peu propices à la recherche tel celui du palais de justice d'Aix : tous n'avaient les instruments de classement de qualité rédigés par le conservateur et collectionneur Maurice Raimbault (devenu son mentor et ami) qu'offraient les collections de l'Académie d'Aix enrichie des fonds Arbaud. La Provence devait être l'objet de l'étude de Roger Aubenas. Ce qu'avait fait Auguste Dumas pour les contrats de mariage du Sud-ouest, il allait l'entreprendre pour les testaments en Provence.

Le résultat est la thèse pionnière qu'il soutient en 1927 devant la faculté aixoise sur *Le testament en Provence dans l'ancien droit*<sup>38</sup>. Son analyse du testament « sans conteste le miroir et le reflet de chaque époque »<sup>39</sup> se veut déjà – et la suite de son oeuvre le démontrera amplement – une alliance entre histoire du droit privé et histoire économique et sociale à une époque où la discipline ne saurait être encore dénommée « histoire du droit, des institutions et des faits économiques et sociaux ». Au plan des sources, des testaments avaient été certes publiés<sup>40</sup>, testaments ecclésiastiques, comtaux ou de grandes familles mais jamais « ceux du vulgaire, des humbles, des gens du peuple afin de parcourir entièrement le cycle des classes sociales »<sup>41</sup> n'avaient été dépouillés. Il le fait du XII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles en campant une société provençale à travers ces actes à cause de mort. Les classes sociales, la famille, les épidémies ou le mobilier sont analysées dans des pages qui se veulent malgré la masse considérable des dépouillements une esquisse « sur l'état juridique

<sup>37</sup> Dirigé par Emile Chénon, l'ouvrage soutenu à la Faculté de Paris le 19 juin 1908 porte comme sous-titre *Etude sur le droit romain en pays de droit écrit*. Le choix du sujet avait été dicté par la fonction d'archiviste du département de la Dordogne qu'occupait A. Dumas.

<sup>38</sup> Publié à Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927, 205 p +114 p. de pièces justificatives.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 2.

<sup>40</sup> Ainsi Charles GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Âge*, Paris, Videcoq père et fils, 1846 t. II, p. 4-88.

<sup>41</sup> *Le testament en Provence...*, p. 5.

et social de la Provence sous l'Ancien Régime »<sup>42</sup>. Pour la première fois, la rédaction de testaments causés par des « événements extérieurs » (la peste) était ainsi mise en valeur dans toutes les classes de la population.

L'ouvrage couronné par la faculté de droit lui ouvre désormais les portes de la carrière universitaire.

*Une carrière méridionale.*

À l'âge de 32 ans, le 28 février 1934<sup>43</sup>, Roger Aubenas revêt la robe de chargé de cours de droit romain et d'histoire du droit à Aix, il est reconduit jusqu'en 1939 à ce poste. Le 9 novembre 1942, il est nommé dans les mêmes fonctions à la Faculté de droit de Montpellier succédant à Robert Villers nommé à Caen<sup>44</sup>. Entre temps, il présente le concours d'agrégation<sup>45</sup>. Après une guerre brillante<sup>46</sup>, il présente le concours de 1943 présidé par François Olivier-Martin et est classé premier. Le 10 novembre 1943, il est installé agrégé à la Faculté de droit de Montpellier. En janvier 1944, il est chargé à titre provisoire d'un enseignement en histoire du droit privé en doctorat; l'année suivante, il est chargé de cours complémentaire en droit romain. En l'absence d'une chaire vacante d'histoire du droit et à l'instar d'autres historiens comme Robert Villers, il candidate à une chaire d'économie politique. Sur rapport de Lucien Guenoun, il est élu par arrêté du ministre de l'Éducation nationale « en remplacement de M. Courtin nommé à Paris » ce qui lui permet de diriger des thèses sur la vie économique et sociale du Languedoc<sup>47</sup>.

Malgré la fondation d'un foyer méridional à Montpellier, les racines provençales l'appellent lorsque son maître est amené en raison d'une réforme temporaire de mise à la retraite des professeurs à l'âge de 67 ans à devoir quitter sa chaire. Il formule alors une demande de transfert qui est acceptée le 30 septembre 1948. Roger Aubenas occupe désormais la chaire d'histoire du droit dans la ville de ses études. Si toute sa jeunesse l'attache à la capitale intellectuelle de la Provence, – ne prononce-t-il pas la leçon d'ouverture sur l'histoire de l'Université de Provence remplie d'humanisme lors de l'inauguration des nouvelles facultés d'Aix le 13 décembre 1952 ?<sup>48</sup> –, sa résidence cannoise prévaut et il souhaite dispenser ses enseignements à l'Institut d'études juridiques de Nice en DES à partir de l'année 1954. Cette antenne dépend de l'Université d'Aix et a été fondée à Nice en 1938 par le doyen Louis Troabas (1898-1985), un des grands publicistes et fiscalistes du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 205.

<sup>43</sup> Archives privées, Arrêté du ministre de l'Éducation.

<sup>44</sup> Archives privées, lettre s.d. de R. Villers à M. Carlin.

<sup>45</sup> Les archives des concours nationaux d'agrégation sont lacunaires jusqu'à la Libération aux ANF; le Centre d'Histoire du droit de Nice conserve des traces des épreuves qu'il a passées par des leçons polygraphiées qui devaient être remises aux membres du jury.

<sup>46</sup> Elle lui vaudra la croix de guerre avec citation à l'ordre du 17<sup>e</sup> corps d'armée, il sera chef de bataillon de réserve.

<sup>47</sup> Jeanine TORELLI, *La situation des corps de métiers à Montpellier à la fin de l'Ancien Régime* (1948); Maurice GALLIX, *La vente des biens nationaux pendant la Révolution dans les districts de Montpellier et de Lodève* (1948); Christian RICARD, *La colonisation et le repeuplement des campagnes dans le Midi de la France après la guerre de Cent ans* (1949).

<sup>48</sup> *Université d'Aix-Marseille. Inauguration des nouvelles facultés d'Aix 13 décembre 1952*, Aix, 1953, p. 21-29. Il conclue sur « cette mer latine, trait d'union entre l'hellénisme, la romanité, l'hispanité, la Provence.. ».

Aussi, lorsque Nice est dotée d'une faculté autonome, notre historien est nommé par décret du 5 janvier 1963 à la chaire d'histoire du droit niçoise. Il a conscience qu'une page se tourne avec « cette faculté nouvellement instituée » et rappelle que « les liens entre Aix et Nice seront longtemps encore maintenus dans le cadre d'un jumelage aussi nécessaire que sympathique... »<sup>49</sup>

C'est donc désormais à Nice que le professeur Aubenas dispense ses enseignements jusqu'à son admission à la retraite le 1er octobre 1971. Ces élections successives aux chaires des principales universités du Sud constituaient en effet la reconnaissance d'une œuvre originale.

*Une œuvre originale.*

Certes, les Temps Modernes, l'Époque contemporaine et l'histoire du droit public ont pu émailler l'œuvre de R. Aubenas ; en ce sens, il avait été bien l'élève de l'« historien du droit public provençal », le doyen Joseph Bry (1885-1952)<sup>50</sup> premier analyste des vigueries de Provence. Il suffit d'évoquer sa réflexion sur les origines du système castral mis en lumière dès 1938 et remettant en cause les assertions de certains médiévistes confirmés<sup>51</sup>. Dans les années 1970, il rédige un texte demeuré inédit très précurseur : « Pour une histoire en profondeur de l'administration et de la vie municipale »<sup>52</sup>. Il dirige et patronne volontiers des travaux qui marquent l'histoire de la discipline en offrant des préfaces où transparait naturellement son intérêt pour ces temps et ces thèmes. Que ce soit, à propos des débuts de la Révolution aux Baux-de-Provence<sup>53</sup> ou d'une étude sur *La vente des biens nationaux dans le district de Grasse (1790-1815)*<sup>54</sup>, il en souligne l'intérêt : « ...l'historien a beaucoup à apprendre d'une étude un peu poussée sur la vente des biens nationaux, à condition qu'il s'agisse de recherches en profondeur, permettant de comprendre des mentalités, de dévoiler telles ambitions ou tels calculs, de démasquer telle odieuse manœuvre de ces « bandes noires » stigmatisées ou de s'attendrir, au contraire, sur de touchants efforts de sauvegarde ». Il dirige des thèses qui contribuent aussi à l'histoire des institutions publiques depuis la recherche aixoise présentée en 1935 par Bernard Hildesheimer : *Les assemblées générales des communautés de Provence* jusqu'en 1980 avec la thèse niçoise de Jean-Yves Coppolani : *Les élections en France à l'époque napoléonienne*<sup>55</sup> dont il écrit dans la préface : « Aussi est-il hautement souhaitable, que de temps à autre, faisant fi d'un conformisme stérile, un chercheur – documenté et objectif, certes –, se lance à l'assaut de ces forteresses traditionnelles qui sont, trop souvent, de grandes et

<sup>49</sup> Archives privées, lettre du 2/10/1962 au doyen Boulouis.

<sup>50</sup> Sur son autre maître, il prononça un hommage de l'œuvre historique et de l'homme dans *Joseph Bry, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille*, Aix, Imprimerie des croix provençales, 1953, p. 17-27.

<sup>51</sup> « Les châteaux-forts des X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles, contribution à l'étude des origines de la féodalité », *R.H.D.*, 1938, p. 548-586.

<sup>52</sup> Archives du Centre d'Histoire du droit *Maryse Carlin*, fonds Roger Aubenas, Université de Nice, 16 ff, sd.

<sup>53</sup> Cf. Jean CORNEE, *Les débuts de la Révolution aux Baux-de-Provence 1788-1792*, Aix, La pensée universitaire, 1967.

<sup>54</sup> Aimé COIFFARD, Paris, Bibliothèque Nationale, Collection des documents inédits sur l'histoire économique de la Révolution française, 1973, 230 p.

<sup>55</sup> Paris, Albatros, 1980.

hâtives collections et recopient inlassablement la trompeuse silhouette – décor de théâtre immuable et vain » –, sans oublier la dernière thèse qu'il dirige sur le diocèse de Grasse sous l'Ancien Régime<sup>56</sup>.

Son entreprise scientifique majeure mais parfois délicate, Roger Aubenas la mène sur un demi-siècle pour l'histoire du droit privé dans les anciens pays de droit écrit en privilégiant les temps médiévaux. Le notariat abordé naturellement dans la thèse fait l'objet dès 1931 d'une synthèse remarquable : *Etude sur le notariat provençal au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime*<sup>57</sup>. Alors que des travaux avaient été entrepris sur le Quercy, le Rouergue ou le Dauphiné, la Provence restait *terra incognita*. L'étude s'étend à l'ensemble de l'aire provençale : de la Provence rhodanienne à la Provence orientale et propose pour la première fois une « table des principaux actes de la législation municipale, comtale ou royale »<sup>58</sup>. Grâce à l'auteur, la typologie des notaires ou leur importance sociale d'Avignon à Grasse entre le XIII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècles font l'objet d'une recherche pionnière. Quant à sa contribution au volume d'hommages à A. Dumas : « Encore un mot sur l'*Et caetera* du notaire »<sup>59</sup>, le dédicataire apprécie que l'élève puisse encore compléter l'ancienne recherche du maître...

La constitution de la famille et le droit familial forment les illustrations naturelles du corpus d'histoire du droit privé qu'il établit patiemment. Il est révélateur que, précurseur d'une interdisciplinarité – plus rare alors – ce soit aux lecteurs des *Annales d'Histoire Economique et Sociale*, qu'il offre « La famille dans l'ancienne Provence »<sup>60</sup>. Les liens artificiels encore mal connus dans cette société médiévale retiennent son attention et se concrétisent dans l'étude des fraternités artificielles<sup>61</sup>. Toutes ses recherches peuvent « aller à l'encontre de la plupart des manuels de droit privé »<sup>62</sup> comme son étude sur l'adoption au Moyen Âge où il montre la vitalité de cette institution pour le XV<sup>e</sup> siècle et sa disparition due aux progrès de l'individualisme du siècle suivant. De même, avant ses recherches sur la *dedicatio personalis*<sup>63</sup>, on ignorait que les oblats d'église du haut Moyen Âge aient eu leurs pendants dans les *dedicati* laïques des XV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles.

Sa sympathie intellectuelle se porte souvent vers des humbles, des exclus voire des marginaux dont le statut n'a pas eu l'honneur de grandes études. Il les a « traqués » selon l'expression de Marc Bloch dans des fonds notariaux oubliés. Qu'il

<sup>56</sup> Frédéric MUYARD, *Le gouvernement spirituel et temporel d'un diocèse sous l'ancien régime : le diocèse de Grasse au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Nice, 1977.

<sup>57</sup> Aix, Editions du feu, 1931, 274 p. Il reçoit pour cet ouvrage le prix Thiers de l'Académie d'Aix. L'étude avait été précédée d'un article : « Notes sur quelques formulaires notariaux et styles de procédure », *Le Moyen Âge*, 1931, p. 195-200 et suivie de *Documents notariés provençaux du XII<sup>e</sup> siècle*, Aix, Fourcine, 1935.

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 179-188.

<sup>59</sup> *Etudes...*, p. 19-23 et Archives privées, lettre d'A. Dumas à R. Aubenas, 12/02/1950.

<sup>60</sup> *A.H.E.S.*, novembre 1936, p. 523-541.

<sup>61</sup> « Réflexions sur les fraternités artificielles au moyen âge », *Etudes... à la mémoire de Noël Didier*, Paris, Montchestien, 1960, p. 2-10.

<sup>62</sup> J. BILLIQUOD, Compte-rendu de « L'adoption en Provence au Moyen Âge » et « Notes sur la *dedicatio personalis* au profit de laïques en Provence », *Mémoires de l'Institut historique de Provence*, 1936, p. 266.

<sup>63</sup> « Notes sur la *dedicatio personalis* au profit de laïques en Provence », *Provincia*, t.XII, 1932, p. 30-42.

s'agisse de trois routiers des bandes de Raymond de Turenne capturés à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle par les troupes comtales de Provence et condamnés à mort<sup>64</sup>, des serfs du Haut Verdon dont la *macula* persistera longtemps<sup>65</sup>, des juifs hyérois<sup>66</sup> ou de cette « apprentie » sorcière dracénoise accusée faussement en 1439<sup>67</sup> d'avoir empoisonné son père qui l'avait exhérédiée mais disculpée par un inquisiteur bienveillant.

Le droit des biens « autre passion des hommes » est également abordé : depuis en 1943 sa synthèse vulgarisatrice sur la propriété<sup>68</sup> jusqu'aux agissements de tuteurs languedociens bien peu scrupuleux vis à vis du patrimoine de leurs pupilles<sup>69</sup>.

Il faudrait ici encore évoquer la place de l'histoire de l'Église dans son œuvre ; ses liens avec Gabriel Le Bras, préfacier de son *Recueil de lettres des officialités de Marseille et d'Aix (XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup>s.)*<sup>70</sup>, l'attestent et, outre ses travaux lériniens, des dépouillements inédits sur les chartes clunisiennes<sup>71</sup> ont concentré sa réflexion. Le travail majeur est la participation en 1951 de l'historien du droit à la grande collection dirigée par les littéraires Augustin Fliche et Victor Martin de *l'Histoire de l'Église* avec le tome consacré à la Renaissance<sup>72</sup>.

Le commun dénominateur de tous ces travaux est bien la contribution à l'histoire de ces anciens pays de droit écrit qui est peut-être le but de Roger Aubenas « face à l'impérialisme du droit coutumier »<sup>73</sup>.

*De la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit à « l'Ecole niçoise ».*

On possède peu de témoignages de la « laborieuse » création en juin 1946 de cette Société qui rejoignait pourtant ses illustres précurseures : celles des Pays de l'Ouest, celle des Pays picards, wallons, flamands, ou celle de Bourgogne. La discrétion de Roger Aubenas ne se trahit que lorsque rendant hommage à Joseph Bry, il confie : « Lorsqu'en dépit d'obstacles sans nombre fut fondée récemment (1947), la « Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays de Droit Ecrit », le Doyen Bry applaudit aussitôt à une création qu'il avait depuis longtemps souhaitée et dont il ne cessa d'encourager les débuts difficiles...Douce récompense

<sup>64</sup> « Trois testaments militaires de fils de famille (Provence, 14<sup>e</sup> s.) », *Le Moyen Âge*, 1934, p. 5-12.

<sup>65</sup> « Le servage à Castellane au XIV<sup>e</sup> siècle », *R.H.D.*, 1937, p. 77-93.

<sup>66</sup> Écrit en collaboration avec L. GUENOUN : « Note sur la condition des juifs d'Hyères au XIV<sup>e</sup> siècle », *Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du droit...des anciens pays de droit écrit*, Toulouse, 1948, p. 1-3.

<sup>67</sup> *La sorcière et l'inquisiteur. Episode de l'Inquisition en Provence 1439*, Aix, La Pensée universitaire, 1956, 80 p. Il y dirige d'ailleurs la collection « Archives de Provence ».

<sup>68</sup> « La conception de la propriété depuis les invasions germaniques jusqu'à la Révolution », *Economie et humanisme*, Marseille, 1943, p. 101-116.

<sup>69</sup> « Une enquête officielle sur les agissements des tuteurs en Languedoc au XIV<sup>e</sup> siècle », *R.H.D.*, 1946-1947 p. 302-305.

<sup>70</sup> Contribution à l'histoire des officialités au Moyen Âge, 2 fascicules, Paris, Picard, 1937-1938, 121 p. et 157 p.

<sup>71</sup> Archives du Centre d'Histoire du droit Maryse Carlin, fonds Roger Aubenas, Université de Nice, 100 ff, sd.

<sup>72</sup> *L'Église et la Renaissance, 1449-1517*, tome XV de *l'Histoire de l'Église depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, Bloud et Gay, 1951, 395 p., traduite en italien en 1963.

<sup>73</sup> Archives privées, lettre à Jean Dauvillier, « son cher collègue toulousain » 13/01/1967.

d'une initiative née en des temps hostiles »<sup>74</sup>.

Cette nouvelle société dont le siège social est la faculté montpelliéraine a pour but<sup>75</sup> aux termes de son article 1<sup>er</sup> : « d'encourager les études scientifiques d'histoire du droit et de faciliter les travaux entrepris à leur sujet ». Le bureau provisoire (A. Dumas, président, G. Boyer, vice-président, et R. Aubenas, secrétaire) rédige un programme scientifique qu'il place sous la devise *Dulcis amor patriae* : une entreprise vaste mais « incitative » : « Sans prétendre le moins du monde tracer leur voie aux travailleurs ou leur imposer un programme », elle suggère de nombreuses pistes qui vont de la constitution de bibliographie<sup>76</sup> avec une critique sommaire, de la rédaction de listes (anciens auteurs de droit écrit, manuscrits : *consilia, tractatus*, registres notariaux, registres de juridictions et recueils de jugement, livres de raison) à l'inventaire des chartes de coutumes, des statuts de confréries, de corporations d'hôpitaux. La collaboration avec les érudits locaux et les collectionneurs est souhaitée aux fins de versements dans les dépôts publics. Enfin, thème cher à l'historien du notariat : persuader les notaires de déposer « les vieux documents qu'ils peuvent encore détenir ».

Si la sympathie de l'ensemble de la communauté scientifique (soixante membres à la fondation) depuis les archivistes jusqu'aux collègues des universités méridionales de Bordeaux à Aix dont les littéraires de Joseph Calmette (1873-1952) à Philippe Wolff (1913-2001), s'exprime par leur adhésion – sans cotisation non prévue par les statuts –, la réalité matérielle contraint à ne publier le premier volume de *Mémoires* qu'en 1948, le deuxième en 1951 et le troisième en 1955. Mais l'idée était lancée et sera poursuivie et menée à bien par les collègues et les successeurs de R. Aubenas à Montpellier.

Ce « renouveau des études d'histoire du droit et des institutions des pays méridionaux », Roger Aubenas l'avait bien servi avec l'imposant corpus (7 tomes de près de 750 pages de ses *Cours d'histoire du droit privé. Anciens pays de Droit Ecrit (XIII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles)*<sup>77</sup> pour mettre, avec science et humour à la disposition de l'ensemble des chercheurs ses imposants dépouillements (le tome VI ne porte-t-il en sous-titre : *Autour de deux passions de l'homme : la femme (en marge du mariage légitime) et l'argent (son trafic)* ? Il le fit aussi par la fondation d'une « Ecole niçoise » en initiant de jeunes chercheurs à des sujets neufs comme *La pénétration du droit romain*. (Maryse Carlin)<sup>78</sup> ou *La vie en Provence orientale aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles* (Paul-Louis Malausséna)<sup>79</sup> mais enfin en encourageant la fondation en 1974 de « l'Association méditerranéenne d'histoire et d'ethnologie juridiques » dont les buts poursuivraient ceux qu'il s'était fixés depuis longtemps et qui lance une collection de

<sup>74</sup> Joseph Bry, ouv.cité, p. 26.

<sup>75</sup> Archives du Centre d'Histoire du droit *Maryse Carlin*, fonds Roger Aubenas, Université de Nice, *Statuts*, Imprimerie Causse, Graille et Castelnau, Montpellier, 1946, 1 ff.

<sup>76</sup> Il sera dès 1958 le premier collaborateur pour une vaste zone méridionale de la Provence à la Corse de la *Bibliographie en langue française d'Histoire du droit* lancée par Gabriel Lepointe (1899-1963), Marguerite Boulet-Sautel (1912-2004) et André Vandenbosche (1922-1998).

<sup>77</sup> Publiés entre 1956 et 1961 à *La Pensée universitaire* à Aix. Le Centre *Maryse Carlin* d'Histoire du droit entreprend une réédition de ce corpus à partir des notes de l'auteur et de compléments bibliographiques qu'il avait souhaités.

<sup>78</sup> Paris, L.G.D.J., 1967, 320 p.

<sup>79</sup> Paris, L.G.D.J., 1969, 409 p.

*Mémoires et Travaux*. N'est-il pas symbolique qu'il en ouvre la collection avec son ultime travail : *Les vallées de Séranon et de Valderoure des origines à 1815*, histoire juridique et administrative de ces petites communautés rurales du haut pays grassois dont Pierre-Clément Timbal dira : « Une fois de plus R.-J. Aubenas a montré la voie »<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> *R.H.D.*, 1977, p. 316.

*HISTOIRE ET DROIT*  
CONSIDÉRATION RETROSPECTIVE D'UNE POLÉMIQUE ESPAGNOLE

FERNANDO DE ARVIZU

Notre discipline porte un nom composé de deux sciences différentes, ce qui permet, en considérant son objet, deux prises de vue également différentes : considérer l'Histoire du droit du point de vue de l'Histoire ou du point de vue du Droit. En Espagne, ces options méthodologiques se formulèrent jadis avec une grande virulence. Aujourd'hui, l'intensité de celle-ci s'est beaucoup atténuée. Mais puisque le sujet de ces Journées est l'Histoire de l'Histoire du Droit, j'ai jugé important de jeter un regard en arrière, afin d'expliquer comment furent les choses et comment elles sont à présent. Une fois expliqué le point de départ, tout le reste en sera une conséquence, comme s'il s'agissait d'une loi physique.

*Commençons par le commencement.*

Il n'est pas question de faire allusion à ceux que nous appelons *les précurseurs*, qui s'occupaient de publier les textes juridiques anciens, ou de commenter le Droit du passé, mais sans une méthodologie préalable<sup>1</sup>. Il est pourtant bien nécessaire de mentionner celui que nous considérons le père fondateur de la science de l'Histoire du droit espagnol : Eduardo de Hinojosa y Naveros (1853-1919). Il fut professeur d'Histoire Ancienne et du Moyen Âge à l'Université de Madrid. Il n'était pas juriste ; donc, à partir de sa formation d'historien, il traita l'Histoire du droit comme une spécialité de l'Histoire. Il considérait – et bien d'autres après lui – qu'il y avait une Histoire générale et *d'autres Histories* chacune d'elles s'occupant d'une parcelle de l'activité humaine, dont l'Histoire du droit. Je n'aborderai pas ici les dysfonctions de la périodisation de l'Histoire générale, lorsqu'elle est appliquée à l'Histoire du droit, mais de sa production scientifique, dans laquelle il fut débiteur des expositions d'ensemble de l'Histoire du droit germanique.

Je m'explique. À l'époque d'Hinojosa, la recherche et l'enseignement de l'Histoire du droit finissaient au Moyen Âge, en particulier au haut Moyen Âge. Et comme les érudits allemands avaient mis en œuvre le squelette des grandes constructions de ce Droit germanique, il lui était aisé de les emprunter et de les

---

*Professeur à l'Université de Leon (Espagne).*

<sup>1</sup> Tomás MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros municipales y cartas-puebla de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid, 1845, nov. impression Madrid, 1972. Francisco MARRINEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, 3 vols., réédition, Madrid, 1979. *ID.*, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla*, Madrid, 1808. On pourrait citer quelques autres plus anciens, comme les frères Covarrubias ou Ambrosio de Morales.

remplir avec les particularités du Droit espagnol. Il écrivit beaucoup<sup>2</sup>, mais un de ses travaux, *El elemento germánico en el Derecho español*, présenté à un congrès tenu à Berlin en 1915, eut un retentissement particulier. Il y expliquait que certaines institutions juridiques du haut Moyen Âge espagnol — tels que la vengeance du sang, la saisie privée, l'*inimicitia* et quelques autres — étaient des manifestations du Droit germanique, lequel aurait été introduit en Espagne par les Wisigoths. Leurs rois étaient très romanisés, donc ces institutions contraires au Droit romain furent mises en veilleuse pendant trois siècles, mais, à la chute du royaume de Tolède par la conquête musulmane, elles reverdirent pour conformer un Droit espagnol médiéval qui n'était autre que le Droit germanique enfin retrouvé<sup>3</sup>.

Hinojosa eut deux disciples : Ramón Menéndez-Pidal, qui excellait dans la Philologie, et Claudio Sánchez-Albornoz en Histoire. Celui-ci était, comme son maître, un historien qui traitait à l'occasion des sujets juridiques mais, convaincu de l'importance de l'étude de l'Histoire du droit avec des critères scientifiques, il fonda en 1924 l'*Anuario de Historia del Derecho Español*, revue prestigieuse qui continue de nos jours<sup>4</sup>. Pour leur part, les professeurs d'Histoire du droit d'avant-guerre<sup>5</sup>, tels que Salvador Minguijón, Galo Sánchez et Laureano Díez-Canseco<sup>6</sup> acceptèrent la méthodologie de Sánchez-Albornoz... et continuèrent à publier des documents, ce qui s'avérait bien nécessaire.

#### *La réaction.*

Elle ne se fit pas attendre de la main d'autres grands professeurs - dans le sens d'anciens - lesquels, s'approchant de la *Pandectistique*, appliquèrent la méthodologie connue comme dogmatique juridique. Il convient de citer Manuel Torres-

---

<sup>2</sup> Eduardo DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras*, édition de l'*Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, I, Madrid 1948; II, Madrid 1955; III, Madrid 1974. L'étude citée en texte est publiée dans le tome II, p. 407-470.

<sup>3</sup> Comme échantillon splendide, voir le livre de Julius FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*, traduction de J. Rovira-Armengol, Barcelone, 1928. Comme étude de synthèse, Alfonso GARCIA-GALLO, « Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas », *Anuario de Historia del Derecho Español* (dorénavant *AHDE*), 44, Madrid, 1974, 343-464.

<sup>4</sup> Publiée sous les auspices des Ministères de la Présidence et de la Justice, le dernier volume paru est le n°75, correspondant à l'année 2005.

<sup>5</sup> Il s'agit, bien sûr, de notre guerre civile (1936-39). Voir les manuels de Salvador MINGUIJÓN, *Historia del Derecho Español*, 12 cahiers -connu en Espagne comme *le grand Minguijón*- Saragosse, 1923-1934. Il écrivit aussi un autre manuel connu comme *le petit Minguijón*, c'est-à-dire, « Historia del Derecho Español », dans la *Collection Labor*, Barcelone 1933. Pour sa part, Galo SANCHEZ est auteur d'un manuel qui résume admirablement les sources du Droit historique espagnol : *Curso de Historia del Derecho Español*, dont la 10ème édition fut imprimée à Valladolid en 1972.

<sup>6</sup> Il fût aussi directeur de l'*Anuario*. Doué d'une intelligence remarquable, il écrivit néanmoins fort peu, ce que les cultivateurs de la discipline avons beaucoup regretté. Je connus dans ma jeunesse un ancien élève – décédé il y a vingt ans presque nonagénaire – du professeur Díez-Canseco, qui m'exprima à plusieurs reprises l'admiration que provoquaient ses cours parmi les étudiants de l'Université de Madrid. García-Gallo le connut fort bien, et il se plaisait à raconter des anecdotes très amusantes à son égard.

López<sup>7</sup>, qui fut suivi de nos jours par son disciple José-Manuel Pérez-Prendes, José-Antonio Rubio Sacristán<sup>8</sup> et Román Rianza<sup>9</sup>. Torres-López et Rubio-Sacristán s'étaient formés en Allemagne.

Mais, en fait, où en étions nous après la guerre ? Dans la sécheresse méthodologique et dans l'indéfinition. Egalement dans la pénurie de matières premières. Un manuel d'Histoire du droit, connu sous le nom de *Tratado* de García-Gallo<sup>10</sup> avait été imprimé sur un papier d'origine indéfinissable, y compris les semelles d'espadrilles. Dès la fin des années 1940 surgit une nouvelle génération d'historiens du Droit, une partie desquels, dont l'importance est difficile à établir, s'était consacrée à notre discipline car ils n'avaient pas obtenu la permission parentale pour faire leurs études dans la faculté des Lettres, considérée plutôt pour les femmes en ce temps-là<sup>11</sup>.

Comme disait García-Gallo, mon maître vénéré, l'Histoire du droit sombrait dans l'Histoire pure, car ses cultivateurs ne se sentaient pas juristes, eussent-ils étudié le Droit. Ce fut le grand moment de cet éminent professeur.

*L'apport méthodologique d'Alfonso García-Gallo (1911-1992).*

Comme le célèbre romaniste Alvaro D'Ors se plaisait à dire, « il y a, en Espagne, un avant et un après García-Gallo ». Il obtint la chaire d'Histoire du droit en 1935, décernée par un jury dont le président était Sánchez-Albornoz en personne. D'une capacité de travail exceptionnelle<sup>12</sup>, il consacra sa vie à l'Histoire du droit avec une abnégation totale. Il y venait du Droit et non pas de l'Histoire. Le résultat en fut une production scientifique imposante<sup>13</sup>, de laquelle il faut souligner spécialement ses 5 manuels, dont le premier fut écrit en collaboration avec Román Rianza, lorsque García-Gallo n'était qu'assistant à l'Université de Madrid.

À l'occasion du centenaire de la naissance d'Hinojosa, il commença

<sup>7</sup> Manuel TORRES LOPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, 2 vols., 2ème édition Salamanca 1945-36. Il convient de mentionner ici son travail « El Estado visigótico », *AHDE*, 3, Madrid 1926, 307-475, très germanique. José Manuel PEREZ-PRENDES, *Historia del Derecho Español*, 2 vols., dernière édition Madrid 1999.

<sup>8</sup> Cet auteur écrivit fort peu, car il se consacra plutôt aux activités d'entreprise. Par son germanisme, il convient de citer son travail « *Donationes post obitum et donationes reservato usufructu en la Alta Edad Media de León y Castilla* », *AHDE*, 9, Madrid, 1932, 1-32.

<sup>9</sup> Román RIAZA, *Historia de la Literatura Jurídica española*, Madrid, 1930. Román RIAZA et Alfonso GARCIA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1934.

<sup>10</sup> En réalité, l'oeuvre s'intitulait *Historia del Derecho Español*, I. *Exposición Histórica*, Madrid, 1940. Nous parlerons de García-Gallo un peu plus tard. Ce livre n'abordait que les époques pré-romaine, romaine et wisigothique, mais dans tous les domaines.

<sup>11</sup> Hans THIEME avait souligné la situation ambiguë de l'historien du Droit, considéré par les juristes comme un bon historien, et par les historiens comme un bon juriste. Mais il se rend incommode aussi bien pour les uns que pour les autres : pour les historiens, à cause de sa mentalité juridique, pour les juristes, à cause de son penchant historique. Voir son travail « *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte* », *Festschrift für Iulius von Gierke zu seinen goldeneen Doktorjubiläum am 25 oktober 1948*, Berlin, 1950, 288.

<sup>12</sup> Il me disait une fois qu'il ne lui fallait dormir plus de six heures. Et à l'époque où il préparait son concours, il dormait quatre heures seulement.

<sup>13</sup> On peut voir son curriculum complet – jusqu'en 1980 dans *l'Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 50, 1980, pages préalables XVII-XXVIII. Il continua à écrire après, presque jusqu'à sa mort, principalement dans *l'Anuario*.

sérieusement son épuration méthodologique. Dans son article « *Historia, Derecho e Historia del Derecho* »<sup>14</sup>, il censura aussi bien l'historicisme qui restait en dehors du phénomène juridique, que la dogmatique qui ignorait l'évolution historique du Droit. Il disait – en parole et par écrit – qu'il fallait considérer l'Histoire du droit du point de vue du Droit. Et celui-ci devait être défini de l'extérieur, avec ce qu'il appelait un *concept instrumental* : « ordonnancement de la vie sociale avec force contraignante »<sup>15</sup>, qu'il jugeait valable pour toutes les époques et pour toutes les manifestations du Droit, savant ou populaire, écrit ou non. Si le Droit doit être étudié comme phénomène de culture, c'est-à-dire, dans un contexte extra-juridique que l'historien du Droit doit connaître, l'Histoire du droit reste néanmoins une discipline juridique. Elle doit montrer l'origine et l'évolution du Droit depuis les temps les plus anciens, mais sans perdre de vue que son objet est le Droit et non pas l'Histoire. Elle peut illustrer le Droit actuel, lequel se justifie normalement par le Droit historique, mais tel n'es pas son but, car l'Histoire du droit est une science *autonome*.

Il mit en place – d'autres firent de même en Europe, et en France – le concept d'institution juridique, qui provenait de la considération de trois éléments : un fait d'importance sociale considérable, le point de vue de la société vis-à-vis de celui-là et la réponse juridique, ou institution juridique proprement dite. García-Gallo ne se contenta pas seulement de théoriser, mais il appliqua cette méthodologie dans ses manuels et dans ses travaux de recherche jusqu'à la fin de sa vie, en la polissant et en l'épurant, sans jamais y renoncer.

#### *Les conséquences.*

García-Gallo fut formateur personnel de trois générations d'Historiens du droit. Son premier disciple fut Ismael Sánchez-Bella<sup>16</sup>, mon professeur, et à qui je dois d'être, à mon tour, professeur d'Histoire du droit. Et il en eut d'autres, dans la première génération Francisco Tomás y Valiente<sup>17</sup>, José Martínez-Gijón, et Gonzalo Martínez-Díez. Ceux-ci formèrent d'autres disciples, lesquels, à un moment déterminé, étaient envoyés à García-Gallo pour compléter leur formation. Le plus ancien en est José-Antonio Escudero, également Gustavo Villapalos, et je peux aussi me citer moi-même. Et, à leur tour, ces disciples de la deuxième génération formèrent d'autres professeurs, qu'ils envoyaient également consulter souvent le professeur García-Gallo.

Il n'était pas le seul *tête d'école*, et la concurrence avec d'autres agrégatifs se traduisait, dans les concours<sup>18</sup> par des polémiques très virulentes sur le concept et la

<sup>14</sup> Alfonso GARCIA-GALLO, « Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la escuela de Hinojosa », *AHDE*, 23, Madrid 1953, 5-36.

<sup>15</sup> La définition exacte en espagnol était : « La ordenación de la vida social con fuerza vinculante »

<sup>16</sup> Professeur à l'Université de Navarre, aujourd'hui en qualité d'émérite. Il est un spécialiste de réputation incontestée du Droit de l'Amérique espagnole.

<sup>17</sup> Il combina la vie académique avec la vie politique, et fut président du Tribunal Constitutionnel. Après son mandat, il retourna à l'Université Autonome de Madrid, où il fut assassiné dans son bureau par un terroriste de l'ETA.

<sup>18</sup> Je fais référence aux concours que nous considérons *vrais*, vulgairement nommés « de patte noire », d'avant la loi de 1984 qui les décentralisa. Nous en reparlerons bientôt. Ils consistaient en six exercices, tous éliminatoires. Le 1<sup>er</sup>, curriculum et travaux. Le 2<sup>ème</sup>, exposé

méthodologie de la discipline. Le candidat défendait son option méthodologique dans la même mesure où il méprisait les autres. Il y avait, cependant, un accord entre toutes les écoles : le haut Moyen Âge était une période de parcours obligé. On ne pouvait pas devenir professeur sans prouver qu'on savait y travailler. Le latin et la paléographie en étaient des connaissances indispensables. Il était bien vu, par respect du passé, d'avoir publié des textes, mais de mon temps cela n'était pas indispensable.

Les écoles se partageaient entre la juridique-institutionnelle de García-Gallo et l'Histoire du droit comme spécialité de l'Histoire. Les autres orientations étaient peu nombreuses, voire marginales. Ainsi, le *bifrontisme*<sup>19</sup> du professeur catalan José-María Font i Rius, l'Histoire des livres juridiques de Rafael Gibert<sup>20</sup>, l'Histoire totale de Bartolomé Clavero<sup>21</sup> et le structuralisme théorique de Pérez-Prendes.

Au long des années, le nombre de chaires augmenta. Certains professeurs arrivèrent à l'âge de la retraite. Donc, à partir des années 80 du siècle dernier, la pluralité des sensibilités méthodologiques se fraya un chemin, et la virulence d'antan s'atténa. Si on prônait alors la juridicité de l'Histoire du droit comme contrepoids à ceux qui n'y voyaient que de l'Histoire<sup>22</sup>, de nos jours on détecte une envie d'équilibre entre les deux composants de notre discipline. Avec le déclin des positions irréductibles, la théorie bifronte, jadis minoritaire, acquit une importance croissante.

*Nous arrivons au temps présent.*

Temps marqué par cet essor de la théorie *bifronte*, à laquelle on vient de faire allusion. Elle ne constitue pas une nouveauté, car Font i Rius, l'éminent professeur de Barcelone la défendait<sup>23</sup>. Mais ce n'est pas un homme fait pour la bagarre, fût-elle académique. En plus, avant 1970 il y avait peu de chaires soumises à concours.

---

conceptuel et méthodologique. Le 3<sup>ème</sup>, la leçon magistrale, exposé complet d'une leçon choisie librement par l'agrégatif parmi celles de son programme. Il était d'usage qu'elle portât sur l'Histoire du droit privé, pénal ou de procédure. Le 4<sup>ème</sup> était une leçon sur ce même programme, choisie par le jury entre 10 tirées au sort. Ils tombaient toujours sur le sujet le plus difficile ou le moins brillant à exposer. Le 5<sup>ème</sup> était double : commentaire de texte manuscrit – il y fallait prouver ses connaissances en paléographie et en diplomatique- et de texte imprimé. Et le 6<sup>ème</sup> était aussi double : deux compositions sur des sujets généraux proposés par le jury. Le concours était dur, mais personne n'est mort. Nous y passions nos peines, bien sûr, mais à la fin, le jury pouvait savoir combien de connaissances sur la discipline avait chaque candidat.

<sup>19</sup> On y reviendra un peu plus tard.

<sup>20</sup> Son manuel : *Historia General del Derecho Español*, dernière édition Madrid, 1981.

<sup>21</sup> Il est auteur ou co-auteur de plusieurs manuels. Nous citerons ici son *Curso general de Historia del Derecho*, Madrid 1992. Il appliqua scrupuleusement la méthodologie de l'Histoire Totale dans son travail *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1365-1836)*, dernière édition Madrid 1989, qui en est devenu le paradigme.

<sup>22</sup> Il y avait, et il y a même aujourd'hui des enseignants qui sont capables d'enseigner l'Histoire du Droit, l'Histoire d'Espagne, ou le Droit romain avec une versatilité surprenante à première vue. En réalité, ils expliquent toujours la même chose. Ce sont des dilettantes, qui ont besoin d'un poste d'enseignant, mais qui ne se sont pas préoccupés d'acquérir une sérieuse formation en Histoire du Droit, ou même qui ne sont pas des juristes.

<sup>23</sup> José-María FONT I RIUS, *Apuntes de Historia del Derecho español, parte general*, Barcelone, 1969.

Il n'eut qu'un disciple de première génération, Jesús Lalinde, qui était un théoricien du bifrontisme<sup>24</sup>. Dans la seconde génération, aussi bien Font i Rius que Lalinde purent former un bon nombre de professeurs,.

La théorie bifronte s'est revitalisée en Catalogne, aussi bien par le magistère de ces deux professeurs que par le composant catalan. Une *école* de Font i Rius est aujourd'hui fondée, et ses membres ont désigné comme héritier scientifique de Font le professeur catalan Tomás de Montagut i Estragués. En dehors de la Catalogne, José-Antonio Escudero, a été reconnu comme *tête d'école*, et il a adhéré au bifrontisme.

Mais en quoi consiste-t-il ? Quel est l'apport fondamental de cette théorie bifronte ? Escudero l'a très clairement formulé dans l'introduction à son manuel<sup>25</sup>. Résumons. L'Histoire du droit est Histoire, car l'histoire de quelque chose est toujours de l'Histoire. Elle n'est pas du Droit, car le Droit du passé, aujourd'hui exposé, n'a pas la force contraignante propre au Droit. Mais s'il en est ainsi, l'Histoire du droit n'en reste pas moins une science juridique, car elle insiste sur la stabilité du Droit, qui est quelque chose de particulier, de spécial dans l'évolution historique générale. Et aussi parce qu'elle dépend d'une conception déterminée du Droit, que ce soit l'actuelle, empruntée comme point de départ, ou que ce soit celle d'une autre époque suffisamment connue. Ses disciples ont apporté aussi des nuances : la méthode historique ou la méthode juridique prévaudront en fonction du problème ou sujet à étudier, c'est-à-dire, de l'opportunité considérée comme adéquation. L'Histoire du droit, enfin, est une science substantiellement duale, car il s'agit d'étudier le Droit, et non pas l'Histoire, comme processus, ce qui veut dire dans sa perspective historique.

#### *Les choix méthodologiques dans l'actualité.*

Nous sommes arrivés à une période de détente, où des conceptions différentes peuvent cohabiter, dans le sens le plus strict, sans qu'aucun grincement ne se produise. Un seul exemple peut aisément l'expliquer. J'ai été formé dans l'école de García-Gallo, et me suis considéré juriste avant qu'historien, n'ayant jamais éprouvé le besoin de changer d'avis. Mon épouse, par contre, se décida pour la méthodologie duale, et notre vie commune n'en est pas troublée pour autant.

Après trente-trois ans au service de l'Histoire du droit, dont 28 comme titulaire de chaire, je pense que toutes les positions concernant l'objet de notre discipline sont nécessaires : elles l'enrichissent et la complètent. Le travail de recherche qui s'ensuit est débiteur du choix préalable, mais il ne doit pas être disqualifié parce qu'il considère l'Histoire du droit du point de vue de l'Histoire et non pas du point de vue du Droit. La seule exigence est que la recherche soit menée à bout en respectant de *a* à *z* la méthodologie choisie. Il est certain que chaque historien du Droit, confronté à un sujet de recherche déterminé, travaillera à sa façon, et il n'est permis à personne, même s'il est considéré comme une sommité, d'entraver cette liberté de recherche. Cela étant, il n'est pas moins licite d'en critiquer la méthode et

<sup>24</sup> Jesús LALINDE-ABADIA, *Iniciación histórica al Derecho español*, dernière édition Barcelone, 1989. ID., *Derecho Histórico español*, dernière édition Barcelone, 1983. ID., *El Derecho en la Historia de la Humanidad*, Barcelone, 1991.

<sup>25</sup> José-Antonio ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, dernière édition, Madrid, 1995.

les résultats.

Ce respect pour le choix de la méthode se constate tous les jours en Espagne dans les différents concours, surtout dans ceux de maître de conférences (*Profesor Titular*), qui est le premier échelon avant de devenir professeur titulaire de chaire (*Catedrático*)<sup>26</sup>. Ces concours se sont déroulés selon la loi de 1984 de Réforme universitaire, qui a dispersé les anciens concours nationaux de l'ancienne loi de 1970, tenus invariablement à Madrid. Depuis 1984, chaque concours se célèbre dans l'université qui convoque le poste à pourvoir. La réforme de 2001 a voulu reconduire cette atomisation des concours, en établissant un double filtre pour devenir professeur fonctionnaire. Le premier est un concours national et se tient dans l'université du président, qui est le plus ancien de tous les membres du jury, nommés par tirage au sort. Ce concours s'appelle *Habilitación*, et permet à ceux qui y sont reçus (*habilitados*) de se présenter aux concours convoqués par les différentes universités. En tout cas, depuis que le gouvernement a changé après les élections de 2004, cette loi va être substituée par une autre, dont nous ne connaissons pas encore le contenu<sup>27</sup>. Etant donné qu'il n'y a eu qu'un seul concours d'*Habilitación* en Histoire du droit, il faut, pour conclure, se limiter à la longue expérience de la Loi de 1984.

Il est intéressant de fournir ici l'expérience des concours célébrés conformément à cette loi, surtout des concours de maître de conférences, qui permettent de juger ceux qui veulent devenir professeurs fonctionnaires. On a déjà souligné la diversité des choix méthodologiques. Maintenant, il faut aussi exposer certaines déviations non prévues par la loi, mais devenues courantes dans la pratique.

**Primo**, un excès de localisme. L'inflation de postes d'enseignants, donc, de concours, favorisée par la loi de 1984 permet que la plupart des candidats obtinssent leur poste dans la même université que celle où ils avaient fait leur études de licence et de doctorat et, où ensuite, ils étaient devenus assistants. L'endogamie ne fut sûrement pas voulue par la loi, mais elle devint inévitable.

En plus, le contenu des exercices du concours<sup>28</sup> ne permettait de constater la suffisance du candidat, en général, que dans un domaine, une époque et un territoire déterminés. Et j'ai vu personnellement choisir pour le deuxième exercice un sujet apparenté en tout avec l'activité de recherche du candidat<sup>29</sup>. Etant membre du jury, je désapprouvai ce choix de façon publique.

**Secundo**, abandon des époques les plus difficiles à étudier dans l'Histoire du

<sup>26</sup> La figure du professeur agrégé a disparu dès la Loi de 1984, dite de Réforme universitaire. La nouvelle loi de 2001, intitulée « Loi Organique des Universités » ne l'a pas ressuscitée.

<sup>27</sup> Tenir compte de ce que ce travail fut rédigé en 2005.

<sup>28</sup> Le premier était l'exposition du curriculum ainsi que de la méthodologie pour un temps non limité par la loi, suivie de la discussion entre le candidat et le jury durant trois heures maximum. Le deuxième exercice était l'exposition d'un sujet de la discipline librement choisi par le candidat, suivi aussi de discussion durant le même délai.

<sup>29</sup> Au contraire, dans les concours nationaux de la Loi de 1970, dont le contenu a été détaillé dans la note 18, il fallait choisir pour l'exposé (3<sup>ème</sup> exercice) un sujet qui n'ait rien à voir avec la recherche prédominante du candidat. Et, s'il était d'une région déterminée, il devait prouver sa connaissance du Droit des autres régions dans les publications qu'il présentait au concours. Plus clair : moi-même, étant navarrais, fus obligé par le professeur Sánchez-Bella à choisir le Droit de Castille et de Léon comme territoire de mon sujet de thèse (la disposition *mortis causa* durant le haut Moyen Âge)

droit espagnol — période wisigothique et haut Moyen Âge — pour se pencher sur les époques moderne et constitutionnelle (XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles). Le haut Moyen Âge n'est plus considéré comme un passage obligé dans la formation d'un historien du Droit, et on a même entendu des phrases de mépris pour cette époque et pour la wisigothique. Néanmoins on observe tout récemment une augmentation des travaux consacrés à celles-là.

*Tertio*, abandon notoire des connaissances instrumentales, tels que le latin et la paléographie, ce qui provoque l'impossibilité de travailler avec des textes datant d'avant le XIII<sup>e</sup> siècle, avec les sources manuscrites et avec la littérature juridique jusqu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle.

*Quarto*, inobservance de la loi en ce qui concerne l'exposition des exercices. En effet, celle-ci ordonne que ceux-là doivent être exposés oralement devant le jury ; mais normalement le candidat en fait une lecture complète de chacun sans le moindre embarras et, qui pis est, sans recevoir la moindre remarque de la part du président du jury<sup>30</sup>. Il n'est pas nécessaire d'insister sur le fait que cette déviation de la loi a un effet négatif sur la qualité de l'exercice : un candidat qui ne sait pas exposer, mais seulement lire, n'est pas un bon enseignant.

Nous devons tout ce que vient d'être signalé à la loi de 1984, qui en finit avec la mobilité des professeurs, qui facilita l'endogamie et qui fit baisser le niveau. Bien sûr, pour la plus grande satisfaction des candidats et de leurs formateurs. Maintenant, un professeur, qu'il soit maître de conférences ou titulaire de chaire, n'est pas professeur d'Histoire du droit, mais professeur d'Histoire du droit d'une université déterminée. S'il veut se faire muter, il devra faire un nouveau concours<sup>31</sup>, dont le résultat reste toujours incertain.

Après tant de théorie exposée dans les premières pages, il était obligatoire de tourner les yeux sur la pratique quotidienne, même si cela devait déplaire à certains.

---

<sup>30</sup> Je me souviens d'avoir vu, lors d'un concours selon la loi de 1970 que, sitôt qu'un concurrent commençait à lire un exercice qui devait être exposé et non pas lu, le président lui coupait immédiatement la parole, en l'avertissant qu'il ne pouvait lire que les courtes citations des textes qui entraient dans l'exposé. Devant l'expression de surprise du candidat, le président renchérit : on pouvait suspendre l'exercice pendant une demi-heure pour que le candidat rédigeât quelques notes qui lui permissent une exposition orale. S'il refusait, il serait immédiatement éliminé. Il convient de dire que, des six exercices dont se composait le concours, détaillés dans la note 18, les quatre premiers devaient être exposés oralement. Les deux restants, par contre, devaient être rédigés pendant un certain temps et ensuite lus devant le jury à qui il fallait rendre ensuite les feuilles qu'on venait de lire.

<sup>31</sup> La loi de 1984 élimina ce qu'on appelait le « concours de déplacement » (*concurso de traslado*), par lequel on pouvait demander un changement de destination à la même place libre d'une autre université, et dont le principal mérite était l'ancienneté dans le corps d'enseignant auquel appartenait le postulant. La loi de 2001 n'a pas osé ressusciter ce concours, pour ne pas contrarier l'autonomie des Universités ainsi que les gouvernements des Communautés Autonomes dont l'Espagne est composée de nos jours. Je le tentai en vain lorsque j'étais sénateur et un des rapporteurs généraux de cette loi au Sénat. Mais le Ministère n'en voulut point, ce qui en dit long sur ce qu'est devenu la séparation de pouvoirs de nos jours.

## DES HISTORIENS POUR L'HISTOIRE AGRAIRE ROMAINE

ROSALIA RODRIGUEZ LOPEZ

I — Le fait que pendant le XX<sup>e</sup> siècle soient publiées quatre œuvres bibliographiques sur l'agriculture romaine, son histoire et son droit, reflète la nouvelle nécessité des historiens de connaître et de ranger l'immense production scientifique accumulée sur ce terrain de recherche. Pour cette raison, il est difficile de faire une réflexion valorisante ou d'offrir un panorama de l'ensemble entier. À ce sujet, Hermon mentionne un autre problème de l'historiographie agraire, c'est-à-dire l'amplitude temporelle et géographique du terrain d'étude, pas seulement de la péninsule italienne, étant données les grandes différences régionales, mais aussi de ses développements particuliers dans les autres provinces de l'Empire. Cette production abondante et variée, décourage les tentatives de grandes synthèses bibliographiques ou, plus modestement, de sélections bibliographiques, et encore plus de bilans historiographiques<sup>1</sup>.

Par conséquent, mon intervention cherche seulement à esquisser un panorama de l'historiographie agraire, en suivant un fil conducteur qui cherchera à laisser à part des œuvres sur des aspects tangentiels ou particuliers du thème – malgré les polémiques que ceux-ci aient pu susciter.

L'historiographie latine même – Caesar, *De bello civile*; Salluste, *Historiarum*; Tite-Live, *Ab urbe condita*; Tacite, *Annales* – était consciente du fait que pour comprendre l'Histoire de Rome – son passé politico-militaire – il était indispensable de rechercher les événements qui marquaient son système agricole, et de raconter ses conflits agraires. Les historiens romains furent très conscients du rôle transcendantal que la terre et l'agriculteur jouaient pour maintenir les fondements de la *res publica: patria, religio et familia*. Néanmoins, leur conception de l'histoire comme genre littéraire – d'intention moralisante – les empêchait de la concevoir comme science sociale. Evidemment ils ne cherchaient pas non plus à aborder l'histoire agraire romaine au sens propre; dans ce sens, on ne voit que des allusions timides dans les traités d'agronomie de Caton, *De agricultura*, Varro, *Res rusticae* et Columella, *De re rustica* (II<sup>me</sup> siècle avant JC – I<sup>er</sup> siècle après JC).

II — Cela dit, à partir de ce moment-là, l'histoire de l'Antiquité classique n'est pas un objet d'étude au sens propre jusqu'au dix-huitième siècle, quand on commence à

---

Professeure à l'Université de Almería(Espagne).

<sup>1</sup> E. HERMONE, « Approches historiographiques », *La question agraire à Rome : Droit romain et société*, Como, 1999, p. 21; E. VOLTERRA, *Saggio bibliografico di diritto agrario romano*, Firenze, 1937, E. VOLTERRA, *Bibliografía di diritto agrario romano*, Florencia, 1951; K.D. WHITE, *A bibliography of roman agriculture*, Reading, 1970; D. FLACH, *Bibliographie zur römischen Agrargeschichte*, Paderborn, 1991.

faire des simples différences : histoire de la culture, histoire économique. À ce sujet, deux auteurs se distinguent: d'un côté, Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur et décadence des Romains* (1734), selon lequel il faut chercher les causes générales dans les coutumes et dans les institutions politiques et juridiques d'un État; coutumes et institutions qui sont conditionnées par la géographie et les climats. Edward Gibbon, *Decline and Fall of the Roman Empire* (1766-1788), qui exposait sa théorie du progrès continu et irréversible de l'Humanité, étroitement lié aux facteurs matériels qui augmentent sa richesse.

La perspective particulière avec laquelle les historiens de cette époque voyaient la réalité agraire romaine a engendré un mouvement pendulaire entre ceux qui défendaient une interprétation optimiste des procès historiques, et ceux qui soutenaient une valorisation pessimiste, sans que le matériel étudié et les références même quantitatives varient beaucoup. Mais comme précurseurs des historiens agraires du dix-neuvième siècle, Trotz et Pilati de Tassulo ont devancé leurs contemporains<sup>2</sup>.

III — En effet, il est indubitable que jusqu'aux dernières décennies du dix-neuvième siècle, la problématique agraire n'a plus été qu'un aspect d'un cadre thématique plus vaste, constitué par les relations politiques et sociales. De cette manière, par exemple, on abordait le traitement de la crise des Gracques. Pourtant, à la fin du dix-neuvième siècle, les études agraires ont enfin un profil propre. Avec ce changement historiographique, les grands problèmes politiques et sociaux de la République romaine tardive s'associaient à ses transformations agraires : le déclin de la petite propriété paysanne et l'avènement d'une propriété agraire moyenne et grande fondée sur le travail des esclaves. Et bien que l'agriculture romaine et ses transformations ne continuent à représenter pour les historiens qu'un élément de plus d'une vaste transformation sociale, la multitude de branches spécialisées qui surgissent pendant le dix-neuvième siècle favorise la prolifération des études agraires sur Rome. Néanmoins il manque, en général, une réflexion sur le type d'organisation agricole qui émerge des agronomes latins, centré sur le modèle de la *villa*, et par conséquent, néglige l'histoire de la force productive et de son développement; et également d'autres aspects connexes à l'économie agraire romaine, comme la structure territoriale. La déformation romano-centriste des juristes justiniens projetait aussi son ombre sur le présent, et rendait impossible pour les historiens modernes une compréhension complète des formes d'appropriation et des relations agraires dans le cadre de l'Empire romain. Néanmoins il ne restait aucun espace libre pour la connaissance des régimes juridiques du sol différents de cette forme individualiste qui correspond à la figure du *dominium ex iure Quiritium* et, au moins partiellement, de la *possessio* même de l'*ager publicus*. D'autres moyens d'appropriation et jouissance de la terre avait été pressentis et rapportés par Mommsen, dans sa *Römische Geschichte*, dans laquelle il avait mis en évidence les aspects communautaires présents dans la structure archaïque<sup>3</sup>. Cette prise de possession et un bon nombre d'éléments présents dans la tradition juridique romaine auraient pu ouvrir la

<sup>2</sup> C.H. TROTZ, *Ius agrarium romanum*, Franequerae 1753; C.A. PILATI DE TASSULO, *Dissertation sur l'état de l'agriculture chez les Romains et son influence sur leurs lois, leurs moeurs, leurs gouvernement et leur commerce*, La Haye, 1774.

<sup>3</sup> T. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, Breslay, 1854-1856.

porte à une réflexion historiographique dans ce sens; avec, par exemple, le thème de l'*ager compascuus*. Pourtant, dans cette période de la prédominance, d'un côté l'histoire politico-institutionnelle et de l'autre la tradition romaniste ne facilitent pas le développement de nouveaux terrains et de nouvelles méthodes de recherche. Le fait est que l'histoire économique de l'ancien monde et de Rome était encore à ses débuts; le retard des études sur l'histoire agraire prend sa place dans un contexte plus large<sup>4</sup>.

Néanmoins, Mommsen, la grande autorité, s'efforce d'étudier la structure territoriale, en participant avec Rudorff au commentaire de la nouvelle édition de Lachmann des textes des géomètres romains<sup>5</sup>. Cependant, Arcère présente une œuvre avec une approche similaire à celle des auteurs du siècle antérieur; bien que, dans d'autres cas, le traitement soit strictement thématique, comme dans les œuvres de Laboulaye, Dickson, Chiappetti, Gerat et Geblesco<sup>6</sup>. La discussion doctrinale de l'époque sur le caractère général de l'économie antique et sur la situation de l'agriculture en particulier, prit la forme d'un débat entre ceux qui niaient les caractéristiques capitalistes dans l'Antiquité (appelés primitivistes), et ceux qui trouvaient des parallélismes entre les conditions antiques et celles de l'époque contemporaine (modernistes); et le noyau du débat se trouvait dans le *latifundium*<sup>7</sup> et la *villa*<sup>8</sup>. Par conséquent, il a fallu attendre les générations qui ont succédé à Mommsen et aux études de ses élèves pour voir un revirement limité d'intérêts, et l'émergence d'une problématique nouvelle et plus riche<sup>9</sup>.

Ainsi, Max Weber présente sa thèse d'habilitation en 1891 sous le titre *Römische Agrargeschichte und ihre Bedeutung für das öffentliche und private Recht*, publiée la même année que *Römische Agrargeschichte*<sup>10</sup>. Comme l'auteur lui-même commence à le dire dans l'introduction : « Les recherches qui donnent un contenu à ce livre ne prétendent pas être une description finie de l'histoire agraire de Rome, comme l'annonce le titre; en vérité elles se concentrent sur des différents phénomènes du Droit romain, public et privé, seulement d'un point de vu spécifique: celui de son importance pratique pour le développement des relations agraires ». Chez Capogrossi, ici peut-être pour la première fois, l'on trouve un emploi systématique des textes des géomètres romains, et le début des études modernes de l'histoire agraire romaine. Aujourd'hui encore, cet essai a un relief particulier, parce qu'il

<sup>4</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Introduzione », *L'agricultura romana*, Bari, 1982, p. 12-13.

<sup>5</sup> F. BLUME, K. LACHMANN, T. MOMMSEN, A. RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser II*, Berlin, 1848-1852.

<sup>6</sup> L.E. ARCERE, *L'état de l'agriculture des Romains depuis le commencement de la République jusqu'au siècle de Jules-César, relativement au gouvernement, aux moeurs et au commerce*, Paris, 1877; A. DICKSON, *L'agricultura degli antichi*, Bologna, 1788; E. LABOULAYE, « Du droit agraire chez les Romains », *Revue de lég. et jur.*, 17 (1843), p. 558-570; A. CHIAPPETTI, « L'agricultura presso gli antichi Greci e Romani », *Nueva antología* 23 (18) 1880; GERAT, *Discorso sull'agricultura presso i Romani*, Venezia, 1884; C. GEBLESCO, *La question agraire à Rome*, Paris 1894 (thèse).

<sup>7</sup> J. LOVE, « The character of the roman agricultural estate in the light of Max Weber's economic sociology », *Chiron* 16 (1986) p. 100.

<sup>8</sup> M.L. HEDOUVILLE, *Essai sur le régime des eaux dans ses rapports avec l'agriculture*, Bar-le-Duc, 1877.

<sup>9</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Introduzione », *L'agricultura romana*, Bari, 1982, p. 8-10.

<sup>10</sup> M. WEBER, *Römische Agrargeschichte*, Stuttgart, 1891.

essaye de tracer un cadre de relations organiques entre l'organisation du territoire, sa définition juridique et les formes de production agraire. Il s'agit d'une tentative importante. Un autre élève de Mommsen, Schulten, recherche des formes d'organisation productive différentes des modèles classiques concentrés sur le *latifundium*, la villa esclavagiste et la propriété du petit paysan<sup>11</sup>. Pourtant cette ouverture thématique ne signalera pas un changement radical dans l'horizon de la recherche de la Rome antique. Ainsi en Allemagne, où on arrive à des niveaux techniques peut-être insurmontables, aucune ouverture ne s'oriente vers un type d'analyse qui permet d'individualiser la variété et la complexité des formes de jouissance de la terre<sup>12</sup>.

IV — En passant aux études agraires des premières décennies du vingtième siècle, il faut remarquer Gummerus<sup>13</sup>. Cet historien finlandais place le fonctionnement de la villa esclavagiste dans le cadre d'un système économique complexe constitué de relations d'échange entre exploitations agricoles, d'une organisation élevée de la production et du marché artisanal et civique, qui reste toujours pour nous un modèle très intéressant<sup>14</sup>. Grâce à cette largeur de vision, Toynbee arrive à reconnaître à l'élevage l'importance primaire qu'il obtiendra dans le deuxième siècle avant JC. au plus tard<sup>15</sup>.

Néanmoins, comme règle générale, les sources insèrent directement la question agraire dans une problématique d'histoire globale; un champ particulier d'étude qui justifie de toute façon la fragmentation et la diversité de recherches qui se réalisent<sup>16</sup>. Par conséquent, les références au monde romain sont tangentielles ou simplement décrivent des facteurs concrets, comme lorsque l'on aborde les lois agraires sur le partage des terres, les mécanismes juridiques qui garantissent les droits sur cette terre, le caractère essentiellement agricole de la société monarchique et du début de la République<sup>17</sup>, ou le *latifundium* et le colonat, et d'autres questions comme les rebellions serviles ou la législation alimentaire de Trajan, qui ont des connexions agricoles, certaines d'une importance décisive.

Les approches des monographies publiées pendant cette période, le début du siècle, sont diverses, et les travaux de Roux, Heitland, Billiard et Acerbo en

<sup>11</sup> A. SCHULTEN, « Die Landgemeind in römischem Reich », *Philologus* 53 (1894) p. 629-686; A. SCHULTEN, *Comunità rurali nello stato romano*, 1955.

<sup>12</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Introduzione », *L'agricultura romana*, Bari, 1982, p. 10-11; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Max Weber et Eduard Meyer sur l'histoire agraire romaine des premiers siècles », *Index* 15 (1987) p. 15 s.

<sup>13</sup> H. GUMMERUS, *Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro, und Columela*, Leipzig, 1906. Aussi, RODBERTUS, « Per la storia dell'evoluzione agraria di Roma sotto gl'imperatori », *Biblioteca di storia economica II*, Milano, 1907.

<sup>14</sup> Aussi, A. ARCANGELI, « I contratti agrari nel de agri cultura di Catone (prolegomeni) », *St.Zanzucchi* (Milano, 1927) p. 5-82.

<sup>15</sup> A.J. TOYNBEE, *Hannibal's legacy. The Hannibalic war's effects on roman life*, London, 1965; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Introduzione », *L'agricultura cit.*, p. 15-20.

<sup>16</sup> À ce sujet, par exemple, E. PAIS, *Storia della colonizzazione di Roma antica*, Roma, 1923.

<sup>17</sup> L.M. BALLESTERO HERNANDEZ, *Derecho agrario. Estudios para una introducción*, Zaragoza, 1990, p. 70-79.

apportent la preuve<sup>18</sup>. Au même moment, Savoy aspire à offrir une œuvre encyclopédique sur l'Histoire de l'agriculture, qui n'arrive pas à être intéressante pour les Romanistes, à cause de son manque de précision<sup>19</sup>. Maroi, quant à lui, non seulement essaye de présenter un état de la question, mais aussi introduit les sources épigraphiques dans ce domaine d'études<sup>20</sup>.

Quand se sont écoulées déjà presque quatre décennies du siècle, Volterra, dans la brève introduction de son *Saggio bibliografico di diritto agrario romano*, publié dans la *Rivista di diritto agrario* de 1937, signale qu'il y a peu de travaux qui se sont consacrés expressément à ce champ d'étude, alors que, étant donnée la nature du Droit romain, une grande partie de la littérature romaniste s'occupe par force des *institutiones* juridiques qui ont des rapports directs ou indirects avec l'agriculture<sup>21</sup>.

V — Déjà dans les années soixante-dix, Sereni, dans la préface de l'édition italienne du livre de Max Weber, *Storia agraria romana*, offrait une vision assez pessimiste de l'état des recherches sur l'histoire de l'agriculture et des techniques agraires des Romains; des mots qui selon Capogrossi ont donné un coup de fouet à la romanistique, et les études agraires de Tibiletti, Fraccaro, White o Gabba en sont la preuve<sup>22</sup>. Pourtant pendant les dernières décennies du vingtième siècle commencent de nouvelles recherches, de nouvelles méthodes de rapprochement et de nouvelles stratégies de recherche. Même en l'Union Soviétique, l'historiographie du monde antique rencontre en son sein les motifs de sa rénovation, en surmontant ainsi la répétition schématique et rigide des formules qui avaient fini par banaliser la réflexion même de Marx sur la société pré-capitaliste. Staerman, Sergeenko et

<sup>18</sup> P. ROUX, *La question agraire en Italie. Le latifundium romain*, Paris, 1910; W.E. HEITLAND, *Agricola*, Cambridge, 1921 (*Agricola : A study of agriculture and rustic life in the greco-roman world from the point of view of labour*, Connecticut 1970); W.E. HEITLAND, « A great agricultural emigration from Italy ? », *JRS* 8 (1918) p. 34-53; R. BILLIARD, *L'agriculture dans l'antiquité d'après les Géorgiques de Virgile*, Paris, 1928; G. ACERBO, *L'agricoltura italiana al tempo d'Augusto*, Roma, 1938.

<sup>19</sup> E. SAVOYE, *L'agriculture à travers les âges. Histoire des faits, des institutions, de la pensée et des doctrines économiques et sociales*. II, *De Hammourabi à la fin de l'empire romain*, Paris, 1935.

<sup>20</sup> F. MAROI, « La storia del diritto agrario e i suoi insegnamenti », *Atti I Congresso Nazionale di diritto agrario* 1935, p. 27-37; F. MAROI, *Il diritto agrario nelle epigrafi romane*, Roma, 1938.

<sup>21</sup> À ce sujet, par exemple, L. ZANCAN, *Ager publicus. Ricerche di storia e di diritto romano*, Padova, 1935; A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952.

<sup>22</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Introduzione », *L'agricoltura cit.*, p. 30; G. TIBILETTI, « Il latifondo dall'epoca graccana all'impero », *Relazioni del X Congresso Internazionale di Scienze storiche*, II, Roma, 1955, p. 183-266; G. TIBILETTI, « Ricerche di storia agraria romana », *Atheneum* 28 (1950) p. 183-266; P. FRACCARO, « Di alcuni antichissimi lavori idraulici di Roma e della Campagna », *Bolletino Società Geografica Italiana*, V, VIII, 3-4, Roma 1919; P. FRACCARO, « Assegnazioni agrarie e censimenti romani », *Scritti in onore di C. Ferrini I*, p. 262-274; P. FRACCARO, « Un episodio delle agitazioni agrarie dei Gracchi », *Studies presented to David Moore Robison on his seventieth birthday II*, Saint-Louis, 1953, p. 884-892; K.D. WHITE, *Roman farming*, London-Southampton, 1970; E. GABBA, M. PASQUINUCCI, *Strutture agraria e allevamento trashumante nell'Italia romana (III-I sec. a.c.)*, Pisa, 1979.

Kuziscin se situent comme protagonistes d'un tel processus<sup>23</sup>. Tandis que les études de Staerman se concentraient sur le développement de la force de production et l'organisation de l'esclavage, celles de Sergeenko, encore en grande partie ignorées par le public occidental, s'occupaient de préférence de l'histoire technique agraire. Kuziscin se concentrait, quant à lui, dans l'analyse des systèmes d'organisation de la propriété foncière, ainsi mettait-il en relief la propriété foncière de moyenne importance comme une forme économique différente et séparée du *latifundium*, et en évidence l'intensité et la rapidité de circulation de ces mêmes possessions agraires, point sur lequel s'est centré, fort justement, l'historiographie moderne de ces dernières années<sup>24</sup>.

Il faut citer aussi Marcone, Mangas Manjarrés, Die Goyanes et Ders pour leurs travaux monographiques sur l'agriculture romaine<sup>25</sup>. Cela dit, les essais de rapprochement à la réalité agraire romaine ont conduit Nicolet à utiliser à la fois des sources littéraires, des traités de géomètres et des nouvelles découvertes archéologiques<sup>26</sup>. Capogrossi aussi mérite une place spéciale dans ce travail historiographique, parce qu'il a consacré une partie transcendante de son parcours de recherche à l'étude de la propriété et de l'agriculture<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> E.M. STAERMAN, *Die Blütezeit der Sklavenwirtschaft in der römischen Republik*, Wiesbaden, 1969; E.M. STAERMAN, *Genesis robovладельческих в Италии*, Moscou, 1976; E.M. STAERMAN, V.M. SMIRIN, N.N. BELOVAN, J.K. KOLOSOVSKAJA, *Die Sklaverei inden westlichen Provinzen des Römischen Reiches im 1.-3. Jahrhundert*, Stuttgart, 1987; M.E. SERGEENKO, *Remeslenniki drevnego Rima*, Leningrad, 1968; V.I. KUZISCIN, « L'azienda agricola contadina dell'antica Roma come tipo economico », *VDI* 1973; V.I. KUZISCIN, *La grande proprietà agraria nell'Italia romana*, Roma, 1976; « L'azienda contadina dell'antica Roma come modello economico », *Schiavitù e produzione nella Roma repubblicana*, Roma, 1986, p. 209-246.

<sup>24</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Introduzione », *L'agricultura cit.*, p. 27-30; E. RAWSON, « La aristocrazia ciceroniana e le sue proprietà », M.I. Finley, *La proprietà a Roma*, Bari, 1980.

<sup>25</sup> A. MARCONE, *Storia dell'agricultura romana : dal mondo arcaico all'età imperiale*, Roma, 1977; 2004; J. MANGAS-MANJARRÉS, *La agricultura romana*, 1977; M.C. DIE GOYANES, *La cuestión agraria en la República romana hasta los Gracos*, Madrid, 1977; DERS, *L'agricultura nell'Italia romana*, Roma, 1980.

<sup>26</sup> CI. NICOLET, « L'économie. Mentalité et connaissances. L'agriculture », et « La question agraire », *Roma y la conquista del mundo mediterráneo*, I, Paris, 1977; P. RESINA-SOLA, *Frontino. De agri mensura*, Granada, 1983. S. FELICI, « Il diritto agrario nelle epistole di Plinio il giovane », *Rivista di diritto agrario* 1967, p. 786-814; S. FELICI, « Columela e l'agricoltura del suo tempo », *Rivista di diritto agrario* 1979, 118-127; R. CHEVALIER, « Cité et territoire. Solutions romaines aux problèmes de l'organisation de l'espace. Problématique 1948-1973 », *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Festschrift J. Vogt*, II (1974), p. 649-788.

<sup>27</sup> À ce sujet, par exemple, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione de iura praediorum nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Max Weber e Eduard Meyer sulla storia romana arcaica », *BIDR* 88 (1985) p. 83-101; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana (I-III d.C.) », *Società romana e impero tardoantico. Istituzioni, ceti, economie*, Roma, 1986; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Dalla villa al saltus : continuità e trasformazioni », *Du latifundium au latifondo. Un Héritage de Rome, une création médiévale ou moderne ? Actes de la Table ronde internationale du CNRS*, Paris, 1995, p. 191-211; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « Instrumenta e fisonomia dell'assetto agrario », *Labeo* 46 (2000) 1, p. 102-111.

Kolendo, pour sa part, malgré le titre de son œuvre: *L'agricoltura nell'Italia romana*<sup>28</sup>, approfondit la productivité de la main-d'œuvre, qu'elle soit libre ou servile, et l'influence que les techniques et les outils de travail pourraient avoir eu sur la productivité<sup>29</sup>. Kolendo suit ainsi la ligne commencée par De Robertis, qui sera continuée par El Bouzidi<sup>30</sup>.

À nouveau, il s'agit de donner une nouvelle orientation aux études agraires; et ainsi, Sirago exprime dans le prologue de son œuvre que celle-ci n'est ni un traité sociologique ni une analyse de la technique agricole dans le monde antique, mais un essai de compréhension d'histoire de Rome, elle-même étroitement liée à la possession et l'exploitation de la terre<sup>31</sup>. Les études partielles continuent; Kehoe analyse la mentalité économique des hautes classes sociales romaines dans la planification et la gestion de leurs investissements agraires<sup>32</sup>, et comment les juristes prennent en compte les intérêts financiers de celles-ci dans la régulation de certaines institutions juridiques déterminées<sup>33</sup>. De son côté Lo Cascio aborde les modalités d'installation<sup>34</sup>, et Ampolo celles de productivité<sup>35</sup>. Buck analyse les dispositions du *Codex Theodosianus*, des *Instituta* et du *Codex* justiniens, en relation avec les établissements agricoles en détaillant chacun des aspects de ces unités de production et leur utilité pour l'économie de cette fin de l'Empire<sup>36</sup>. Ligios fait des études approfondies sur les outils agricoles<sup>37</sup>.

Nous assistons aussi à la présentation d'œuvres collectives sur la terre et les systèmes agraires : *Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques*<sup>38</sup>; *La*

<sup>28</sup> J. KOLENDO, *L'agricoltura nell'Italia romana*, Roma, 1980 (actualisation de *Il progresso tecnico e il problema della manodopera nell'agricoltura dell'Italia antica*, 1968); J. KOLENDO, *Le traité d'agronomie des Saserna*, Wrocław, 1973.

<sup>29</sup> L. AMIRANTE, « Tecniche agrarie e progresso economico nell'Italia romana », *Index* 9 (1980) p. 153 s.

<sup>30</sup> F. de ROBERTIS, *L'organizzazione e la tecnica produttiva. La forza di lavoro e i salari nel mondo romano*, Naples, 1946; F. de ROBERTIS, *La produzione agricola in Italia dalla crisi del III secolo all'età dei Carolingi*, Roma, 1972; S. EL BOUZIDI, *Place et rôle des esclaves chez Caton. Pour l'analyse d'un traité agronomique*, Besançon, 1994.

<sup>31</sup> V.A. SIRAGO, *Storia agraria romana*, I, Napoli, 1995.

<sup>32</sup> P.W. de NEEVE, « The price of agricultural land in roman Italy and the problem of economic rationalism », *Opus* 4 (1985) p. 77-109; P. TEMIN, « A market economy in the early roman empire », *JRS* 91 (2001) p. 169-181.

<sup>33</sup> D.P.KEHOE, « Allocation of risk and investment on the estates of Pliny the younger », *Chiron* 18 (1988) p. 15-42; D.P.KEHOE, *Investment, profit, and tenancy. The jurists and the roman agrarian economy*, Michigan, 2000.

<sup>34</sup> E. LO CASCIO, *Terre, proprietari e contadini dell'Imperio romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*, Roma, 1997; M. CLAVEL-LÉVÊQUE, *Cadastres et espace rural. Approches et réalités antiques*, Paris, 1983; E. LO CASCIO, *Modalità insediative e strutture agraire*, Bari, 2001; F. GRELLI, « Struttura e genesi dei Libri coloniarum », *Die römische Feldmefkunst*, Göttingen, 1992, p. 67-87.

<sup>35</sup> C. AMPOLO, « Le condizioni materiali della produzione. Agricoltura e paesaggio agrario », *DdA* 2 (1980) p. 15-46.

<sup>36</sup> R.J. BUCK, *Agriculture and agricultural practice in roman law*, Wiesbaden, 1983.

<sup>37</sup> M.A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'instrumentum fundi tra il I sec. a.c. e il III sec. d.c.*, Napoli, 1996.

<sup>38</sup> *Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques* (Besançon 2-3 Mai 1974) Paris, 1979 : E.C. WELSKOPF, « En guise d'introduction : quelques remarques sur la relation de l'homme et la terre »; A. MELE, « Il catasto miceneo di Pilo »; C. MOSSEC, « Les dépendants

*proprietà a Roma*<sup>39</sup>; Capogrossi rassemble des articles de certains auteurs comme *L'agricoltura romana. Guida storica e critica*<sup>40</sup>. Le livre *De agricultura, In memoriam Pieter Willem de Neeve*, paraît à Amsterdam en 1993<sup>41</sup>. Les Actes du Colloquio Internazionale sobre *Demografia, sistemi agrari, regimi alimentari nel mondo antico* sont publiés à Parme (Parma 17-19 ottobre 1997), Bari 1999, où l'on met en relation les nouvelles disciplines humanistes<sup>42</sup>. Franciosi s'occupe de la

---

paysans dans le monde grec à l'époque archaïque et classique »; M. SAKELLARIOU, « Les hectémores »; P. LEVEQUE, « Les dépendants de type hilote, hectémores »; J.C. CARRIERE, « Existe-t-il, dans la société homérique, des rapports de dépendance ? »; L.R. MENAGER, « Naissance de la cité et formation du concept de 'classe'. Les structures institutionnelles lors du passage au fait urbain; les structures militaires, expression des catégories sociales »; M.A. DANDAMAYEV, « Le statut de l'*ikkaru* néo-babylonien »; J. MODRZEJEWSKI, « Régime foncier et statut social dans l'Égypte ptolémaïque »; H. KREISSIG, « Propriété foncière et formes de dépendance dans l'hellénisme oriental »; A. KHAZANOV, « Les formes de dépendance des agriculteurs par rapport aux nomades antiques des steppes eurasiatiques »; M. TORELLI, « Rome et l'Etrurie à l'époque archaïque »; L. CAPOGROSSI COLOGNESSI, « Le régime de la terre à l'époque républicaine »; J. KOLENDO, « Le problème du développement du colonat en Afrique romaine sous le Haut-Empire »; M. MAZZA, « Terra e forme di dipendenza nell'impero romano ».

<sup>39</sup> *La proprietà a Roma. Guida storica e critica*, Bari 1980 : M.I. FINLEY, « Introduzione »; R.P. DUNCAN-JONES, « Alcune conformazioni della proprietà della terra nell'impero romano »; D. CRAWFORD, « Proprietà imperiali »; J. CROOK, « Il diritto romano classico e la vendita della terra »; E. RAWSON, « L'aristocrazia ciceroniana e le sua proprietà »; M.I. FINLEY, « L'affitto della proprietà agricola privata in Italia prima di Diocleciano »; P. GARNSEY, « L'investimento immobiliare urbano »; C.R. WHITTAKER, « Ager deserti ».

<sup>40</sup> *L'agricoltura romana. Guida storica e critica*, Roma-Bari 1982 : L. CAPOGROSSI COLOGNESSI, « Introduzione »; H. GUMMERUS, « L'azienda agricola romana e l'economia agraria nell'opera di Catone »; V.I. KUZISCIN, « L'espansione del latifondo in Italia alla fine della repubblica »; A.J. TOYNEBEE, « Nuove esigenze e opportunità economiche nell'Italia peninsulare e nella cisalpina dopo la guerra annibalica »; E. GABBA, « L' strutture agrarie dell'Italia romana (III-I ac.) ».

<sup>41</sup> *De agricultura, In memoriam Pieter Willem de Neeve*, Amsterdam 1993 : R.J. VAN DER SPEK, « Pieter Willem de Neeve (1945-1990) on ancient agrarian history »; H.T. WALLINGA, « Hesiod's farmer as a salior »; H. SANCISI-WEERDENBURGH, « Salon's hektemoroi and Pisistratid dekatemoroi »; H.W. SINGOR, « Spartan land lots and Helot rents »; R.J. VAN DER SPEK, « New evidence on Seleucid land policy »; D. YNTEMA, « Greeks, natives and farmsteads in south-eastern Italy »; H.S. VERSNEL, « Saturn and the Saturnalia. The question of origin »; D. RATHBONE, « The census qualifications of the assidui and the prima classis »; F. MEIJER, « Cicero and the costs of the republican grain laws »; P. ROSAFIO, « The emergence of tenancy and the *precarium* »; J.N. BREMMER, « *Tibullus colonus* and his *Ambarvalia* »; W. SCHEIDEL, « Sklaven und Freigelassene als Pächter und ihre ökonomische Funktion in der römischen Landwirtschaft »; J. CARLSEN, « The villica and Roman estate management »; H.C. TEITLER, « Free-born estate »; D.P. KEHOE, « Investment in estates by upper-class landowners in early imperial Italy : The case of Pliny the Younger »; L. de LIGT, « The *nundinae* of L. Bellicius Sollers »; H. LIRB, « Partners in agriculture. The pooling of resources in rural *societates* in Roman Italy »; E. LO CASCIO, « Considerazioni sulla struttura e sulla dinamica dell'affitto agrario in età imperiale »; H.W. PLEKET, « Agriculture in the Roman empire in comparative perspective ».

<sup>42</sup> *Demografia, sistemi agrari, regimi alimentari nel mondo antico*, Bari, 1999 : D. VERA, « Premessa »; P. GARNSEY, « Malnutrizione e produttività agricola nel Mediterraneo antico »; G. NENCI, « Il miglio e il panico nell'alimentazione delle popolazioni mediterranee »; G.

publication de *Ager Campanus*<sup>43</sup>. *La romanizzazione della Campania antica*<sup>44</sup>. Il prend la responsabilité de la Session de la Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des droits de l'Antiquité de 2002 sur « paysans, bergers et pêcheurs »<sup>45</sup>.

BALLARINI, « Zootecondissea. Allevamento degli animali e trasformazione degli alimenti di origine animale nel mondo omerico (circa IX secolo a.c.) »; U. FANTASIA, « Aree marginali nella Grecia antica : paludi e bonifiche »; L. GALLO, « Il ruolo delle leguminose nell'agricoltura e nell'alimentazione del mondo greco »; R. SALLERES, « Malattie e demografia nell Lazio e in Toscana nell'antichità »; G. BANDELLI, « La popolazione della Cisalpina dalle invasioni galliche alla guerra sociale »; E. LO CASCIO, « Popolazione e risorse agricole nell'Italia del II secolo a.c. »; J. REMESAL RODRIGEZ, « Politica e regimi alimentari nel principato di Augusto : il ruolo dello stato nella dieta di Roma e dell'esercito »; J. CARLSEN, « Gli Alimenta imperiali e privati in Italia : ideologia ed economia »; M. FORLIN PATRUCCO, « Cristianesimo, monachesimo, demografia »; W. SCHEIDEL, « Salute, agricoltura e popolazione in Egitto nell'età romana e nel XIX secolo »; I. ANDORLINI, A. MARCONE, « L'orzo nell'Egitto greco-romano »; D. SILVESTRI, « Per un progetto di indagine sulla terminologia alimentare nel mondo antico »; D. FORABOSCHI, « Ipotesi per una conclusione ».

<sup>43</sup> *Ager Campanus, atti del Convegno Internazionale La storia dell'Ager Campanus, i Problemi della Limitatio e sua Lettura Attuale, Ral Sito di S. Leucio, 8-9 Giugno 2001, Napoli 2002* : L. MONACO, « Il processo di privatizzazione dell'ager publicus e i riflessi della normativa agraria sull'ager Campanus »; G. FRANCIOSI, « I due dell'ager Campanus misteri dell'ager Campanus »; O. SACCHI, « I limiti e le trasformazioni fino alla *debellatio* del 211 a.c. »; A. MANZO, « L'assetto dopo il 211 a.c. : le ricognizioni di Postumio e di Lentulo »; A. RUSSO, « Nota minima sui Gracchi e l'ager Campanus »; L. MINIERI, « La *rogatio agraria* di Servilio Rullo »; G.M. OLIVIERI, « La legislazione agraria di Cesare »; A. de SIMONE, « La Banca Dati : l'archivio delle conoscenze e le prospettive di ricerca »; R. COMPATANGELO SOUSSIGNAN, « I catasti della Campania settentrionale : problemi di metodo e di datazioni »; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, « *Pagi sanniti e centuriatio romana* »; S. QUILICI GIGLI, « Sulle vie che ricalcano gli antichi assi centuriali »; M. de NARDIS, « Viabilità campana e scritti gromatici »; G.L. SORICELLI, « Divisioni agrarie romane e occupazione del territorio nella piana nocerino-sarnese »; S. de CARO, « Introduzione alle relazioni sugli scavi in atto »; E. LAFORGIA, A. de FILLIPIS, « Centuriazione a Gricignano d'Aversa »; D. GIAMPAOLO, « Un territorio per due città : 'Suessula' e Acerra »; G. TAGLIAMONTE, F. MIELE, « L'ager *Allifanus* »; P.GARGIULO, « Il territorio di *Liternum* »; V. SAMPAOLO, « L'area tra Volturmo e Agnena »; A. CERNIGLIARO, « Un area metropolitana nel Settecento ? ».

<sup>44</sup> *La romanizzazione della Campania antica*, Napoli 2002.

<sup>45</sup> Session de la Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité de 2002 sur paysans, bergers et pêcheurs : G. FRANCIOSI, « La piscatio tinnaria »; S. SERANGELIS, « Normativa in favore degli agricoltori nel tardo impero romano »; F-S. MEISSEL, « *Pecus in commune pascendum dare*, politio und colonia partiararia »; N. BENKE, « Aemilia Pudentilla. A Landowning Lady »; Z. LUCIC, « Plinius der jüngere über das antikes Agrarproblematik »; N. BOGOJEVIC GLUSCEVIC, « Legal Position of Dependent Peasants in Medieval Serbian Coastal Communities : a Parallel with Justinian's Law »; M.C. OLIVER SOLAM, « Los *novenarii*, labradores romanizados en la Navarra bajomedieval »; M. YOUNI, « Farming, Stock-raising and Legislating in Ancient Crete »; J. GOMEZ GARZAS, « El pignus en el Agri cultura de Catón »; R. VAN DEN BERGH, « Ownership of agri deserti during the latest roman Empire »; M.N. LOPEZ GALVEZ, « Campesinos y pastores : el daño por incendio »; E. KARAJOVIC, « Les produits des paysannes, des bergers et des pêcheurs au temps de l'édit sur les prix de Diocletien »; P. ROSAFIO, « Contadini e capitazione dopo la riforma fiscale diocleziana »; A. RUELLE, « *Agere* : vocabulaire rustique ou juridique ? »; F. ZUCCOTTI, « Pastori patrizi e contadini plebei : alcune ipotesi sulle strutture del più arcaico ordinamento romano »; R. RODRIGUEZ LOPEZ, « L'agriculture comme *officium* dans le monde romain »; O. SACCHI, « Agricoltura, pastorizia e *ager publicus* »; M. GARCIA GARRIDO,

De façon très active, Ella Hermon fait ses principales recherches sur la législation agraire et l'occupation du sol : elle est titulaire d'une chaire de recherche au Canada en interactions société-environnement naturel dans l'Empire romain<sup>46</sup>.

VI — Comme je l'ai annoncé au commencement de mon intervention, je n'ai pas aspiré à fixer l'état de la question; ce qui exigerait un travail d'équipe au niveau international et multidisciplinaire, qui permettrait, s'il était stimulé par un Institut d'études agraires – avec les ressources électroniques à notre disposition (portail web, adresses électroniques, bases de données, etc...) – de canaliser les efforts de tant de chercheurs. Parce que, comme soutient Sirago, les études sur l'agriculture romaine ont été à la mode de telle sorte qu'elles se sont converties en thème par excellence du vingtième siècle entre les spécialistes de l'antiquité romaine.

Je termine avec une réflexion de Volterra, qui écrivait en 1937 : « En effet, l'objet d'étude reste toujours le même à travers les siècles. Par conséquent, la notion de la structure des institutions juridiques agraires, les transformations qu'elles éprouvent à travers les différents événements sociaux et politiques, l'effet pratique qu'ils ont atteint, constituent une précieuse et irremplaçable expérience du passé. Pour les chercheurs de cette branche du droit, il sert comme guide imbattable pour l'étude des normes en vigueur; il leur donne la mentalité la plus apte pour apprécier la fonction que chaque institution accomplit dans la vie sociale et économique moderne, il est utile pour prévoir les développements successifs et pour concevoir et suggérer des nouvelles normes et institutions qui s'adaptent mieux à la réalisation des objectifs actuels »<sup>47</sup>.

Néanmoins, la réalité actuelle est tout autre: La discipline du Droit agraire, qui est âgée de un peu plus d'un demi-siècle<sup>48</sup>, est développée par des administrativistes et fondamentalement par des civilistes – avec un grand dynamisme –, mais en tournant le dos au modèle agricole romain, malgré la grande richesse de ses registres<sup>49</sup>.

---

« *Nihil est agricultura melius. Agricola et mercatores* »; L. KOFANOV, « *Nexum e mancipium* nell XII tavole e la situazione dei contadini nexi nel V sec. a.C. »; T. PERALTA ESMER, « Una intuizione di Kant : pastori ed agricoltori »; J.-H. MICHEL, « Bergers et paysans à travers l'histoire romaine »; M. MIRCOVIC, « L'état romain et le système agraire. Possibilité d'étude se fondant sur la comparaison avec les systèmes des pays du tiers monde ».

<sup>46</sup> E. HERMON, *Habiter et partager les terres avant les Gracques*, Paris, 2001; E. HERMON, « Les Gromatici entre fictions et faits », *Histoire, espaces et marges de l'Antiquité. Mélanges M. Clavel-Lévêque*, Besançon, 2003, p. 133-160.

<sup>47</sup> E. VOLTERRA, *Bibliografia di diritto agrario cit.*, p. 3-4.

<sup>48</sup> J.F. DELGADO DE MIGUEL, *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1993, p. 45.

<sup>49</sup> A. PALERMO, « Profili storici del diritto agrario. Diritto romano », *Rivista di diritto agrario* 1, 1966, p. 67-204; Aussi, L. COSTATO, « Per una storia del diritto agrario », *Rivista di diritto agrario* 1, 2003, p. 75-85, apprécie l'histoire du droit agraire.

IV  
REVUES, SOCIÉTÉS SAVANTES  
ET CHANTIERS DE RECHERCHE



LA REVUE BRETONNE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE  
DE F. LAFERRIERE (RENNES, 1840-1842) ET L'ÉCOLE  
HISTORIQUE FRANÇAISE DU DROIT

YANN-ARZEL DURELLE-MARC

« *La science du droit est la science sociale par excellence. Au milieu des inquiétudes morales qui travaillent aujourd'hui la société, elle présente un corps de doctrine qui unit le présent au passé, et nous garantit de l'avenir* ». F. Laferrière<sup>1</sup>

Le monde des revues juridiques à visées scientifiques de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle reste dominé par la *Thémis*<sup>2</sup>, dont l'expérience marque longtemps l'esprit des juristes. Outre ce titre emblématique, dont chacun prétend raviver l'esprit, on ne compte que peu de périodiques ambitieux ou solides jusqu'au milieu de la décennie 1840<sup>3</sup> : aux premiers rangs de ceux-ci figurent les revues *Fœlix* (à partir de 1833) et *Wolowski* (à partir de 1835), qui sont les mieux connues et se distinguent par la plus grande longévité, au-delà des fusions et modifications de titres et de directions de publication. La communauté des revues juridiques s'appuie en réalité sur un petit nombre de personnalités qui en forment le noyau dur, et manifestent tout au long de leur activité, un net attachement à la forme revue et au forum intellectuel qu'elle induit comme aux réseaux qu'elle anime et développe. Après *Fœlix* (1791-1853) et *Wolowski* (1810-1876)<sup>4</sup>, figurent certains des juristes les plus importants

---

*Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté.*

<sup>1</sup> *Revue bretonne de droit et de jurisprudence* (ci-après *Rev. bretonne*), Rennes, Au bureau de la *Revue* et du *Recueil*, 1840-1842 (3 vol.), F. LAFERRIERE, « Introduction », vol.1, p. III. *Nota* : toutes les citations non-référencées par une note infrapaginale ci-après sont tirées de ce texte, p. I-XVI.

<sup>2</sup> *Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte...* (ci-après *Thémis*), Paris, 1819-1831, 10 vol.

<sup>3</sup> Cf., outre la *Thémis*, à titre d'aperçu pour cette période : *Journal général de législation et de jurisprudence*, Paris, 1820, 2 vol.; *Journal des cours publics de jurisprudence, histoire et belles-lettres [...]*, Paris, sn, 1820-1822, 11 vol.; *Revue étrangère de législation et d'économie politique [...]* (ci-après *Rev. Fœlix*), Paris, sn, 1833-1835 (devient la *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique [...]*, Paris, Joubert, 1835-1839); *Revue de législation et de jurisprudence*, (ci-après *Rev. Wolowski*), Paris, sn, 1834-1853 (fusionne avec la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle* pour former la *Revue critique de législation et de jurisprudence*); *Annales théoriques et pratiques du droit commercial [puis] et maritime et des voies et moyens de communication [...]*, Paris, sn, 1835-1844.

<sup>4</sup> Avocat à la cour royale de Paris, prof. de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers » (*Rev. Wolowski*, t.17, janv.-juin 1843, front.)

du XIX<sup>e</sup> siècle, ainsi, Firmin Laferrière (1798-1861)<sup>5</sup>, Faustin Hélie (1799-1884)<sup>6</sup>, Joseph-L.-E. Ortolan (1802-1873)<sup>7</sup>, Édouard de Laboulaye (1811-1883)<sup>8</sup>, etc. qui ne démentent jamais leur investissement dans ces entreprises, soit qu'ils livrent des articles et des compte-rendus d'ouvrages, soit qu'ils prennent une part active et directive dans certaines revues. Ces auteurs se distinguent par leur prédilection, voire leur militantisme, pour l'École historique allemande du droit alors emmenée par Friedrich-Carl von Savigny (1779-1861)<sup>9</sup>, dont les idées animaient déjà la *Thémis*, entre 1820 et 1830<sup>10</sup>, et dont la *Revue Wolowski*, inscrite dans la mouvance libérale<sup>11</sup> et militante<sup>12</sup>, se veut le relais.

Certes, l'École historique ne provoque pas, en France, l'approfondissement des vues qu'elle suscite outre-Rhin, et les questions qu'elle soulève n'y agitent pas autant le monde du droit<sup>13</sup>. Cependant, son *corpus* constitue un point d'appui pour

<sup>5</sup> Ancien avocat à la Cour de Bordeaux, prof. à Rennes (à partir de 1838), collabore à la *Rev. Wolowski* (à partir de 1836), puis à la *Revue de droit français et étranger*, continuation de la *Revue étrangère et française* (par A. VALETTE, J.-B. DUVERGIER, J.-J.-G. FELIX, F.-J. LAFERRIERE, Paris, [s.n.], 1844-1850); cf. notice in O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX<sup>e</sup> siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes...*, Bonn, Bouvier Verlag, 1989, vol.2, p. 1129-1132, et F. Laferrière, in Ch. MILLION, J.-B.-C. COIN-DELISLE, Ch. VERGE et F. LAFERRIERE, *Tables analytiques de la Revue de législation et de la Revue critique de législation et de jurisprudence, précédées des tables de la Thémis et de la Revue de droit français et étranger, par MM. Coin-Delisle [...], Ch. Million, [...] avec une introduction historique par M. Laferrière [...]*, Paris, Cotillon, 1860, 4 part. en 1 vol.

<sup>6</sup> Avocat à la cour royale, puis chef de bureau au Ministère de la Justice; participe à la *Rev. Wolowski* et à la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle* (Paris, Cotillon, 1851-1853, 3t.; devient après fusion la *Revue critique de législation et de jurisprudence*); cf. notice in O. MOTTE, *idem*, vol.1, p. 844-846.

<sup>7</sup> Prof. à la faculté de droit de Paris, ancien contributeur de la *Thémis* (t.10, 1830-31, un article), collaborateur de la *Rev. Wolowski*; cf. M. VENTRE-DENIS, « Joseph-Élzéar Ortolan (1802-1873), un juriste dans son siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* (ci-après *RHFDSJ*) n°16, 1995, p. 172-239.

<sup>8</sup> Éd.-R. Lefebvre de Laboulaye, docteur en droit, avocat, homme politique; collabore à la *Rev. Wolowski* (à partir de 1840), puis fonde la *Revue historique de droit français et étranger [...]*, (Paris, Durand, 1855-1869, 15 vol.); cf. A. DAUTERIBES, *Les idées politiques d'Édouard Laboulaye 1811-1883*, thèse (droit), Montpellier, 1989, et notice in O. MOTTE, *idem*, vol.2, p. 1036-1056.

<sup>9</sup> Cf. J.-M. TRIGEAUX, « Notices pour l'histoire de la science juridique (Fr.-Ch. von Savigny, 1779-1861; A. Rosmini-Serbati, 1797-1855; B. Windscheid, 1817-1875; R. von Jhering, 1818-1892) », *RHFDSJ* n°5, 1987, p. 125-148.

<sup>10</sup> Cf., sur les développements et l'influence de l'École historique allemande en France, J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle », *RHFDSJ* n°19, 1998, p. 87-124, et J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 4-2001 (dossier : *La science juridique entre politique et sciences humaines. XIX<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles*), p. 9-32 (spéc. 13-19); sur les orientations de la *Thémis*, Ph. REMY, « La Thémis et le droit naturel », *RHFDSJ*, n°4 (*La doctrine du droit naturel I*), 1987, p. 145-160.

<sup>11</sup> Sur l'ambiguïté du terme « libéral », cf., par exemple, l'ouvrage de Fr. HUGUENIN, *Le conservatisme impossible : Libéralisme et réaction en France depuis 1789*, Paris, La Table Ronde, 2006.

<sup>12</sup> Elle ouvre ainsi ses colonnes, durant cette période, à A. de Tocqueville ou encore A. de Lamartine.

<sup>13</sup> J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline [...] », art. cit., p. 15-18.

certain théoriciens qui appellent de leurs vœux une réforme des études, une révolution de la méthode de la pensée juridique.

La modeste *Revue bretonne de droit et de jurisprudence* s'inscrit dans ce mouvement, tant par les personnalités qui y participent, que par son contexte et son contenu. Son existence brève (mai 1840-août 1842) et son caractère provincial invitent à la regarder comme une expérience de second rang; au contraire, son personnel (F. Laferrière, V. Foucher, F. Hélie, Éd. de Laboulaye...) et son ambition programmatique obligent à la considérer avec plus d'intérêt, à en réévaluer l'importance. Elle témoigne de l'existence d'un groupe de juristes libéraux actifs, thuriféraires de l'École allemande (I), et d'un corps de doctrine affirmé faisant converger des desseins scientifiques, politiques et moraux (II).

#### I — LA REVUE BRETONNE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, RESEAU DE L'ÉCOLE HISTORIQUE FRANÇAISE ?

En 1840, le jeu politique de la monarchie de Juillet porte Adolphe Thiers au gouvernement pour une brève période (mars-octobre 1840), et Victor Cousin (1792-1867) parvient ainsi au ministère de l'Instruction publique, succédant à Villemain (1790-1870) qui occupait ce ministère depuis dix mois (mai 1839-mars 1840), succédant lui-même à Achille de Salvandy (ministre de 1837 à 1839), promoteur de la réforme des études de droit<sup>14</sup>. Le ministère de Victor Cousin ne dure guère puisque Villemain le reprend bientôt (octobre 1840-février 1845), cédant enfin la place à de Salvandy. Les ambitions de Cousin sont ainsi modérées par la brièveté de ses fonctions.

Ce philosophe, tenant de l'Éclectisme, est l'une des figures de la philosophie de l'histoire en France durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (il y introduit la philosophie hégélienne, au cours des années 1820) et il exerce une puissante influence sur les jeunes juristes libéraux, férus de l'École germanique. Il a collaboré activement au *Journal général de législation et de jurisprudence*<sup>15</sup> au début des années 1820, démontrant son intérêt pour le droit. Il charge de Laboulaye d'enquêtes de terrain, à partir du printemps 1840, sur l'organisation des universités européennes (spécialement allemandes) et sur l'enseignement du droit, en vue de réformer les études juridiques<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Le ministre A. de Salvandy est l'initiateur des deux Hautes Commissions des Études de Droit (1838 et 1845); Éd. de Laboulaye et F. Laferrière appartiennent ensemble à la seconde.

<sup>15</sup> *Journal général de législation et de jurisprudence*, ouv. cité.

<sup>16</sup> Cf. lettre de Laboulaye à Mittermaier, Heidelberg, 29 juin 1840 (in O. MOTTE, *idem*, vol.2, p. 1090) : « M<sup>r</sup> Cousin, le ministre de l'Instruction publique, qui s'occupe activement de cette question de la réforme des études légales, m'a fortement engagé à aller apprendre dans votre pays comment le droit s'enseigne; et je dois à mon retour lui faire un rapport fidèle de l'État [sic] de vos universités ». Et Laboulaye à Savigny, Berlin, 19 juil. 1840 (in O. MOTTE, *ibidem*, vol.2, p. 1108) : « Venu à Berlin avec une recommandation de M<sup>r</sup> Cousin, ministre de l'Instruction publique en France, dans l'intention d'étudier sur place l'Enseignement du Droit, et l'organisation des *Staatsexamen*, j'ose espérer que vous voudrez bien m'admettre à l'honneur de vous présenter mes hommages [...] ». Cf. aussi, Éd. de LABOULAYE, *Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France*, Paris, Hennuyer et Turpin, [1845], 82 p. (extr. de la *Rev. Wolowski*, nov. 1845); et A. DAUTERIBES, « Laboulaye et la réforme des études de droits », *RHFDSJ* n°10-11, p. 13-57.

Ces faits peuvent expliquer pourquoi la première livraison de la *Revue bretonne* paraît deux mois après l'arrivée de Cousin au ministère<sup>17</sup> ; ils peuvent aussi expliquer l'homogénéité d'idées et la cohérence de démarche de ses collaborateurs. Les références à l'action du ministre apparaissent d'ailleurs explicites et enthousiastes, sous la plume de Laferrière rédigeant l'argument de la *Revue bretonne*<sup>18</sup>.

Firmin Laferrière, professeur de droit administratif à Rennes depuis 1838<sup>19</sup>, et auteur d'un *Essai sur l'histoire du droit français [...]*<sup>20</sup> remarqué lors de sa parution (salué par Jules Michelet<sup>21</sup> qui s'est lui-même inspiré des travaux de Victor Cousin<sup>22</sup>), s'est déjà fait un nom dans la science juridique, lorsqu'il entreprend d'inaugurer la *Revue bretonne* : il a en effet publié quatre articles d'histoire des institutions administratives (1836-1838)<sup>23</sup> et son *Cours de droit public et*

<sup>17</sup> Le dossier de F. Laferrière, aux Archives nationales comporte ainsi une lettre d'expédition par le recteur de l'Académie de Rennes, de la 1<sup>re</sup> livraison de la *Rev. bretonne*, à V. Cousin, ministre en exercice (AN F<sup>17</sup> 21045 dos. F. Laferrière; Richelot, recteur d'académie à Rennes au Ministre, 13 juin 1840) : « J'ai l'honneur de vous transmettre la dernière livraison de la revue de Bretagne [*i.e. Rev. bretonne*] qui contient un article de Mr. Hamon, Docteur en droit, sur le cours de Mr. Laferrière, professeur à la faculté de Rennes. / L'auteur et le critique sont également dignes [...] de votre bienveillant intérêt ».

<sup>18</sup> F. Laferrière s'en réfère à V. Cousin et à P.-A.-Fr. Villemain.

<sup>19</sup> Une chaire de « droit constitutionnel et de droit administratif français » ayant été demandée par la faculté de Rennes, dans sa délibération du 19 janv. 1834 (AN F<sup>17</sup> 21045, *idem*; demande réitérée le 9 nov. 1837). F. Laferrière est nommé le 1<sup>er</sup> fév. 1838, et définitivement institué le 18 juin 1842 (*idem*, États de services de F. Laferrière).

<sup>20</sup> F. LAFERRIERE, *Histoire du droit français [...]*, (2 vol.), Paris, Joubert, 1836-1838; autre éd. *Essai sur l'histoire du droit français...*, Paris, Guillaumin, 1859 (2<sup>e</sup> éd.), 2 vol.

<sup>21</sup> ... mais il est fort critiqué par H. KLIMRATH (*Rev. Wolowski*, vol.4, p. 48-62; critique du 1<sup>er</sup> vol., paru en 1836; critique du 2<sup>nd</sup> volume, paru en 1838, par P.-N. RAPETTI qui supplée H. KLIMRATH, mort en 1837, *Rev. Wolowski*, vol.7, p. 325-343). Sur H. Klimrath, voir ci-dessus la communication de Fr. AUDREN.. F. Laferrière rend la politesse à J. Michelet, par les comptes-rendus de son *Origine du droit français* (*Rev. Wolowski*, t.6, 1837, p. 257) et de son *Histoire de France. – L'ordonnance de 1413 dans ses rapports avec l'histoire du droit administratif* (*idem*, t.13, 1841, p. 161 s.).

<sup>22</sup> Prononçant un *Éloge* posthume de F. Laferrière, H. LÉRIDON, indique : « Les cours de la Sorbonne l'attiraient d'avantage [que ceux de la faculté de droit]. C'était l'époque où les leçons de MM. Guizot, Cousin et Villemain excitaient un si grand et si vif intérêt, et donnaient à l'enseignement historique, littéraire et philosophique une impulsion nouvelle. [...] M. Laferrière eut le bonheur d'assister à ces leçons »; et encore « [Deux livres] furent pour lui comme une révélation de la voie qu'il devait suivre. Je veux parler de l'*Histoire du Droit romain au moyen âge*, de M. Savigny, dont le premier volume parut vers 1815 et le dernier vers 1831, et de l'*Histoire de la civilisation en France*, de M. Guizot (1829) »; l'auteur mentionne aussi l'influence de Montesquieu (H. LÉRIDON, *Barreau d'Angoulême; Éloge de M. F. Laferrière...*, Angoulême, Chasseignac, 1877, p. 5 et 10)

<sup>23</sup> « Histoire du droit français (époque révolutionnaire) – principe fondamental », *Rev. Wolowski*, t.5, 1836-1837, p. 80 s.; « Introduction à l'histoire des institutions administratives, discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif, le 30 avr. 1838...», Faculté de Rennes », *Rev. Wolowski*, 1838; « Histoire des institutions politiques et administratives, résumé », *Rev. Wolowski*, t.8, 1838, p. 366 s.; et *Faculté de Rennes. Discours prononcé à la clôture du cours sur l'histoire des institutions politiques et administratives...*, Paris, Joubert, 1838, extr. de la *Rev. Wolowski*, t.8 ; comparer à propos des 1<sup>er</sup> et 4<sup>e</sup> articles cités : Comptes-rendu du Cours de droit administratif professé par M. Laferrière, *Rev. bretonne*, vol.1, p. 18-21 et 103-117).

*administratif* (1839)<sup>24</sup> est l'un des tout premiers du genre. C'est autour de cette figure émergente que se noue le projet de la *Revue bretonne*, à laquelle Laferrière livre cinq textes (dont l'*Introduction* programmatique)<sup>25</sup> et treize comptes-rendus d'ouvrages<sup>26</sup> en deux ans<sup>27</sup>. Il est malaisé d'apprécier le rôle de la *Revue bretonne* dans la carrière de Laferrière, néanmoins, lorsque, en vue d'éloges posthumes, Charles Giraud et Victor Molinier récapitulent sa carrière, tous deux remarquent cette initiative et la pensent digne d'une mention<sup>28</sup>.

À ses côtés, Victor Foucher (1802-1866)<sup>29</sup> est l'individualité la plus active. Cet

<sup>24</sup> *Cours de droit public et administratif [...]*, Paris, Joubert, 1839 (2<sup>e</sup> éd., *idem*, 1841).

<sup>25</sup> « Introduction » [programme de la *Rev. bretonne*] (art.cit.); « Mémoire sur un projet de collection de monuments relatifs à l'histoire du droit civil français » (*idem*, p. 37-54, reproduit dans *Rev. Wolowski*, t.12, juil.-déc. 1840, p. 224 s.); « De la qualité de citoyen, de la nature des droits civiques ou politiques sous la Charte de 1830 ; De l'effet que doit produire sur la législation actuelle l'abrogation tacite de l'art.2 de la Constitution de l'an VIII, relatif à la qualité de citoyen français. – Spécialement, de cet effet par rapport aux témoins instrumentaires. – Examen d'une opinion de M. Toullier » (vol.2, p. 185-218); « De la révocabilité ou de l'irrévocabilité des donations mutuelles entre époux, sous l'ancien droit coutumier, le statut normand et la loi du 17 nivôse an II » (*idem*, p. 555-572); « Constitution de la famille romaine et de la gens, d'après la Loi des XII Tables » (vol.3, p. 1-33 et 81-102).

<sup>26</sup> Sur J.-A. AGNES, *De la Propriété considérée comme principe de conservation, ou de l'hérédité [...]*, Guingamp, Jollivet, 1839-1840, (*Rev. bretonne*, vol.2, p. 322-332 et 583-594); sur A. BEUGNOT (éd.), *Assises de Jérusalem [...]*, Paris, Académie des Inscriptions et Belles-Lettres/Impr. Royale, 1841-1843, t.1 (*idem*, vol.2, p. 322-332 et 583-594); sur J. Berriat-Saint-Prix et R.-O. Bénech, sur la querelle Berriat-Saint-Prix vs Bénech à propos de J. Cujas (*id.*, vol.3, p. 303-305); sur V. FOUCHER (éd.), *Assises du royaume de Jérusalem [...]*, Rennes, Blin, 1839-1840, vol.1 (*id.*, vol.2, p. 322 332 et 583-594); cf. la critique de A. T.Vannier, *id.* vol.1, p. 72-77 et 119-123); sur Ad. GUEROULT, *De la question coloniale en 1842 [...]*, Paris, Gosselin, 1842, (par F. Laferrière et A. Mourier, *id.*, vol.3, p. 306-318); sur HEINECII [i.e. Heinecke J.-G./Heiniccius] *Antiquitatum romanum jurisprudentiam illustrantium syntagma [...]*, Francfort-sur-le-Mein, 1841, (*id.*, vol.2, p. 322-332 et 583 594); sur A.-L.-M. HENNEQUIN, *Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil, II<sup>e</sup> livre...*, Paris, Videcoq, 1838-1841, 2 vol.(*id.*, vol.2, p.322-332 et 583-594); sur Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes [...], traduit de l'allemand [de F. A. SCHILLING], par M. C.-A. Pellat..., Paris, Thorel, 1840 (*id.*, vol.1, 172--174); sur Th. MAREZOLL (et Ch.-A. PELLAT, trad.), *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains [...]*, Paris, Durand, 1852, (*id.*, vol.1, p. 172-174); sur Fr.-C. von SAVIGNY (Ch. GUENOUX, trad.), *Traité de droit romain [...]*, Paris, F.-Didot, 1840-1851, (*id.*, vol.2, p. 322-332 et 583-594); sur R.-Th. TROPLONG, *De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil [...]*, Paris, Hingray, 1840 (*id.*, vol.2, p. 322-332 et 583-594); sur P.VARIN (éd.), *Archives législatives de la ville de Reims [...]*, Paris, Crapelet, 1840-1852, vol.3 (*id.*, vol.2, p. 322-332 et 583 594); sur F. WALTER et A.-A.-Cl.-Ch. HECQUET DE ROQUEMONT (trad.), *Manuel du droit ecclésiastique [...]*, Paris, Poussielgue-Rusand, 1840, (*id.*, vol.2, p. 322 332 et 583-594).

<sup>27</sup> Étant entendu que certains de ces textes sont des réemplois, ou bien sont ensuite réemployés : ainsi, outre les exemples précités, le « Mémoire sur un projet de collection des monuments [...] », paru d'abord dans la *Rev. bretonne* (vol.1, mai-août 1840, p. 37-54), puis dans la *Rev. Wolowski* (t.12, juil.-déc. 1840, p. 224 s.).

<sup>28</sup> Ch.-J.-B. GIRAUD, *Funérailles de M. Laferrière [...]*, Paris, Firmin-Didot, [1861], p. 4, et V.-J. MOLINIER, *Notice sur la vie et les travaux de M. Laferrière [...]*, Toulouse, Douladoure (extr. des *Mémoires de l'Académie des sciences de Toulouse*, VI<sup>e</sup> série, t.1), 1863, p. 14.

<sup>29</sup> Cf. notice in O. MOTTE, *idem*, vol.1, p. 678-681.

avocat-général à la cour royale de Rennes n'est pas dépourvu de relations qu'elles soient professionnelles ou personnelles, puisqu'il est beau-frère de Victor Hugo, lequel jouit déjà de sa gloire d'auteur. L'activité de Foucher ne se limite pas à ses fonctions, puisqu'il collabore régulièrement à la *Revue Wolowski* (depuis 1836), et édite les *Assises du royaume de Jérusalem [...]*<sup>30</sup>, ouvrage qui permet de le ranger parmi les historiens du droit, fût-ce de manière ponctuelle. Il dirige la *Collection des lois civiles et criminelles des États modernes*<sup>31</sup>, qui inscrit son travail dans la lignée de la *Thémis* (et dans l'esprit de la *Revue Wolowski*), et son investissement dans les débats sociaux et politiques, par exemple celui de la réforme pénitentiaire où la *Revue Wolowski* joue un rôle actif<sup>32</sup>, ou celui de la liberté de la presse<sup>33</sup>. Victor Foucher apparaît donc comme un juriste militant, tout à la fois praticien et théoricien, et dont le profil s'approche de celui de son contemporain et ami Faustin Hélie (1799-1884)<sup>34</sup>, lui aussi collaborateur de la *Revue Wolowski* et de la *Revue bretonne*. Le rôle de Foucher dans la *Revue bretonne* correspond à son personnage, puisqu'il livre 3 textes scientifiques<sup>35</sup> et 4 compte-rendus<sup>36</sup> et fournit une *chronique* judiciaire rennaise, en signalant les arrêts notables et en communiquant ses conclusions<sup>37</sup>. Il est probable que le contingent de la *Revue bretonne*, en particulier celui des magistrats et avocats (E. Delamarre, Fr.-M. Du Bodan, Letourneux, Ch. Pouhaër, A.-T.

<sup>30</sup> Cf. *Assises du royaume de Jérusalem [...]*, Genève-Paris, Slatkine-Champion, 1973, 2 vol. (reprod. des éd. de 1839-1841). Cette édition vaut à V. Foucher quelques déboires, et en particulier une fâcherie avec J.-J.-G. Fœlix : cf. Lettre de M. Victor Foucher, à l'occasion des critiques adressées à sa publication des *Assises de Jérusalem* (*Rev. Wolowski*, t.9, 1838-1839, p. 471 s.), et lettre de Foucher à Mittermaier, Rennes, 20 janv. 1842 (in O. MOTTE, *idem*, vol.1, p. 691-692); J.-J.-G. Fœlix semble avoir en outre accusé V. Foucher de *plagiat* à l'occasion de la publication de la traduction du Code de Russie (*ibidem*; et cf. V. FOUCHER, « Aperçu historique de la législation de l'Empire de Russie », *Rev. bretonne*, vol.2, 1840-1841, p. 478-525). En contrepartie, les *Assises de Jérusalem* bénéficient de deux comptes-rendus favorables dans la *Rev. bretonne* (par A.-T. VANNIER, vol.1, 1840, p. 72-77 et 119-123, puis F. Laferrière, vol.2, 1840-1841, p. 322-332 et 583-594).

<sup>31</sup> V. FOUCHER, A. de CLERQ, A. TAILLANDIER, W. WINTGENS, PORTALIS et TOLHAUSON, *Collection des lois civiles et criminelles des États modernes [...]*, Paris, Imp.royale, 1833-1864, 10 vol.

<sup>32</sup> Cf. V. FOUCHER, « Quelques observations sur le régime pénitentiaire » (*Rev. Wolowski*, t.5, 1836-1837, p. 41 s.), « Sur la réforme des prisons » (*idem*, t.7, 1837-1838, p. 4 s.) et *Visites d'un magistrat au pénitencier des jeunes détenus de Paris...*, Paris, Joubert, 1840.

<sup>33</sup> De la publicité des débats parlementaires par voie de presse, *Rev. bretonne*, vol.2, 1840-1841, p. 72-100.

<sup>34</sup> Cf. notice dans O. MOTTE, *ibidem*, p. 844-846.

<sup>35</sup> Outre *l'Aperçu historique [...]*, précité : « De la publicité des débats parlementaires par voie de presse » (*Rev. bretonne*, vol.2, 1840-1841, p. 72-100) et « Essai sur le droit international » (*id.*, vol.1, 1840, p. 1-17 et 139-167).

<sup>36</sup> Sur J.-E. ORTOLAN, *Notice biographique sur M. Dupin* [« Aîné » (1783-1865)]..., Paris, Joubert, 1840, (*id.*, vol.1, 1840, p. 174-177); sur F. HELIE et A. CHAUVEAU, *Théorie du Code pénal...*, Paris, Legrand et Descauriet, 1837-1842, 8vol., 5<sup>e</sup> vol. (*id.*, vol.1, 1840, p. 67-72); sur J.-H.-Cl. MANGIN (et F. HELIE pour l'introduction), *Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions [...]*, Paris, Nève, 1839, (*id.*, vol.1, 1840, p. 33-35); sur S.-Ch.-Th. MONGALVY, *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale [...]*, Paris, Dupont, 1827, (*id.*, vol.3, 1841-1842, p. 596-611).

<sup>37</sup> Cf. « De la translation du domicile politique en matière électorale » (*Rev. bretonne*, vol.3, 1841-1842, p. 113-137), qui reproduit des conclusions de V. Foucher devant la cour.

Vannier) et de certaines personnalités parisiennes (F. Hélie, J.-É. Ortolan) doit beaucoup à la présence de Victor Foucher auprès de Firmin Laferrière, le premier étant implanté depuis plus longtemps dans la capitale bretonne et bénéficiant d'un meilleur entourage que l'ancien avocat bordelais<sup>38</sup>. L'investissement de Foucher dans la *Revue bretonne* peut encore se mesurer au fait qu'il la mentionne en une occasion au moins dans sa correspondance allemande<sup>39</sup>.

La *Revue bretonne* compte, au cours de son existence 32 contributeurs dont 23 figurent au frontispice<sup>40</sup>. La notion de « collaborateur » soulève des difficultés : la durée d'existence de la revue ne permet pas d'appliquer des critères rigoureux quant au nombre et à la durée des collaborations. Il serait ainsi hasardeux de préjuger de la continuation d'une collaboration à partir d'une première contribution, ou du fait que les « collaborateurs » cités au frontispice et qui ne livrent aucune contribution<sup>41</sup>, ne figurent que pour caution. Mais si l'on prend le parti d'écarter les

<sup>38</sup> Il ne s'agit pas, bien entendu de minimiser les ressources propres de F. Laferrière, qui *fait son droit* à Paris en 1817-1819 : il assiste donc *in situ* aux débuts de la *Thémis* et côtoie entre autres J.-A.-St. Dufaure (1798-1881) et A.-Fr.-A. Vivien de Goubert (1799-1854); cf. P. GONOD, *Édouard Laferrière un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, p. 2, et O. PIROTTE, *Alexandre-François-Auguste Vivien de Goubert (1799-1854). Contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, Paris, LGDJ, 1972, p. 28.

<sup>39</sup> Foucher à Mittermaier, Rennes, le 20 janv. 1842 : « Vous recevrez également, monsieur et ami, un exemplaire d'un ouvrage sur le droit commercial que vient de publier un de mes collègues; c'est un livre *capital*, émané d'un vieux jurisconsulte [E. Delamarre] et d'un jeune professeur [J. Le Poitevin] et que je recommande à tout votre bienveillant intérêt; mon collègue désirerait vivement que vous en fissiez rendre compte dans les journaux spéciaux. De mon côté, je me permets de vous demander de faire reproduire dans une de vos revues l'article que M<sup>r</sup> Laferrière a inséré dans le numéro 4 (février 1841) p. 323 de la revue de droit Bretonne sur mes assises de Jérusalem car il émane d'un homme compétent pour juger les travaux de cette nature » (O. MOTTE, *idem*, vol.1, p. 691-692; nous soulignons).

<sup>40</sup> Huit contributeurs ne figurent pas en frontispice : Bénech (1807-1855), prof. à Toulouse; Carou juge de paix, Nantes, ex-juge au tribunal civil de Saint-Brieuc; Colombel (1813-1856), avocat et homme politique, Nantes; Grimaud, avocat à Grenoble; Guilhe Lacombe Devillers, docteur en droit, Rennes (semble collaborer ensuite avec A. Lemoyne de La Borderie); Mourier (1807-1890), agrégé, prof. de philosophie (Rennes ?), Vacquier, prof. suppléant, Toulouse; en outre deux auteurs restent non identifiés, « L. A. » et « X » (cf. vol.2, 1840-1841, p. 110-112, et vol.3, 1841-1842, p. 253-272). Excepté Bénech et Colombel, qui interviennent à deux reprises, chacun de ces contributeurs n'intervient qu'une seule fois, soit en livrant une dissertation (Guilhe Lacombe Devillers, Grimaud), soit en rédigeant un compte-rendu (Mourier, « L. A. » et « X »).

<sup>41</sup> Ainsi les 9 personnes suivantes : Bidard (prof., droit, Rennes); Bressolles (1816-1892; docteur, droit, suppléant provisoire, Toulouse; apparaît au vol.3, 1841-1842); Du Bodan (1<sup>er</sup> avocat-général, Rennes); Hüe (prof., droit, Rennes; intervient dans la *Rev. Wolowski*); Koenigswarter (1814-1878; docteur en droit, Paris; disparaît au vol.3, 1841-1842; collab. de la *Rev. Wolowski* à partir de 1841); Morel (prof., droit, Rennes); Pouhaër (avocat à la cour royale, Saint-Brieuc; disparaît au vol.3, 1841-1842; collab. de la *Rev. Wolowski*); Rapetti (1811-1885; avocat, Paris; dans vol.3, 1841-1842, « docteur en droit, professeur-suppléant au collège de France », sur le poste de J.-L.-E. Lerminier; collab. de la *Rev. Wolowski* (1835-1843); Richelot (prof., « doyen de la Faculté de droit » dans vol.3, 1841-1842, Rennes; recteur de l'académie); Schützenberger (1799-1859; prof. droit, Strasbourg; adjoint au maire, puis maire du lieu); Trolley (prof., droit, Caen; apparaît au vol.2, 1840-1841); Vatar (prof., doyen, droit, Rennes, disparaît au vol.3, 1841-1842).

cautions symboliques supposées et les contributions ponctuelles, restent, outre Laferrière et Foucher, 9 collaborateurs dignes d'être signalés : E. Delamarre ; Ch. Gougeon ; F. Hélie ; Éd. de Laboulaye ; J. Lepoitevin ; J.-M. Lehuërou ; H. Letourneux ; J.-E. Ortolan ; M.-Fr. Taulier ; A.-T. Vannier<sup>42</sup>, auquel il convient d'ajouter R.-O. Bénech et Ev. Colombel<sup>43</sup>. L'importance relative de chacun ne permet pas de les conserver sur un pied d'égalité, et l'on y distingue Laboulaye et Ortolan. Quant à ce dernier, cependant, son unique contribution<sup>44</sup> oblige à le considérer plutôt comme une caution active, que comme véritablement investi dans l'entreprise ; il est celui par qui s'établit de manière explicite le lien avec la *Thémis*, à laquelle il a contribué *in extremis*<sup>45</sup>. Quant à Laboulaye, la mention de la *Revue bretonne* dans l'une de ses lettres à Bluntschli<sup>46</sup>, indique qu'il la considère assez pour s'en prévaloir.

Mais le personnel de la *Revue bretonne* peut être aussi regardé sous un autre angle. Des 30 « collaborateurs » ou « contributeurs » identifiés, 17 sont enseignants (15 enseignent le droit<sup>47</sup>, et 2 sont docteurs en droit) ; 6 sont magistrats et 5 avocats ; 4 personnalités exercent un mandat politique (Bénech, Colombel, Laboulaye et Schützenberger). Par ailleurs, la *Revue* réunit 18 bretons (8 des 9 professeurs de

<sup>42</sup> Delamarre, conseiller à la Cour royale, Rennes; Gougeon, prof.-suppléant, droit, Rennes; Hélie, avocat à la cour royale, puis chef de bureau au Ministère de la Justice, Paris; Laboulaye, docteur en droit, avocat, homme politique, Paris; Lepoitevin (1800-1864), prof.-suppléant, droit, Rennes; Lehuërou (1807-1843), prof. agrégé de la Faculté des Lettres pour l'histoire, Rennes; Letourneux, procureur-général à Douai puis Poitiers; Ortolan, prof., droit, Paris; Taulier, prof., droit, Grenoble; Vannier, avocat, directeur de la *Rev. bretonne*, Rennes.

<sup>43</sup> Le premier démontre ensuite une fidélité certaine à F. Laferrière et, au travers de la fondation de l'Académie de Législation de Toulouse, une convergence de vues avec le projet breton. Le second a certainement un intérêt politique à sa participation, laquelle ajoute une corde intellectuelle et scientifique à son arc de notabilité politique locale; si ses contributions demeurent ponctuelles et modestes (« Code Henri III » – « Législations Royales au XVI<sup>e</sup> s. » – « Coutumes », dans *Rev. bretonne*, vol.2, 1840-1841, p. 443-458, et « XVI<sup>e</sup> s. » – « Droit romain » – « Féodalité » – « Conquêtes juridiques », *ibidem*, p. 549-554 et vol.3, p. 137-143), elles doivent néanmoins être portées au crédit d'un homme dont les activités principales ne lui laissent sans doute guère de temps.

<sup>44</sup> «Des stipulations accessoires dans l'ancien droit Romain. Des Adstipulateurs (*adstipulatores*) et des Adpromettants (*adpromissores*), chez les Romains » (*Rev. bretonne*, vol.2, 1840-1841, p. 459-477).

<sup>45</sup> Cf. *Thémis*, t.10, 1830-1831. Il est bien entendu que cette *Thémis*-là n'est pas celle des débuts.

<sup>46</sup> Laboulaye à Bluntschli, Paris, 16 fév. 1841 « Je vous ai adressé il y a peu de temps un numéro d'une revue juridique peu connue, la *Revue Bretonne*, pour laquelle j'ai traduit une brochure des plus intéressante qu'a publié à Turin Monsieur Baudi di Vesme. C'est un travail sur les impôts de la Gaule au IV<sup>e</sup> siècle qui complète en plus d'un point les recherches de M<sup>r</sup> de Savigny sur les impôts romains, au moyen d'une détermination exacte de la valeur de l'unité imposable, du *caput*. M<sup>r</sup> de Savigny auquel j'en avais parlé désirait beaucoup connaître ce mémoire qui a été peu répandu; c'est pour le faire mieux connaître que j'ai pris le parti de le traduire; j'espère qu'il vous intéressera » (O. MOTTE, *idem*, vol.2, p. 1059-1060; nous soulignons; cf. *Rev. bretonne*, vol.2, p. 1-68).

<sup>47</sup> Mourier : philosophie, Rennes; Lehuërou : histoire, *idem*.

droit de Rennes<sup>48</sup>, des magistrats, avocats et docteurs), 8 provinciaux (dont trois toulousains : Bénech, Bressolles et Vacquier, qui restent liés à Laferrière par la suite) et 5 « parisiens » (Faustin. Hélie, Königswarter, Laboulaye, Ortolan et Rapetti). Enfin, 12 auteurs de la *Revue bretonne* émargent aussi à la *Revue Wolowski*<sup>49</sup> dans le même temps (et parmi eux, tous les « parisiens », ainsi que les principaux contributeurs). L'on pourrait encore s'interroger sur les absents de la *Revue bretonne*, sur le proluxe J.-L. Le Hir (pseud. « L. Le Léonais »), collaborateur actif du *Recueil des arrêts de la Cour royale de Rennes*, sur ceux qui, comme Hello<sup>50</sup>, semblent devoir y contribuer naturellement, ou ceux qui, comme Troplong par exemple, manifestent un intérêt pour la science juridique rennaise<sup>51</sup>, sans souscrire à l'entreprise ; les absences, cependant, s'expliquent moins encore que les présences.

Quant à l'économie interne de la revue, elle mérite aussi quelques remarques relatives au réseau qu'elle met en œuvre et au contenu qui est le sien. En matière de réseau, on remarque que sur les 26 comptes-rendus d'ouvrages présentés en 2 années, 10 concernent des titres dans lesquels des auteurs de la *Revue bretonne* ont une part (auteur, traducteur, « introducteur » ou éditeur). En termes de contenu, 12 de ces mêmes comptes-rendus regardent des ouvrages ou recueils explicitement historiques (d'histoire du droit), ce qui n'augure pas de l'absence des aspects historiques dans des ouvrages de droit positif.

Enfin, des 25 articles de fonds (hors comptes-rendus, discours, dissertations et chroniques), 14 touchent directement à l'histoire du droit, auxquels s'ajoute une

<sup>48</sup> Recensement de 1838 (cf. « Tableau de l'état actuel des neuf facultés de droit de France », *Rev. Wolowski*, t.9, 1838-1839, p. 392). Seul Sarget, prof. de droit romain, ne se joint pas, fût-ce symboliquement, à la *Rev. bretonne*.

<sup>49</sup> D'après les tables de la *Rev. Wolowski*, pour la période 1835-1843 : Bénech, Bressolles, Foucher, Hélie, Hüe, Königswarter, Laboulaye, Laferrière, Ortolan, Pouhaër, Rapetti, Taullier. *Nota* : 9 collaborateurs de la *Rev. bretonne* émargent aussi à la *Rev. Félix*, mais ces participations ne sont pas encadrées dans la seule période 1836-1843 (avant et pendant la *Rev. bretonne*), de plus le cas de V. Foucher, par exemple, laisse penser que ces contributions ne répondent pas aux mêmes motivations (cf. Ch. MILLION *et alii*, *Tables analytiques [...]*, ouv. cité).

<sup>50</sup> À ce moment, Chr.-G. Hello quitte son poste de procureur-général à la cour de Rennes pour celui d'avocat-général à la Cour de cassation, et il donne, dans la *Rev. Wolowski* (t.11, janv.-juin 1840, p. 469 s.), un compte-rendu sur la *Théorie du Code pénal*, de F. HELIE et A. CHAUVEAU, tandis que la *Rev. bretonne* (vol.1, mai-août 1840, p. 25-33) donne, sous la plume de H. LETOURNEUX, un compte-rendu de sa *Philosophie de l'histoire de France*, par C.-G. Hello [...], Paris, Joubert, 1840; mais il est aussi vrai que Chr.-G. Hello intervient dans le même temps dans la *Rev. Félix* (t.11, p. 481 s., « De l'égalité devant la loi »). Sur Chr.-G. Hello, cf. la contribution du professeur Chr. CHESNE, dans ce même volume.

<sup>51</sup> R.-Th. Troplong (1795-1869), président de chambre à la Cour de Nancy, puis conseiller à la Cour de cassation, collab. actif de la *Rev. Wolowski*, s'est intéressé à Ch.-B.-M. Toullier (cf. R.-Th. TROPLONG, *De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil [...]* [*Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier*], Paris, Hingray, 1840, 3 vol., dont F. Laferrière donne un compte-rendu dans la *Rev. bretonne*, vol.2, 1840-1841, p. 322-332 et 583-594); pour sa part, il rend compte du *Cours de droit administratif*, de F. LAFERRIERE (*Rev. Wolowski*, t.15, 1842, p. 22 s.) et du *Traité du contrat de commission*, par E. DELAMARRE et J. LEPOITEVIN (*idem*, t.16, 1842, p. 47 s.).

longue dissertation (de G. Grimaud)<sup>52</sup> et deux comptes-rendus de cours et conférences (de F. Laferrière et J. Lepoitevin)<sup>53</sup>) essentiellement consacrés à l'histoire du droit. Parmi les « collaborateurs » de la *Revue bretonne*, et pour ceux d'entre eux dont on a pu reconstituer, fut-ce partiellement, la bibliographie, il apparaît que la plupart ont mené et publié des recherches historiques.

Ainsi la *Revue bretonne* ne peut s'analyser seulement en termes locaux, ni être regardée comme la fantaisie d'une province irrédente. Si elle exprime, de par son recrutement, son enracinement régional et son parti-pris scientifique, elle entend « donner un organe spécial à la science [juridique] », et « seulement marquer le point de départ d'un mouvement qui s'étend[e] sur le pays en commençant par la Bretagne », précisant que « [t]out esprit de concentration, d'isolement, d'égoïsme provincial, serait un esprit rétrograde et stérile ».

## II – LA REVUE BRETONNE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, ORGANE DE L'ÉCOLE HISTORIQUE FRANÇAISE ?

La *Revue bretonne* ouvre ses colonnes par une « Introduction » due à F. Laferrière, et qui lui fixe un programme ambitieux. Après s'en être référé à l'action du Gouvernement qui doit ouvrir « des chaires nouvelles à quelques parties absentes du droit » (en histoire du droit, droit administratif et commercial<sup>54</sup>) et promet, à travers différents concours<sup>55</sup>, les travaux de science juridique, l'auteur rappelle que « la magistrature et le barreau [...] souffrent du déclin de la doctrine » et insiste sur la nécessité de « régénérer les fortes études ».

Laferrière entreprend ensuite de justifier l'initiative rennaise par l'énumération des *gloires* philosophiques, littéraires, morales et juridiques bretonnes, depuis Abélard jusqu'à Toullier et de Descartes (*sic*<sup>56</sup>) jusqu'à Chateaubriand, sans oublier Lamennais. Ce beau panthéon armoricain participe à la définition d'une ambition morale chrétienne<sup>57</sup>, pour la *Revue bretonne*. Et de conclure cette exorde en affirmant qu'à défaut d'un Toullier, la Bretagne se doit d'« offrir la voix de ses disciples et [de] convier les Facultés à répondre par leur concours à ce généreux appel [du

<sup>52</sup> « De la dot en droit romain » (*Rev. bretonne*, vol.3, 1841-1842, p. 169-247).

<sup>53</sup> F. LAFERRIERE, « Cours de Droit administratif » (par HAMON, *Rev. bretonne*, vol.1, 1840, p. 18-21 et 103-117); J. LEPOITEVIN, « Conférence particulière sur le droit commercial » (vol.1, 1840, p. 21-25, 61-66, 117-119, 167-171).

<sup>54</sup> C'est dans les deux dernières matières que des chaires sont créées durant les années 1830-1840 (cf. « Tableau de l'état actuel des neuf facultés de droit [...] », art.cit.).

<sup>55</sup> À la manière des académies d'Ancien Régime, les facultés de droit sont invitées à organiser des concours de dissertation juridiques, dont l'objet, à l'instar du « Concours général », est purement *sportif*.

<sup>56</sup> R. Descartes (1596-1650) est breton à la mode de Bretagne...

<sup>57</sup> F. Laferrière mentionne le *Génie du Christianisme* de Chateaubriand, « inauguré [...] sur les ruines de l'impiété de 93 et de l'an V », parle du « matérialisme littéraire de l'Empire » auquel s'oppose le « spiritualisme des Martyrs » (du même) et il salue la lutte de F. de Lamennais contre les « doctrines anti-chrétiennes » (cf. *Essai sur l'indifférence en matière de Religion [...]*, 1817), tout en fustigeant les « tristes aberrations [du] disciple contradictoire de Pascal et de Rousseau ». Laferrière choisit donc le Lamennais royaliste et ultramontain, et rejette le chrétien libéral, fondateur de *L'Avenir* (en 1830, avec Lacordaire et Montalembert) et auteur des *Paroles d'un croyant* (1834), que Rome a condamné en 1832.

Gouvernement] ».

L'on peut inférer les grandes lignes du projet de Firmin Laferrière, tel qu'il apparaît en filigrane : le succès des universités de culture germanique, lesquelles font alors figure de modèles<sup>58</sup>, tient apparemment à leur multiplicité et à leur diversité ; celle-ci garantit l'émulation et celle-là stimule la fécondité, permet la conservation de l'indépendance et de la variété. L'université française du premier XIX<sup>e</sup> siècle n'apparaît pas si prodigue<sup>59</sup> et il s'agit de trouver remède à cette indolence. L'une des tares consubstantielles de l'université est alors l'empire de Paris : il n'est de vérité que prononcée *intra muros* et, *extra muros*, sont les gloses secondaires. Mais, soumise à une hiérarchie rigide, frileuse et jalouse (incarnée jusqu'en 1837 par le doyen Delvincourt, par exemple<sup>60</sup>), dont les juristes libéraux souffrent depuis la *Thémis*, la Faculté de Paris ne joue pas le rôle impulsif qui pourrait être le sien. Créer, en province, un ou plusieurs centres, un ou plusieurs organes périodiques, provoquer la diversification et la multiplication des centres de la science juridique, afin d'atteindre, à terme, une situation de diversité et d'excellence de type germanique, tel pourrait être le résumé des ambitions de l'entreprise de Laferrière.

Évoquant à plusieurs reprises le précédent de la *Thémis*, F. Laferrière cite avec soin les œuvres provinciales (de Ch.-B.-M. Toullier, Rennes ; J.-B.-V. Proudhon, Dijon ; G.-L.-J. Carré, Rennes ; P. Boncenne, Poitiers ; J.-Fr. Rauter, Strasbourg ; R.-Th. Troplong, Nancy ; H. Teissier ; Ch. Giraud, Aix-en-Provence), pour attester la compétence de cette périphérie, qui « s'est [...] tenue à l'écart ». Et l'auteur, tenant de l'École historique, de rappeler Cujas et « cette École du seizième siècle qui brilla au centre des provinces du royaume » ; de prêter aux provinces la tranquillité propice à « [l]a science des lois [qui] n'est point [...] un accident de la vie et de l'histoire des nations [qui] renferme, [et] féconde dans son vaste sein les trois éléments de la durée, les travaux des générations passées et présentes, les destinées futures ».

Mais le professeur précise aussitôt que l'initiative bretonne ne relève d'aucun *localisme*<sup>61</sup> : « [a]u moment où des hommes de savoir et de cœur veulent travailler activement à la décentralisation de l'enseignement supérieur, et faire refluer vers les départements cette surabondance de jeunes gens et d'hommes capables qui s'accumulent à Paris, la province doit montrer sa puissance, ou du moins son désir de vie ; elle doit répondre *au signal donné d'en haut !* Ce n'est pas telle ou telle contrée de la France qui devra prendre part au mouvement de rénovation, c'est la

<sup>58</sup> F. Laferrière cite le texte de Éd. de LABOULAYE, *Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France*, ouv. cité.

<sup>59</sup> Cf. Fr. AUDREN, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIXe et au tournant du XXe siècle*, thèse, dir. prof. J.-L. Halpérin, Dijon, Université de Bourgogne, déc. 2005.

<sup>60</sup> Cf., par exemple, in Ph. REMY, « « La Thémis » et le droit naturel », *RHFDSJ* n°4 (*La doctrine du droit naturel I*), 1987, p. 145-160, et M. VENTRE-DENIS, « La faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration, L'affaire Bavoux », *idem* n°5, 1987, p. 33-64.

<sup>61</sup> Originaire de Saintes et précédemment inscrit au barreau de Bordeaux, F. Laferrière conserve son domicile politique dans sa région natale, ce qui explique les demandes de congés qu'il présente au Ministère (cf. AN F<sup>17</sup> 21045, *idem*) ; ceci plaide pour la sincérité de son propos sur le *localisme*.

province en général, c'est-à-dire la France entière hors les murs de Paris »<sup>62</sup>. L'auteur place ainsi la *Revue bretonne* sous le patronage du ministre (Victor Cousin), auquel il prête la pensée de créer, après une « Université bretonne », « de grands centres universitaires dans les principales villes du royaume ». La Bretagne n'apparaît plus alors comme le lieu d'une initiative isolée, mais au contraire comme celui d'une expérimentation voulue par le ministre et le point de départ d'une réforme des études juridiques<sup>63</sup>.

Quant aux orientations scientifiques et méthodologiques de la *Revue bretonne*, F. Laferrière les expose ensuite, décrivant les trois parties composant une science juridique élevée, à savoir l'*Histoire*, la *Philosophie* et la *Dogmatique*.

L'auteur de l'*Histoire du droit français* admet que « [l']histoire du droit est à son début en France » ; mais il suppose aussi un large désir de *régénération* du droit par l'histoire et en appelle à la renaissance de « la science des jurisconsultes ». Il trace alors la généalogie classique, revendiquée par l'École allemande, et qui reconnaît dans Cujas le père-fondateur du mouvement dont G. Hugo et Fr.-Ch. von Savigny sont les continuateurs. F. Laferrière voit dans la méthode exégétique l'effet contrariant de la codification, mais la comprend comme une phase nécessaire qui ne fait pas durablement obstacle au mouvement général : l'*Exégèse* est un passage obligé qui perturbe l'évolution des sciences juridiques, et qui doit leur rendre bientôt la *maîtrise* de la matière du droit français. F. Laferrière estime que la création de chaires d'Histoire du droit est prochaine<sup>64</sup> et que les travaux en cours (éditions critiques de sources historiques<sup>65</sup>) annoncent le retour à une approche historique du droit. Cet enthousiasme presque juvénile, ne l'empêche pas de marquer sa différence d'avec Éd. de Laboulaye qui voit « dans les *Institutes* la matière d'un cours purement historique »<sup>66</sup>. En effet, « [l']histoire du droit ne doit être qu'un moyen d'arriver à la *dogmatique* pour la soutenir et lui donner une plus large base. Du moment qu'elle l'absorberait, elle manquerait son but »<sup>67</sup>. Il éclaircit d'ailleurs sa position quant au rôle de l'histoire, et plus particulièrement du droit romain, par ce propos : « Si le droit romain est une science morale qui ait approché la perfection, il ne faut pas en savoir seulement l'histoire, *il faut l'étudier en lui-même* ; ses principes constitutifs ne peuvent pas être stériles pour la science moderne, puisqu'ils sont des principes de justice, de raison, de *spiritualisme social* : les institutions romaines sont

<sup>62</sup> Nous soulignons.

<sup>63</sup> Les gouvernements de la monarchie de Juillet en usent pareillement de la Bretagne pour la création des Écoles normales : cf. G. NICOLAS, *Instituteurs entre politique et religion : la première génération de normaliens en Bretagne au 19<sup>e</sup> siècle*, Rennes, Apogée, 1993.

<sup>64</sup> En fait il faut attendre le décret du 28 déc. 1880 pour voir instituer un cours et un examen annuels d'Histoire du droit (cf. J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline [...] », art. cit., p. 22).

<sup>65</sup> F. Laferrière annonce ici son article, « Mémoire sur un projet de collection des monuments... (art.cit.), où il rend hommage à H. Klimrath. Il faut reconnaître dans ces propos une allusion aux éditions concomitantes de sources de Ch. Giraud, Éd. de Laboulaye, J.-É. Ortolan et V. Foucher, par exemple.

<sup>66</sup> Laferrière s'en réfère ici à « M. Éd. de Laboulaye, De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin » (*id.* note 1 de p.x); cf. une autre expression des vues du même Éd. de LABOULAYE : *Quelques réflexions sur l'enseignement du droit*, ouv.cité, et A. DAUTERIBES, art. cit..

<sup>67</sup> Nous soulignons.

de l'ordre purement historique ; mais les principes du droit romain seront les *fondements éternels* de la science et de la société civile »<sup>68</sup>. « Il faut l'étudier en lui-même » : l'expression vaut dédicace au *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny, dont le premier volume paraît en 1840 et dont Charles Guenoux entreprend de suite la traduction<sup>69</sup>. Laferrière apprécie l'histoire moins comme une progression des techniques politiques et juridiques, que comme le dépôt des vérités du droit et de la morale. Il convient d'y puiser les principes de la *société civile*.

La définition et la fonction que Laferrière attribue ensuite à la *Philosophie du droit* découle de ces prémices : « la philosophie du droit, c'est le Droit lui-même, interrogé dans sa source rationnelle et morale ». Les Romains – les Stoïciens – ont conduit le droit et la philosophie à la plus heureuse harmonie et ce n'est qu'à Grotius et à l'École du Droit naturel que l'on doit un divorce de la philosophie et du droit : le Droit naturel eut l'avantage de faire « diversion aux luttes de la force [...] de la guerre des trente ans », c'est-à-dire de permettre d'imposer un droit (un « droit public entre les nations ») par-delà les dissensions religieuses ; pourtant le Droit naturel s'est ensuite révélé impuissant à subsumer le droit civil, et « [l']école de Grotius s'est résumée dans les traités de Burlamaqui [ :] faible résultat » ! L'École du Droit naturel semble coupable de substituer la médiocrité à l'éclat de l'école de Cujas. *In fine*, « la philosophie du droit ne [peut] être séparée du droit civil [...] elle s'[identifie] avec ses principes fondamentaux [...] puisque le droit est par dessus tout, la science des principes et des *rappports, moralement nécessaires de l'homme et de la société* »<sup>70</sup>. Et pour F. Laferrière, cela ne fait aucun doute : c'est là toute « la gloire des jurisconsultes romains, nourris des principes de la philosophie stoïcienne ».

Mais la philosophie doit pareillement s'unir à l'histoire du droit en une *philosophie de l'histoire du droit*. Quant à la méthode, Laferrière renvoie aux travaux de Vico (traduit par J. Michelet en 1827<sup>71</sup>), de Montesquieu, pour les plus anciens, et à ceux de Cousin, Guizot et Michelet, pour les contemporains : l'histoire du droit attend l'auteur qui saurait lui appliquer la philosophie de l'histoire contemporaine et Laferrière en donne une recette : « [c]'est au point de vue du christianisme, de son alliance avec les *principes* du droit romain et avec les *institutions* des peuples modernes, que la philosophie de l'histoire du droit est possible ». Peut-être se pense-t-il digne d'endosser cette éminente fonction, de faire revivre ce « dix-septième siècle, qui était comme le couronnement de la science catholique » et dont aussi bien l'éclat intellectuel que le christianisme moral le fascine (il s'en réfère à Bossuet avec béatitude). L'auteur mesure toute la distance à parcourir alors qu'en ce XIX<sup>e</sup> siècle, l'histoire du droit reste un domaine germanique, mais il augure bien de l'émergence

<sup>68</sup> Nous soulignons.

<sup>69</sup> *Traité de droit romain, par M. F. C. de Savigny [...], traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux [...]*, Paris, Firmin-Didot, 1840-1851, 8 vol. (et compte-rendu par F. LAFERRIERE dans *Rev. bretonne*, vol.2, nov. 1840-août 1841, p. 322-332 et 583-594)

<sup>70</sup> Nous soulignons. La formule s'inspire de MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, Paris, nrf/Gallimard, 1951, p. 232), mais la dimension morale n'est pas présente dans le texte de cet auteur, du moins pas de cette manière. Montesquieu influence profondément F. Laferrière, ainsi que le remarquent Ch. GIRAUD (ouv. cité, p. 3) et V. MOLINIER (ouv. cité, p. 10).

<sup>71</sup> G. VICO, *Principes de la philosophie de l'histoire, traduits de la « Scienza nuova » de J. B. Vico et précédés d'un Discours sur le système et la vie de l'auteur, par Jules Michelet [...]*, Paris, Renouard, 1827.

d'une École française du droit, quoique la *Revue bretonne* s'en doive tenir à des objectifs plus modestes : « [...] recueillir des matériaux pour l'édifice de l'avenir ; c'est tout ce que peut se promettre une revue scientifique ».

*Histoire et Philosophie* servent enfin la *Dogmatique*, pour laquelle « doivent travailler la logique, l'étude des textes, l'exégèse ». La dogmatique est le point de convergence des compétences juridiques : « La dogmatique, c'est la véritable science ramenée à cet état lumineux où la pratique devient l'application directe et facile de la théorie, où la pratique et la théorie s'enchaînent comme l'effet et la cause, la conséquence et le principe ».

L'idéal poursuivi peut apparaître indéfini et vain, pourtant Firmin Laferrière, qui n'a quitté le barreau que depuis quatre ans, achève ici l'appel inaugural de son *Introduction à la Revue bretonne* : n'a-t-il pas noté que « la magistrature et le barreau, qui souffrent du déclin de la doctrine, doivent s'associer à la régénération des fortes études » ? Le droit doit être une science active et positive ; il ne se prête pas aux spéculations oiseuses et doit procurer un bréviaire de conduite simple, sûr et praticable. Le jeune professeur considère que des modèles de dogmatique existent, tant chez Papinien et Doneau, par le passé, que chez Merlin, Dupin « Aîné » et enfin chez Savigny (*Traité de la possession*<sup>72</sup>, trad. en 1840). La généalogie des vues de Laferrière quant à la fonction sociale du droit emprunte ainsi tout à la fois au *corpus* stoïcien antique, à l'humanisme juridique<sup>73</sup>, aux Lumières de Montesquieu, à la philosophie de l'histoire du premier XIX<sup>e</sup> siècle et enfin à l'École allemande, continuateur des précédents. Ces références idéologiques et méthodologiques sont communes à beaucoup de juristes libéraux contemporains de F. Laferrière, mais elles acquièrent chez lui une cohérence et une constance remarquables. Si *sa* dogmatique consiste, pour l'essentiel, à traiter le droit comme l'un des éléments constitutifs principaux de la civilisation, comme un élément fondamental de culture érudite et usuelle, un *mos*, il convient aussi de revenir à l'opposition dogmatique/scepticisme et d'insister sur la dimension de foi chrétienne qui anime ce juriste et ses amis libéraux. Le droit dans cette conception est bien « la science sociale par excellence » ; il doit permettre le façonnement d'une société meilleure, conforme aux principes et à la morale chrétienne. Cette position détermine l'appréciation de F. Laferrière sur l'école de Grotius : l'École du Droit naturel a contribué à une sécularisation du droit, à laquelle il ne saurait souscrire sans contradiction. C'est en système philosophico-moral que Laferrière raisonne le droit : il tente bientôt (en mai 1843), de faire admettre son inscription en thèse – il en est en effet dépourvu lors de sa nomination – par le conseil royal de l'Instruction publique, qui la lui refuse<sup>74</sup>. Le sujet proposé par le professeur lui-même, « *L'influence du Droit prétorien & du stoïcisme sur le Droit civil Romain, L'influence de la philosophie Chrétienne sur le Droit français* »<sup>75</sup>, démontre assez bien cette ambition morale et philosophique,

<sup>72</sup> Fr.-C. von SAVIGNY, *Traité de la possession d'après les principes du droit romain [...], traduit de l'allemand (sur la 6<sup>e</sup> édition), par Jules Beving [...]*, Bruxelles, Hauman, 1840.

<sup>73</sup> J.-L. THIREAU, art. « Humaniste (Jurisprudence) », D. ALLAND et St. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, p. 795-800.

<sup>74</sup> AN F<sup>17</sup> 21045, *idem*, extr. des registres. du conseil royal de l'Instruction publique, p.-v. de la séance du 26 mai 1843 « [...] il n'est ni nécessaire ni convenable de faire paraître M. le professeur [F.] Laferrière devant ses collègues, en qualité d'aspirant au doctorat ».

<sup>75</sup> AN F<sup>17</sup> 21045, *idem*, Laferrière, au Ministre de l'Instruction publique, Rennes, 6 mai 1843; cf. aussi *idem*, note du Ministère, du 19 mai 1843.

inscrite dans une conviction chrétienne. Si le refus du conseil royal de l'Instruction publique ne permet pas à cette thèse d'aboutir, Laferrière n'en abandonne pas l'idée, puisqu'il présente en 1859, à l'Académie des Sciences morales et politiques, un *Mémoire concernant l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*<sup>76</sup>. Cette approche philosophico-morale et systémique du Droit a frappé ses contemporains, dont Charles Giraud : « Ainsi qu'à nous tous, il y a trente ans, le droit lui apparut, non pas seulement comme l'instrument d'une habile direction pratique de l'intérêt civil des citoyens, ou bien comme la science grave et nécessaire des lois positives d'un peuple civilisé, mais encore comme une étude élevée, dont l'objet était le mouvement lui-même de l'humanité, cherchant la vie sociale, avec des vicissitudes diverses, autour du principe de la justice et de l'équité. C'était la continuation de la pensée de Montesquieu »<sup>77</sup>. Le même Giraud souligne, dans la circonstance, le christianisme fervent de Laferrière<sup>78</sup>.

La petite et discrète *Revue bretonne de droit et de Jurisprudence*, incident de l'histoire des revues juridiques, résume, par ses conditions de parution, par le panel de ses collaborateurs et par la personnalité de son initiateur, l'une des étapes de l'évolution de la pensée juridique française au XIX<sup>e</sup> siècle. La codification et l'*Exégèse* ne satisfont pas une partie des juristes français qui assignent au droit de rendre compte du « mouvement [...] de l'humanité »<sup>79</sup> tout entier. La science germanique sert alors de modèle aux chrétiens libéraux ; ce référent permet à ces derniers de structurer leurs ambitions, tant en termes d'organisation institutionnelle et éditoriale qu'en termes de projet intellectuel et, au-delà, d'imaginer une capacité de la science juridique – considérée comme une science et un outil social (*socio-politique*) – à participer à la régénération des mœurs, dans une perspective essentiellement chrétienne.

---

<sup>76</sup> *Mémoire concernant l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains...*, Paris, Firmin-Didot, 1860, 109 p. (extr. des *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, t.10).

<sup>77</sup> Ch.-J.-B. GIRAUD, *Funérailles de M. Laferrière*, ouv. cité, p. 3.

<sup>78</sup> La fille de F. Laferrière, âgée de vingt ans, meurt quelques jours avant son père et cette circonstance terrible explique que Ch. Giraud qui a assisté à ce premier enterrement, s'appesantisse sur le secours de la religion.

<sup>79</sup> Ch.-J.-B. GIRAUD, *ibidem*.



*LES Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit  
des Anciens Pays Bourguignons, Comtois et Romands :*  
UN MIROIR POUR L'HISTOIRE DU DROIT... BOURGUIGNON...

FRANÇOISE FORTUNET & PIERRE BODINEAU

Le miroir est un objet mobilier décoratif qui renvoie une image, un décor, un paysage ; autant dire qu'il renvoie une vision en profondeur, une mise en perspective de ce qui se trouve en arrière-plan ou plutôt à l'origine de la composition présentée. Ainsi, le miroir sert à révéler ce qui pourrait être la genèse ou les éléments constitutifs de ce qui se trouve placé au premier plan.

Tel est semble-t-il le contexte de la création de la S.H.D.B. et des *MSHDB* qui vont constituer le moyen d'expression de la dite Société. Il ne s'agit pas d'une création ex nihilo, mais bien au contraire l'objectif est de « renouer avec une tradition »<sup>1</sup>; en l'occurrence de poursuivre ce qu'avait entrepris une société de professeurs et d'anciens élèves de la Faculté de droit de Dijon et qui avait donné lieu à la publication d'une « Collection de textes relatifs à l'histoire du droit et aux institutions de la Bourgogne », ensemble de travaux publiés de 1907 à 1914 à l'instigation d'Ernest Champeaux<sup>2</sup>. Allaient ainsi être publiées les Chartes de Saint-Étienne, les ordonnances des ducs de Bourgogne, les ordonnances franc-comtoises du duché de Bourgogne sur l'administration de la justice, la compilation de Bouhier et les coutumes bourguignonnes du XIV<sup>e</sup> siècle, et ensuite les Chartes de communes et d'affranchissement en Bourgogne<sup>3</sup>. Ce professeur, après son agrégation en 1901, allait assurer à la Faculté de droit de Dijon un cours « gracieux » d'histoire du droit bourguignon et contribuer à l'essor d'études sur le droit bourguignon de 1904 à 1914. L'objectif est donc de renouer avec cet exemple, sur « une base plus large et nouvelle ». Tout a commencé avec la création d'une section consacrée à l'histoire du droit et aux institutions du droit bourguignon au Congrès des sociétés savantes Nicolas Rolin, qui s'est tenu à Beaune en juin 1932, laquelle manifestation a donné lieu à un compte-rendu dans la *Revue d'Histoire du droit*<sup>4</sup>. Cette section permettait de présenter de nombreux travaux consacrés à l'étude du droit bourguignon. L'opération fut renouvelée au congrès Vauban qui allait se tenir l'année suivante, en 1933 et donner lieu à la première publication autonome des *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois*

---

*Professeurs d'histoire du droit à l'Université de Bourgogne - U.M.R. 5605*

<sup>1</sup> Ainsi qu'il est dit dans le 1<sup>er</sup> fascicule (1932-1933).

<sup>2</sup> Christophe CICHOCKI, *Les professeurs de la Faculté de droit de Dijon, 1850-1914*, Mémoire de D.E.A. Histoire du droit, 1992. Ernest Champeaux (1870-1936).

<sup>3</sup> Avec J. Garnier, 1918.

<sup>4</sup> *R.H.D.*, 1932, p. 828-835.

*et romands* (20 pages). La société dont les statuts ont été déposés en 1934, aura son siège à la faculté de droit et ses membres fondateurs auront d'ailleurs tous été professeurs à la même faculté : Ernest Champeaux, Pierre Petot qui va partir à Paris en 1933, François Dumont, Georges Chevrier qui, agrégé du concours de 1929, va réunir en juillet 1933 toutes les conditions pour obtenir la chaire de droit romain devenue vacante. Il faut ajouter le Lausannois Philippe Meylan.

C'est le président Champeaux qui va signer la déclaration d'intention du premier fascicule et souhaiter tant la participation d'érudits belges et suisses que les contributions du corps universitaire parisien, lequel répondra assez rapidement avec les contributions de Gabriel Le Bras, Jean Gaudemet mais aussi celles d'érudits non universitaires, pour la plupart juristes de formation, ou d'autres érudits locaux membres de l'Académie des Arts, Sciences et Belles lettres de la ville. À ce titre, on peut ainsi citer la participation d'Albert Colombet qui va être en 1938 à l'origine de la création au sein de ladite Académie de Dijon de la commission de folklore et de linguistique et ensuite le concepteur de la revue *Pays de Bourgogne* qui va paraître à partir de 1953 et prétendre être « le révélateur de la richesse culturelle bourguignonne ».

La création des *MSHDB* s'inscrit dans un double mouvement d'affirmation identitaire des régions tant au niveau national qu'au niveau régional. Au niveau national, on peut mentionner la conjugaison de deux courants. Le premier qui s'est développé dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle trouve ses fondements dans la revendication félibréenne, c'est-à-dire la défense d'une « culture du Sud » avec pour objectif de fixer les limites des langues d'oc et d'oïl. C'est dans ce contexte précisément qu'il faut situer la première publication de Gabriel Jeanton<sup>5</sup> en 1908<sup>6</sup>. L'intention déclarée alors consistait à proposer une rectification à la célèbre carte de Henri Klimrath<sup>7</sup> qui s'appuyait sur des frontières politiques. L'autre composante a résulté de la parution du *Tableau géographique de la France* de Pierre Vidal de la Blache<sup>8</sup> qui proposait de sortir de la vision historique traditionnellement admise en géographie, autrement dit de se détourner du découpage administratif et institutionnel pour s'attacher à d'autres découpages qui sont produits par le milieu géographique et les activités humaines. Ainsi vont se dessiner de nouveaux espaces unitaires, dénommés « régions » ou « pays »<sup>9</sup> qui seraient circonscrits par les interactions des facteurs naturels et humains.

Au niveau régional, il faut signaler d'une part la création de l'Association bourguignonne des sociétés savantes, fédération de sociétés regroupant des érudits locaux et de l'autre, la parution de la *Revue de Bourgogne* qui met, en ce début du XX<sup>e</sup> siècle, la question du régionalisme au cœur des débats comme il en est aussi en d'autres régions. Cette *Revue*, en 1911, va publier un article significatif de Gabriel Jeanton « La Bourgogne est-elle une province du Nord ? ». La démonstration aboutit à une réponse certes positive mais plus que nuancée puisqu'elle conclut à

<sup>5</sup> Ch. DARD, *Gabriel Jeanton, sa vie et son œuvre (1881-1943)*, Mâcon, 1943.

<sup>6</sup> « La limite des pays de droit écrit et de droit coutumier en Bourgogne », *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908.

<sup>7</sup> Dans *Travaux en histoire du droit français*, L.A. Warkoenig, Fribourg, 1843.

<sup>8</sup> Paris, Hachette, 1903.

<sup>9</sup> Marie-Vic OZOUF-MARIGNIER, « Le pays des leplaysiens : réalité sociale ou catégorie d'analyse », dans *Le pays et ses enjeux*. Les Etudes Sociales, n°139-140, 2004, p. 7-38.

l'existence d'une frontière multiforme ou plutôt à la superposition d'une pluralité de frontières linguistique, architecturale, juridique, culturelle et même gastronomique<sup>10</sup>.

Autant dire qu'il s'agirait plutôt d'un lieu de rencontres des influences septentrionales et méridionales que d'une véritable limite. Pour compléter le panorama local, il faudrait encore évoquer le contexte universitaire dijonnais qui va contribuer à la création quasi conjointe de deux revues qui vont se faire les porte-paroles de ces courants. La première les *Annales de Bourgogne* est créée en 1928 par Henri Drouot<sup>11</sup> du côté de la faculté des Lettres et la seconde, les *Mémoires de la Société pour l'histoire des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, pour la faculté de droit. Il ne faudrait pas par ailleurs oublier « le meilleur avocat des intérêts régionaux de la Bourgogne tout au long des années 10, 20 et 30 » que fut l'atypique Gaston Roupnel<sup>12</sup>.

Le premier fascicule des *Mémoires de la Société des anciens pays bourguignons, comtois et romands* contient en préambule une déclaration d'objectifs qui va en constituer en quelque sorte la charte fondatrice (I), sur la base de laquelle va pendant plus de 70 ans se développer l'activité de la Société dans une certaine fidélité à ces origines (II).

#### I – « LA CHARTE FONDATRICE OU LES RAISONS DE SERVIR LE DROIT BOURGUIGNON ».

Le Président Bouhier dénonçait l'emprise de la coutume « injuste et étrangère de la capitale » qui rendait la coutume du duché « esclave de celle de Paris »<sup>13</sup>. L'objectif de la nouvelle revue peut paraître s'appuyer sur les mêmes principes si l'on reprend les propos d'Ernest Champeaux affirmant que, pour la Bourgogne, « le cadre géographique suffit à faire prévaloir son indépendance par rapport au droit parisien ». A vrai dire, il ne s'agit pas de voir là un bouclier dressé contre la domination du Nord mais plutôt de s'inscrire dans une recherche différentielle par rapport à l'affirmation d'un droit uniforme, de montrer que la diversité coutumière régionale peut se conjuguer avec l'unité juridique. Cela impose d'abord de définir le territoire du droit bourguignon et ensuite d'en rechercher les caractères.

#### 1 – DÉFINIR LE TERRITOIRE DU DROIT BOURGUIGNON.

Dans le premier article de la section d'histoire du droit « Conception bourguignonne de la coutume » il est nettement revendiqué un principe de territorialité, ce qui implique de s'engager dans une appréhension géographique du ressort coutumier. D'emblée, il est évident qu'il ne peut s'agir que de « la grande Bourgogne, qui s'étend du val d'Aoste à Sens en englobant la Champagne au nord, et les Pays

<sup>10</sup> Annie BLETON-RUGET, « Gabriel Jeanton et les frontières culturelles dans les années 30 », *Pays et frontières culturelles en Bresse*, Ecomusée de la Bresse bourguignonne, 2002.

<sup>11</sup> Cette revue est publiée avec le patronage de l'Université de Dijon, de l'Académie de Dijon, de la ville de Dijon et de l'Association Bourguignonne des sociétés savantes. On retrouve dans le comité directeur L. Stouff, E. Champeaux.

<sup>12</sup> Philip WHALEN, « La carrière de Gaston Roupnel et le mouvement des idées dans la 1<sup>ère</sup> moitié du XX<sup>e</sup> siècle », *Annales de Bourgogne*, janv.-mars 2000, p. 1-55.

<sup>13</sup> Pour reprendre les propos de Jean Bart dans son allocution d'ouverture au Congrès d'Arbois (50<sup>e</sup> anniversaire de la SHDB) dans *MSHDB*, 1983.

helvétiques de langue romande à la bordure est ». Ces pays conservèrent un sentiment de cohésion et de supériorité de culture sous la direction des Burgondes, « les plus cultivés des Barbares » ; ce qui revient à dire que le développement du droit coutumier bourguignon resterait étranger à toute influence franque. Ainsi, le nom de Bourgogne, constitue-t-il comme « un signe de reconnaissance » dont l'emprise dépasserait les limites politiques des divers royaumes de Bourgogne. C'est en ce sens que seraient distingués trois pays, pour ensuite les rassembler, ainsi que l'énonceront les rubriques de ladite revue, à savoir les pays bourguignons, les pays comtois et les pays romands.

Les *MSHDB* vont se trouver constituer le support des recherches qui vont être alors conduites sur le thème de la frontière Nord-Sud sous la conduite de Gabriel Jeanton, lesquels travaux vont recevoir l'aval de la nouvelle école historique des *Annales* de Lucien Febvre et Marc Bloch. Les premiers fascicules vont se faire les vecteurs de diffusion de ces nouvelles théories d'autant plus qu'Ernest Champeaux va charger Gabriel Jeanton de procéder à une enquête sur la fixation des limites entre les influences méditerranéennes et septentrionales. Elle sera conduite au moyen d'un questionnaire s'appuyant sur des cartes qui vont être adressées aux diverses sociétés savantes, de l'Ile d'Oléron au pays de Gex. Il s'agit alors de s'inscrire dans une démarche scientifique nouvelle qui relève à vrai dire davantage de l'ethnologie. Les premiers résultats vont être présentés au congrès de l'ABSS de Dijon en 1935 et ensuite au congrès d'Autun en 1936. En forme de conclusion de ces enquêtes, en 1939, Gabriel Jeanton va proposer la notion de « seuil »<sup>14</sup> ; ce qui revient à rapprocher les différentes lignes frontières pour appréhender ce qui serait une zone de contact. C'est cette même notion que l'on va retrouver dans l'article de Jean Hilaire « Coutumes et droit écrit, recherche d'une limite »<sup>15</sup> qui décrit la mise en place, depuis la fin du XII<sup>e</sup> siècle, d'une zone de contact allant de la Saintonge à la Bresse, laquelle va se heurter au XVIII<sup>e</sup> siècle à la tentative d'établir « une ligne concrète, continue et définitive », annonciatrice de la mise en place d'une géographie administrative nouvelle.

## 2 – LES CARACTERISTIQUES DU DROIT BOURGUIGNON.

Le droit bourguignon peut se réclamer d'être un droit hybride, le creuset d'influences diverses qui ont pu se conserver et se transmettre. Aussi va-t-il être porteur de contrastes et se révéler d'une grande richesse dans cette diversité puisqu'il va recéler les types juridiques les plus anciens dans le domaine de l'organisation familiale, dans la survivance de pratiques culturelles collectives, ou encore dans les institutions duciales (ex. de la souveraineté « conditionnelle » à l'opposé de la doctrine française de la souveraineté absolue). Les lettres-patentes d'approbation de Philippe le Bon délivrées à Bruxelles en décembre 1459 substituaient la coutume générale aux anciennes coutumes<sup>16</sup> et laissaient place au droit écrit à titre supplétif en cas de lacunes dans les 127 articles de la Coutume générale

<sup>14</sup> Cité par Anne BLETON-RUGET, ouv. cité, note 24, p. 69.

<sup>15</sup> Dans *MSHDB*, fasc. 40, 1983, p. 153-177.

<sup>16</sup> Le procès-verbal de publication de la coutume de 1459 condamnait les coutumes différentes et interdisait par conséquent le recours aux coutumes locales.

et au droit romain pour servir de fondement à l'interprétation de la coutume<sup>17</sup>. C'est ainsi que le droit bourguignon allait affirmer son unité dès le milieu du XV<sup>e</sup> siècle. Ce pays « tirailé en plusieurs sens » ne peut que révéler précisément dans ses pratiques juridiques la survivance de telles influences et c'est l'étude de la pratique notariale qui va fournir les matériaux propres à leur mise à jour. Georges Chevrier, dans un de ces premiers articles exploitant tels contrats de mariages, n'affirmait-il pas que « les vestiges de pratiques aberrantes se réfugiaient dans le chaos de la pratique notariale »<sup>18</sup> et, ce faisant, il ouvrait la voie à une démarche de recherche innovante qui s'inscrirait au croisement de l'histoire du droit et de l'histoire sociale. Les *Mémoires* n'hésitaient pas, par là, à s'affirmer comme une revue pionnière poursuivant dans le champ scientifique de l'étude des pratiques juridiques la voie ouverte par Gabriel Jeanton dans l'appréhension du territoire.

L'étude des sources du droit bourguignon et de la pratique devient en quelque sorte l'instrument de mise à jour d'une véritable opération tout à la fois d'acculturation juridique et d'interculturalité. L'affirmation de Michelet considérant que « la France n'a pas d'élément plus liant » que la Bourgogne « tentant de réconcilier le Nord et le Midi » trouve ici pleinement sa vérification. Ainsi, c'est dans la conjugaison des diversités en tout genre et sous toutes les formes que la spécificité du droit bourguignon va s'affirmer. Cette quête de la diversité dans l'unité nationale imprègne tous les champs scientifiques dans les années 1930 ; aussi on ne peut qu'évoquer la formule de Lucien Febvre qui, à la même époque, pour dépasser les antagonismes entre régionalisme et étatisme osait avancer que « la France se nomme diversité »<sup>19</sup>.

L'aventure s'avérait ambitieuse et il n'est pas surprenant que les plus grands des historiens du droit n'aient pas hésité à s'y engager mais une fois lancée il s'agit de faire face.

## II – L'ÉPREUVE DU TEMPS.

Les *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* ont paru avec régularité depuis le fascicule 1 daté de 1932 : la revue a paru même dans les années de guerre et ce sont des retards accumulés qui expliquent que certains volumes correspondent à deux années : de 1932 à 2004, soit durant 72 ans, ont été publiés 856 articles dans 61 fascicules auxquels il faut ajouter deux volumes de tables<sup>20</sup>.

De 1932 à 1964, durant 32 ans, les *Mémoires* ont ainsi permis de faire paraître 360 articles émanant de 166 auteurs. De 1965 à 1990, durant 25 ans, le nombre d'articles est un peu plus faible : 289 présentés par 145 auteurs. Enfin de 1990 à 2004, le rythme devenu régulier des parutions annuelles permet d'atteindre le chiffre de 207 articles. Mais il convient de noter le format très variable des volumes, qui

<sup>17</sup> J. BART, « Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIII<sup>e</sup> siècle », *MSHDB*, 1967, p. 141-171.

<sup>18</sup> G. CHEVRIER, « Sur quelques types de communautés conjugales en usage dans la ville de Sens du XV<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles », *MSHDB*, 8<sup>e</sup> fasc., 1942, p. 150.

<sup>19</sup> Citée par F. BRAUDEL, *Identité de la France*, Paris, Arthaud/Flammarion, 1986, t.I.

<sup>20</sup> Fascicule 25 bis (Table des 25 premiers fascicules) et Fascicule 46 bis (Table des fascicules 26 à 45).

peut aller de 125 pages<sup>21</sup> à 516<sup>22</sup>, la norme se situant généralement entre 250 et 400.

Les différentes équipes qui se sont succédées à la tête de l'association<sup>23</sup> n'ont jamais souhaité modifier la fameuse couverture orange des origines dont ils n'ont changé que la présentation et la typographie<sup>24</sup>. Il en va différemment des articles publiés qui présentent un reflet intéressant de l'évolution des préoccupations des historiens du droit depuis 70 ans : leur analyse montre d'importantes mutations qui se révèlent à la fois dans le choix des auteurs et dans l'évolution des thèmes de recherche. Pourtant, ces transformations n'ont pas empêché que les *Mémoires* ne demeurent fidèles à l'esprit et aux ambitions de ses fondateurs.

## 1 – DES MUTATIONS EN PROFONDEUR.

Une analyse de la collection fait apparaître en premier lieu une évolution des auteurs qui contribuent à la publication des *Mémoires*.

### *Une montée en puissance des chercheurs universitaires.*

Certes, les professeurs d'histoire du droit ont toujours constitué la majorité des auteurs d'articles, mais la société avait toujours souhaité « s'adresser aussi bien aux personnes qui ont le goût des études d'histoire locale qu'aux juristes soucieux de demander au passé l'explication de nos institutions »<sup>25</sup>.

Aux congrès de la Société participaient donc régulièrement des érudits que n'intéressaient pas seulement l'histoire locale mais aussi l'évolution des institutions ou du droit privé : citons à titre d'exemple les travaux de Léon Blin sur l'administration des routes et chemins<sup>26</sup>, du général Henri de Chizelle sur le droit féodal du Brionnais<sup>27</sup> ou encore ceux de Louis Ligeron sur le statut des regrattiers vendeurs de sel à la petite mesure, la pratique des notaires ou le droit de pêche dans la Saône aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle<sup>28</sup>. Tandis que ces érudits « amateurs éclairés » de l'histoire du droit, disparaissaient progressivement des sommaires de la revue faute de relève, on observait simultanément un accroissement confinant au monopole des chercheurs universitaires, liés majoritairement au Centre Georges Chevrier, UMR 5605 du CNRS.

La contribution des chercheurs a ainsi apporté de nouvelles thématiques ainsi que l'ouverture à des champs géographiques éloignés des pays bourguignons,

---

<sup>21</sup> Fascicule 35 (1978).

<sup>22</sup> Fascicule 58 (2001).

<sup>23</sup> La société n'a connu depuis 1934, année de sa création postérieure de 2 années à la parution du premier fascicule des *Mémoires*, que six présidents : 1934 : Ernest Champeaux; 1936 : François Dumont; 1946 : Georges Chevrier; 1968 : Jean Bart; 1994 : Michel Petitjean; 2001 : Pierre Bodineau. Sur la Société, H. Richard : Sociétés savantes et histoire du droit, la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, dans « Deux siècles de sociétés savantes » colloque de l'ABSS Sens – St Julien du Sault-Fostier – 1996, p. 165-171.

<sup>24</sup> Le sommaire passe de la couverture en fin de volume à compter du fascicule 52.

<sup>25</sup> Texte de présentation de la Société figurant en page de garde des *Mémoires*.

<sup>26</sup> *MSHDB* V p. 101-127; VIII p. 84-126; XI p. 188-189; XII p. 293-296; XXXI p. 157-165; XXXII p. 167-185; XXXIII p. 209-241; XXXIV p. 303-317; XXXV p. 207-234; XXXVI p. 235-263; XXXVII p. 212-228; XLI p. 267-273.

<sup>27</sup> *MSHDB* XXXI p. 123-136; XXXII p. 137-156; XLI p. 7-120; LI p. 37-48.

<sup>28</sup> *MSHDB* XXVI p. 229-234; XLVI p. 95, p. 104 et p. 215; XXVI p. 229-239.

comtois et romands. On peut citer d'intéressantes analyses portant sur l'histoire de l'administration française (les pensions de retraite, l'accès à la fonction publique, les lieux de l'administration sous l'Ancien Régime ou encore le personnel administratif des comités sous la Révolution)<sup>29</sup>, des études relatives aux institutions des villes flamandes, c'est-à-dire en définitive de pays qui furent bourguignons<sup>30</sup>, ou encore des recherches sur les municipalités provençales et notamment celle de la ville d'Aix-en-Provence<sup>31</sup>.

*De nouvelles opportunités.*

Le contenu des *Mémoires de la SHDB* est étroitement tributaire de la tradition des congrès et colloques organisés de manière régulière depuis sa création. Soucieuse de son ancrage régional, la Société prend part régulièrement depuis sa naissance au congrès annuel de l'Association bourguignonne des Sociétés Savantes dont elle est membre et qui se tient chaque année dans une ville de Bourgogne depuis 1914, y compris Langres et Chaumont en Champagne ou Belley et Bourg-en-Bresse en Rhône-Alpes<sup>32</sup> ; il y a des arrangements avec les frontières régionales !

Dans ce cadre, la société organise depuis 1932, les travaux de la section d'histoire du droit, à côté de la section d'histoire générale. Si le thème général du congrès peut évidemment inspirer les communications d'histoire du droit, il a toujours été admis que les recherches récentes des chercheurs pouvaient y être développées. Ainsi, chaque année, de 10 à 15 communications sont présentées dans ce cadre et, sous réserve de l'accord du comité de rédaction, publiées dans les *Mémoires* : citons à titre d'exemple de volume thématique, les travaux sur l'histoire de l'enseignement présentés au congrès de Nevers et publiés dans le fascicule 57 (2000) sur les franchises et institutions municipales publiées dans le volume 53 (1996) et les communications sur la vigne et le vin dans l'histoire proposées au colloque de Beaune qui ont été publiées dans le fascicule 60 (2003). Cette tradition, si elle a pu être cause de dispersion, a permis une diversité des thèmes de recherche, couvrant plus largement l'intitulé de notre discipline : l'histoire du droit « des institutions et des faits économiques et sociaux ». Aussi les *Mémoires* ont-ils su faire place à des articles portant sur l'histoire économique ou sur les institutions hospitalières ou scolaires.

La Société a souhaité aussi parfois rendre hommage à certains de ses membres en publiant des volumes spéciaux dont le thème était lié à l'œuvre ou aux préoccupations du chercheur honoré. Ce fut le cas pour les *Études en l'honneur de Georges Chevrier*, qui présida la SHDB de 1946 à 1968<sup>33</sup>, du médiéviste comtois Roland Fiétier<sup>34</sup> ou encore de Josette Metman qui travailla avec tant de compétence sur les

<sup>29</sup> *MSHDB* XLII p. 123-156; XLIII p. 77-103; XLIII p. 105-139; XLIV p. 182-221; XLVI p. 153-168 et p. 169-178.

<sup>30</sup> *MSHDB* LIII p. 143-166; LVII p. 113-130.

<sup>31</sup> *MSHDB* LIII p. 199-246; LIV p. 303; LIX p. 247-288.

<sup>32</sup> H. RICHARD, « Sociétés Savantes et histoire du droit : la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands », *Deux siècles de sociétés savantes*, Colloque de l'ABSS de Sens, St-Julien-du-Sault, Fostier, 1996, p. 165-171.

<sup>33</sup> *MSHDB* XXIX et XXX – *Études en souvenir de Georges Chevrier*, t. 1 et 2.

<sup>34</sup> *MSHDB* XXXVIII et XXXIX – *Études en souvenir de Roland Fiétier – Droit, économie et société au Moyen Âge*, t. 1 et 2.

chartes de Cluny et les coutumiers bourguignons<sup>35</sup>.

*De nouveaux partenaires.*

La SHDB a toujours voulu s'ouvrir à de nouveaux partenariats avec d'autres sociétés savantes : elle l'a fait à l'intérieur de sa zone de rayonnement, par exemple à l'occasion de la célébration du bicentenaire de la Révolution française en offrant de publier les actes d'un colloque organisé à Dijon par le « Comité départemental d'histoire de la Révolution française en Côte-d'Or » sur l'histoire militaire de la Révolution<sup>36</sup>.

Une collaboration s'est aussi mise en place depuis déjà longtemps avec d'autres sociétés s'intéressant à l'histoire des droits régionaux. Il était assez naturel pour les Bourguignons que concernent aussi bien les pays « de par deçà » que les pays « de par delà » de se tourner d'abord vers la Société d'histoire du droit des pays flamands, picards et wallons, fondée en 1928, quelques années avant la société bourguignonne<sup>37</sup>. Ses membres sont invités à participer au congrès de l'ABSS (section histoire du droit) de Nevers en 1978 pour étudier les rapports politiques juridiques entre les pays « de par deçà » et les pays « de par delà », à côté du droit coutumier et des institutions du Nivernais<sup>38</sup>.

Lorsque la société organise à Genève un congrès sur « la juridiction ecclésiastique » en 1977, elle y invite la Société d'histoire du droit écrit, créée en 1947, et demande à Paul Ourliac d'en assurer la présidence<sup>39</sup>. C'est encore un séminaire de doctorat organisé entre les universités de Bourgogne et de Lausanne qui fournira la matière d'un volume consacré aux codifications du XIV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>40</sup> : les communications émanant d'enseignants et de doctorants ont été présentées alternativement à Dijon et à Lausanne, une réunion finale ayant lieu à Château-Chalon, en terre comtoise.

Certaines innovations ne seront pas pérennisées comme l'ouverture d'une rubrique intitulée « Débats et controverses »<sup>41</sup> ou une autre consacrée à la présentation de certains « Documents »<sup>42</sup>. De même, les *Mémoires* n'ont donné que très exceptionnellement des comptes-rendus d'ouvrages, cette fonction étant bien assurée par l'autre grande revue d'histoire régionale, les *Annales de Bourgogne*.

## 2 – LA FIDELITE AUX PRINCIPES FONDATEURS.

Une étude rapide de la production scientifique des soixante-dix ans de la revue montre en premier lieu que, malgré les évolutions des thématiques des colloques et les transformations de l'enseignement du droit, réduisant dans beaucoup

<sup>35</sup> MSHDB XXXXV – *Etudes d'histoire du droit médiéval en souvenir de Josette Metman*.

<sup>36</sup> MSHDB XXXXIX (1992).

<sup>37</sup> F. FORTUNET et M. PETITJEAN, « Les revues françaises d'histoire du droit », *La culture des revues juridiques françaises* (sous la direction de A.-J. Arnaud), Milano-Giuffrè édition, 1988, p. 98-101.

<sup>38</sup> *Bulletin de liaison*, nouvelle série n°3. Ce bulletin fait l'objet d'une diffusion irrégulière depuis 1953 : sa parution repart en 1976 (nouvelle série) et se poursuit depuis.

<sup>39</sup> MSHDB XXXIV – *La juridiction ecclésiastique* t. 1 *Le Moyen-Age*; XXXV t. 2 *Après la Réforme*.

<sup>40</sup> Fascicule XXXXII – 1985.

<sup>41</sup> MSHDB XXXXIII.

<sup>42</sup> MSHDB LIII

d'universités la part de l'histoire du droit, l'étude de l'histoire du droit privé et des institutions publiques régionales a pu demeurer le « noyau dur » des sujets traités dans la revue.

*La primauté des études sur « le droit bourguignon ».*

En tenant compte du caractère parfois arbitraire du classement d'un article sous telle ou telle étiquette, on peut tenter d'étudier la part respective prise par l'étude du droit privé et des coutumes, celle des institutions publiques, celle de l'église et des institutions ecclésiastiques, enfin celle des faits économiques et sociaux. Cette analyse peut se résumer dans le tableau suivant :

	Fascicules 1 à 25 (1934-1964)	Fascicules 26 à 45 (1965- 1990)	Fascicules 46 à 61 (1991-2004)
Droit privé et coutumier	50 %	55 %	40 %
Institutions publiques	33 %	20 %	25 %
Église et institutions ecclésiastiques	12 %	10 %	4 %
Economie et société	2 %	7 %	15 %
Autres rubriques	3 %	8 %	16 %

L'évolution montre donc une diminution de la place du droit privé et des coutumes régionales, une diminution suivie d'une légère augmentation des articles consacrés aux institutions publiques, notamment les institutions municipales et administratives ; on peut observer aussi une nette diminution des textes consacrés à l'histoire ecclésiastique, un accroissement sensible des contributions qui concernent l'histoire économique et sociale. Le droit privé demeure bien néanmoins le domaine le mieux étudié, conformément aux vœux des fondateurs : droit de la famille et des gens mariés, histoire de l'acte à cause de mort, droits patrimoniaux, etc.

*La permanence du « territoire burgonde ».*

Une autre fidélité se manifeste toujours sans ambiguïté, celle du champ géographique de la Société, la grande Bourgogne définie par Champeaux : « la longue région celto-romande qui s'étend du pays d'Aoste<sup>43</sup> jusqu'à Sens en Bourgogne [...] une des contrées qui ont le mieux sauvegardé leur individualité et leurs traits caractéristiques », des pays qui « sous la direction des Burgondes, les plus cultivés des barbares, conservèrent un sentiment de cohésion et de supériorité de culture qui leur avait été donné par la conquête romaine »<sup>44</sup>, une région qui embrasse à la fois l'ancien Duché, la Comté et la Suisse romande, au confluent de la royauté et de l'Empire, des pays de droit écrit et des coutumes du nord et de Paris<sup>45</sup>. Là encore, une analyse quantitative peut montrer, même si les *Mémoires* ne s'interdisent pas

<sup>43</sup> Des communications sont présentées sur le droit valdotin, *MSHDB*, LIV, p. 121.

<sup>44</sup> Cité par H. RICHARD, *ouv. cité*, p. 166-167.

<sup>45</sup> F. FORTUNET et M. PETITJEAN, *ouv. cité*, p. 94-95.

d'étudier d'autres régions comme la Lorraine, la Champagne ou même d'autres pays que la France, que la plus grande partie des articles publiés intéressent respectivement la Bourgogne, la Franche-Comté et la Suisse romande, dont beaucoup d'universitaires se retrouvent dans les congrès et colloques de la Société<sup>46</sup>. Le tableau ci-dessous démontre bien que durant les quinze dernières années, les articles consacrés à la Bourgogne, la Franche-Comté et la Suisse romande sont les plus nombreux :

	Fascicules 1 à 25 (1932-1964)	Fascicules 26 à 45 (1965-1990)	Fascicules 46 à 61 (1991-2004)
Articles concernant la Bourgogne actuelle	55 %	25 %	40 %
Articles concernant la Franche-Comté actuelle	23 %	13 %	15 %
Articles concernant la Suisse romande	8 %	12 %	8 %
Articles concernant d'autres régions ou à caractère général	14 %	50 %	37 %

Même si la revue a publié de plus en plus de travaux à caractère national ou international, elle a donc su maintenir le caractère majoritaire des articles concernant les anciens pays bourguignons, comtois et romands, qui représentent toujours 63 % du contenu des *Mémoires*, malgré la diversité des thématiques imposées par les colloques et congrès.

Cette stabilité se traduit aussi par la fidélité de certains auteurs qui ont contribué avec une grande régularité à la publication en participant à la plupart des congrès de la Société : les présidents successifs ont donné l'exemple, les plus significatifs étant Georges Chevrier avec 34 articles de 1934 à 1968, Jean Bart avec 21 articles depuis 1960, Michel Petitjean avec 20 articles depuis 1982. Trois auteurs ont aussi largement contribué à la production scientifique des *Mémoires*, symbolisant bien l'ouverture au-delà de la discipline et de la Bourgogne : le recteur Jean Gay, à la fois comtois et bourguignon mais aussi connaisseur averti du droit champenois (26 articles), le doyen Jean-François Poudret, symbole de notre coopération avec les cantons romands (17 articles) et le doyen Jean Richard, historien des lettres, aujourd'hui membre de l'Institut, toujours passionné par la connaissance des institutions médiévales et modernes (22 articles)<sup>47</sup>.

Génération après génération, ce sont ainsi des dizaines d'historiens et majoritairement d'historiens du droit qui ont pu ainsi écrire dans la revue : de nombreux

<sup>46</sup> Ceci concerne les Universités de Bourgogne et Franche-Comté en France, celles de Lausanne, Genève, Neuchâtel, Fribourg en Suisse. Un réseau (CLUSE) réunit par ailleurs ces universités qui organisent régulièrement des colloques pluridisciplinaires.

<sup>47</sup> Parmi les auteurs fidèles, on peut encore citer Pierre Bodineau (19 articles), Françoise Fortunet (13 articles), Hugues Richard (12 articles), Roland Fiétier (11 articles), Françoise Vignier et Albert Colombet (10 articles).

jeunes universitaires ont pu aussi trouver dans ses pages l'occasion d'une première publication.

La diversité des sujets traités rend difficile la recherche de lignes de force dans cette production abondante. Pourtant certains chercheurs ont progressivement approfondi certains sujets : citons à titre d'exemple les travaux de Marie-Thérèse Allemand-Gay sur les fonctions de lieutenant général de police, de procureur général syndic et de commissaire du directoire<sup>48</sup>, ceux de Pierre Gresser sur la gestion du domaine des comtes de Bourgogne et notamment celle des forêts<sup>49</sup> ou encore ceux de Michel Petitjean sur les notaires, la coutume de Bourgogne et les travaux des juristes de la province<sup>50</sup>.

*La tradition des congrès thématiques de la Société* constitue un autre élément de continuité, maintenu depuis l'origine, ces congrès où, selon la belle formule de Georges Chevrier, « le Burgonde coudoie le Wisigoth qui voisine avec le Franc, et le Comtois affronte son riverain d'outre-saône »<sup>51</sup>. Enfin, certains volumes des Mémoires faisaient déjà l'objet de thèmes d'étude comme la noblesse (fascicule 12), le servage (fascicule 13) ou les bourgeoisies (fascicule 16), orientant donc le choix des communications.

Mais la Société a aussi organisé des congrès dont l'ensemble des communications devaient contribuer à une meilleure connaissance d'un thème d'histoire du droit. Ce fut le cas en 1955 (fascicule 17) à Lausanne sur « l'acte à cause de mort » puis en 1963 à Besançon sur les institutions ecclésiastiques, puis à nouveau dans la capitale vaudoise en 1966 sur « le droit des gens mariés » (fascicule 27). Ces congrès demandent un investissement important, ce qui explique l'intervalle qui les sépare : mais la tenue annuelle des travaux de la section d'histoire du droit au sein des colloques de l'Association Bourguignonne des Sociétés Savantes garantissait la permanence de l'activité scientifique entre les congrès spécifiques.

En 1977, c'est Genève qui accueille le congrès de la Société sur le thème des « juridictions ecclésiastiques », sous la présidence du professeur Paul Ourliac. Il fournira la matière de deux volumes : avant et après la Réforme (fascicule n° 34 et 35).

En 1982, la Société veut marquer d'une manière solennelle son cinquantième anniversaire en organisant son congrès à Arbois sur le thème de « la Coutume : inspiration, formation, expression ». C'est le Professeur Pierre-Clément Timbal qui préside les travaux qui feront l'objet du volume 40 comprenant dix-huit articles sur la diversité des coutumes.

En 1999, après une pause assez longue, c'est le thème original « Parents et enfants » qui est l'objet du congrès de Dijon, sous la présidence d'Anne Lefévre-Teillard, présidente de la Société d'histoire du droit. Ce congrès réunit plus de 80

<sup>48</sup> *MSHDB* Fascicules XXXXVIII p. 149; LI p. 121; LIII p. 275; LV p. 149; LIX p. 221; LXI p. 121.

<sup>49</sup> *MSHDB* Fascicules XXXXVI p. 51; LVI p. 63; LIX p. 155; LXI p. 39.

<sup>50</sup> *MSHDB* Fascicules L p. 113; LIV p. 89; LIX p. 207; LX p. 217; Cf. aussi H. Richard : art. cit. p. 169 s.

<sup>51</sup> J. Bart rappelle la formule dans son allocution d'ouverture au congrès d'Arbois, dans *MSHDB*, 40<sup>e</sup> fascicule (1983), p. 5-7.

participants et la publication des travaux nécessite un gros volume de 516 pages<sup>52</sup>. Le rythme est repris désormais puisque le congrès suivant a eu lieu à Besançon en octobre 2005 sur un thème plutôt public « Centralisation et décentralisation dans l'est de la France et en Suisse romande »<sup>53</sup>.

Les *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* sont aujourd'hui l'une des très rares revues françaises d'histoire du droit et qui plus est une revue régionale. C'est en tout cas l'une des seules qui paraît encore avec régularité, forte de ses 200 adhérents et abonnés parmi lesquels figurent de nombreuses bibliothèques françaises et étrangères.

\*\*\*

Les *MSHSB* ont permis la résurgence du caractère hybride du droit bourguignon en évitant toutefois de tomber dans une restitution passéiste. Le fil conducteur de ces sept décennies de recherches a contribué à relever minutieusement les phénomènes de résistance à la romanité (de « patriotisme coutumier » pour reprendre la formule de Jean Bart) mais aussi de révéler la souplesse dans l'adaptation des usages locaux aux intérêts des différentes catégories sociales. Ainsi « du droit de la province au droit de la nation »<sup>54</sup>, le droit bourguignon a montré qu'il restait complexe en même temps que flexible.

---

<sup>52</sup> Le volume 58 regroupe 27 articles.

<sup>53</sup> Les travaux de ce colloque feront l'objet d'une publication dans le volume 63 des *MSHDB*.

<sup>54</sup> Jean BART, *Du droit de la province au droit de la Nation*, Dijon, Publ. Centre Georges Chevrier, vol. 17.

## L'HISTOIRE D'UNE REVUE D'HISTOIRE DU DROIT

ROBERT FEENSTRA

Le titre un peu laconique de ma communication<sup>1</sup> vous aura laissé deviner sans peine l'identité de la revue dont je vais vous parler. Il existe bien sûr un grand nombre de revues consacrées à l'histoire du droit, mais il n'y en a qu'une seule qui s'appelle *Revue d'histoire du droit* tout court. Pourtant son titre principal, celui qui le distingue des autres, et qui est cité le plus souvent, est en néerlandais : *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. J'en suis maintenant à la cinquante-sixième année de ma charge comme rédacteur de cette revue; l'histoire que je vais vous raconter en sera quelquefois un peu colorée.

Nous ne connaissons pas une date exacte pour le début de notre revue : en effet, elle n'a pas été fondée par une société ou une université, mais elle doit son origine à l'initiative de quatre savants amateurs de l'histoire du droit, dont les noms figurent à la page de titre du premier fascicule paru en 1918, et qui, depuis la mort du dernier en 1954, seront repris sur la couverture et la page de titre de tous les fascicules et volumes. Il faut penser que ces fondateurs ont fait un contrat avec un éditeur, mais un tel document n'a pas été retrouvé. Quand, en 1968, j'ai fait quelques recherches pour trouver la date de publication du premier fascicule, j'ai posé la question à un historien du droit, étudiant à Leyde à l'époque, qui croyait se souvenir que ce fut plutôt vers la fin de l'année.

Quoi qu'il en soit, il semble que ce soit bien avant la fin de la Grande Guerre que les fondateurs ont formulé les buts de la revue dans la préface du premier fascicule et dont voici la dernière partie, traduite du néerlandais original : « Il y a encore une voie dans laquelle nous aimerions que notre revue s'engage à l'avenir et qui doit être envisagé dès maintenant. Les multiples problèmes de droit qui sont d'actualité et qui le deviendront se présentent presque de la même façon chez tous les peuples occidentaux. Cela justifie une coopération scientifique internationale qu'aucun refuge apparent derrière les barrières nationales ne peut arrêter. Cette coopération est également nécessaire dans le domaine de l'histoire du droit. Malgré tant de diversité dans l'évolution du droit, il y a aussi tant de points de correspondance, tant

---

*Professeur émérite de l'Université de Leyde.*

<sup>1</sup> Texte de la communication telle qu'elle a été prononcée à la séance du 2 juin 2005 des Journées internationales de la Société d'histoire du droit à Toulouse. Pour une documentation nous renvoyons à nos deux discours commémoratifs publiés dans la *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* : « Vijftig jaar *Tijdschrift* », dans t.36 (1968), p. 9-30, et « Vijfenzeventig jaar *Tijdschrift*, Discours commémoratif », dans t.62 (1994), p. 21-31. A ce dernier discours, prononcé partie en néerlandais, partie en français, nous avons emprunté quelques passages dans les lignes qui suivent. Cf. aussi J. IMBERT, « La *Tijdschrift* et l'histoire du droit 1918-1993 », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 (1994), p. 13-20.

d'affinité que l'histoire du droit ne peut que gagner à une transgression des frontières nationales. »

« Une transgression des frontières nationales » : après quatre-vingt-sept ans, n'est ce pas une évidence ? Mais ce ne l'est pas en 1918. Certes, la guerre est encore l'obstacle principal; pourtant, même avant 1914, dans le domaine de l'histoire du droit les contacts internationaux sont assez modestes. En tout cas il n'y avait pas beaucoup de revues d'histoire du droit.

Voyons brièvement la situation dans les principaux pays de l'Europe. En France, la *Revue historique de droit français et étranger* avait été fondée en 1855; sur son histoire nous disposons notamment d'une étude de Françoise Fortunat et Michel Petitjean dans le recueil *La culture des revues juridiques françaises*, édité par Arnaud à Milan en 1988. En Allemagne la célèbre *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, parue depuis 1880 avec une section romaniste et une section germaniste, a eu des prédécesseurs dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (tout court), parue dès 1861, et la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* fondée par Savigny en 1815. En Italie nous trouvons depuis 1888 le *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*. Pour ce qui concerne la Belgique et les Pays-Bas, ces deux pays n'ont pas de revues proprement dites : la Commission royale des anciennes lois et ordonnances de Belgique publiait depuis 1848 des *Procès-verbaux* de ses séances auxquels étaient annexés des documents préparatoires à la publication des recueils; ce n'est qu'en 1913 que cette publication prend le nom de *Bulletin* et qu'elle publiera aussi des éditions de textes.

Aux Pays-Bas n'existe pas non plus une véritable revue d'histoire du droit. L'un de mes plus illustres prédécesseurs dans la chaire de droit romain à Leyde, Guillaume d'Ablaing, ne pouvait publier ses contributions sur le droit romain au moyen âge que dans une revue de droit néerlandais moderne. Depuis 1880 la Société pour l'édition des sources de l'ancien droit néerlandais (*Vereeniging tot uitgave der bronnen van het oude vaderlandsche recht*) publie un bulletin plus ou moins du même genre que celui de la Commission belge; mais ni l'un ni l'autre sont de véritables revues.

Ce fut précisément l'un des arguments pour la fondation de la *Tijdschrift*. S'il n'est pas formulé dans la préface du premier volume, il apparaîtra bientôt dans deux comptes rendus par l'un des rédacteurs fondateurs de notre revue, de publications de la Société pour l'ancien droit néerlandais. On y trouve des tournures comme « une publication d'archives de caractère formaliste », « une collection d'antiquités qui ne fait chaud ni froid les juristes ». C'est que la Société était assez dominée par des archivistes, alors que les fondateurs de la *Tijdschrift* seront en majorité des professeurs d'université; ils seront tous attachés à l'Université de Leyde. L'initiateur fut sans doute Edouard Meijers, connu à l'étranger surtout comme spécialiste du droit romain au moyen âge; en 1919 Meijers publie dans le premier volume de la *Tijdschrift* la première partie de son étude désormais classique sur les débuts de l'École de droit d'Orléans au XIII<sup>e</sup> siècle. Ses deux collègues A.S. de Blécourt et J. van Kan sont également assez orientés vers l'histoire du droit français. Le quatrième fondateur, J. van Kuyk, fait l'exception. Il n'est pas professeur à Leyde, mais il avait été appelé à le devenir; ce n'est qu'à la suite de son refus que Blécourt est nommé successeur de l'ancien professeur d'histoire du droit néerlandais à Leyde – S.J. Fockema Andreae – qui fut le maître de van Kuyk et qui avait orienté ce dernier plutôt vers l'histoire du droit germanique. C'était van Kuyk qui devait écrire le

compte rendu que je viens de citer, avec la formule assez acerbe sur la « publication d'archives de caractère formaliste ».

Examinons maintenant comment la *Tijdschrift* s'est développée depuis sa fondation. On peut distinguer plusieurs périodes. La première ne couvre que les premiers deux volumes, parus de 1918 à 1921. On y trouve<sup>2</sup>, à une exception près, des articles en néerlandais, écrits par des auteurs néerlandais au nombre desquels figurent en bonne place les fondateurs de la revue. Plusieurs articles sont consacrés à l'histoire du droit des Pays-Bas, mais dès le début l'orientation se veut internationale : Meijers n'y publie pas seulement ses recherches sur l'ancienne Ecole de droit d'Orléans, mais aussi un article sur l'histoire de l'indivisibilité de l'aveu dans le droit européen. Van Kan consacre quatre articles à l'histoire de la codification en France avant et pendant la Révolution. L'exception ostensible parmi tous ces articles en néerlandais est sans doute la contribution de Jean Charles Naber, professeur de droit romain à Utrecht et grand ami d'Olivier-Martin; elle est écrite en latin (*De formularum origine*).

La deuxième période s'ouvre en 1922 et va jusqu'en 1941. Dans ces vingt années la *Tijdschrift* sortira quinze volumes; ils ne paraîtront pas annuellement mais quand même d'une façon assez régulière. Dès 1922 la langue française fait son entrée non seulement dans le titre – on y ajoute *Revue d'histoire du droit* – mais aussi dans la « Table alphabétique » et la « Table des matières »; le français pour cette dernière table sera maintenu jusqu'à nos jours, bien qu'un troisième titre en anglais ait été ajouté en 1973 : *The Legal History Review*. On constate également le début d'une autre tradition francophone : sous le titre « Sociétés savantes » la revue rend compte du V<sup>e</sup> Congrès international des sciences historiques à Bruxelles de 1923 ainsi que des séances mensuelles de la Société d'histoire du droit à Paris de 1922 à 1925.

Quant aux articles, depuis 1922 des contributions en néerlandais continuent à paraître mais il y a dorénavant beaucoup d'études en d'autres langues, surtout en français mais bientôt en anglais, puis en italien et en espagnol et finalement aussi en allemand. Il est assez surprenant que le premier article en allemand ne paraîtra qu'en 1926. Ces articles proviennent en grande majorité d'auteurs étrangers. Je ne mentionne que quelques grands noms : Vinogradoff, Meynial, Holdsworth, Buckland, Riccobono, van Hove et Leicht. On voit apparaître aussi les « jeunes » de l'époque : Ganshof, de Visscher et Lévy-Bruhl. De 1922 à 1928 les contributions des savants étrangers sont majoritaires. À partir de 1929 ils deviennent minoritaires et ce n'est qu'en 1939 que les étrangers reprendront le dessus, grâce notamment au concours de quelques allemands qui avaient dû quitter leur patrie à la suite des mesures antisémites. Ce sont Hermann Kantorowicz à Cambridge, Hans Julius Wolff au Panama, Guido Kisch à New York.

En revenant au début de cette deuxième période je dois signaler que dès 1925 deux des fondateurs, van Kan et van Kuyk, ne contribuent plus à la *Tijdschrift*. Van Kan quitte le pays pour Batavia (aux Indes néerlandaises) et y enseignera à la nouvelle Ecole de droit. C'est notamment lui qui a joué un rôle important dans l'internationalisation de la revue. Il avait des rapports assez fréquents avec des savants étrangers. Les deux autres fondateurs, Meijers et Blécourt, auront quelque peine à les remplacer par des collègues d'autres universités. Plusieurs acceptent

<sup>2</sup> Cf. J. IMBERT, ouv. cité (*supra*, note 1), p. 13.

d'abord pour se retirer ensuite. Finalement c'est de nouveau un collègue de Leyde, mon prédécesseur Jules van Oven, qui viendra jouer un rôle important dans l'acquisition d'auteurs étrangers dans le domaine du droit romain.

Pour conclure cet aperçu sur la période d'avant guerre je me permets de citer mon regretté collègue et ami Jean Imbert, qui, dans son discours lors du soixante-quinzième anniversaire de la *Tijdschrift* en 1993, a écrit à propos des dix premiers volumes<sup>3</sup> : « Dans l'ensemble les auteurs se sont penchés plus volontiers sur le droit privé que le droit public, assez peu sur le droit canonique ou sur l'histoire politique ». Imbert compte une trentaine d'articles pour le droit antique (surtout le droit romain), trente-et-un articles pour le Moyen Âge occidental et vingt-huit pour la période 1500-1789; la Révolution, le Consulat et l'Empire ont été mentionnés à cinq reprises; le XIX<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècles ne rassemblent que six études. « Cet éventail, qui consacre le triomphe du droit romain et du droit médiéval (qui occupent les trois cinquièmes de la *Revue*), correspond assez aux préoccupations du moment des historiens du droit, dans leur recherche et aussi dans leur enseignement : la *Tijdschrift* est le reflet exact, semble-t-il, des conceptions dominantes en histoire du droit dans les quelque douze années qui ont suivi la première guerre mondiale. Il en va de même des années qui précèdent la deuxième guerre mondiale ». Voilà les conclusions d'Imbert.

Ajoutons que dans cette période d'avant-guerre la *Tijdschrift* doit partager sa clientèle avec plusieurs autres nouvelles revues d'histoire du droit qui existent toujours : depuis 1924 l'*Anuario de historia del derecho español*, depuis 1928 la *Rivista di storia del diritto italiano*, depuis 1932 les *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* et depuis 1935 les *Studia et documenta historiae et iuris*.

Passons maintenant à la période suivante, celle d'après la deuxième guerre mondiale. Dès 1941 les Allemands, ayant occupé les Pays-Bas, font savoir à l'éditeur que la *Tijdschrift* ne pourra plus paraître si l'on garde sur la couverture le nom d'Edouard Meijers, qui était juif (pour cette même raison il avait été licencié comme professeur à Leyde). Le quatrième fascicule du tome XVII, déjà imprimé, ne sera distribué qu'en 1945, après la libération.

Il n'était pas facile de relancer la revue dans les premières années d'après-guerre. Il n'y avait plus que deux rédacteurs survivants : Meijers et van Oven. Alors ils s'adressent à leur nouveau collègue à Leyde pour l'histoire du droit néerlandais (en même temps mon maître à Amsterdam), Frédéric Fischer. Il accepte de fonctionner comme secrétaire provisoire de la rédaction (j'aurais dû vous dire que la fonction de secrétaire de la rédaction existe depuis 1928; pendant dix ans elle est occupée par L.G. M. Bresson, pasteur de l'Église Wallonne à Leyde). Fischer aura des difficultés pour arriver à un nouveau contrat avec l'éditeur d'avant-guerre; ce n'est qu'après plus de deux ans qu'il trouvera un nouvel éditeur. Entre-temps la situation change complètement. Un jeune Belge, Louis Maes, professeur de lycée à Malines et auteur d'un livre sur cinq siècles de droit pénal urbain, prend l'initiative de contacter quelques historiens du droit belges au nom desquels il propose à Fischer une collaboration belgo-néerlandaise – tant sur le plan scientifique que sur le plan financier – pour ranimer la *Tijdschrift*. La proposition est acceptée tant par Fischer que par Meijers et van Oven. Il y aura un nouveau comité de rédaction en

<sup>3</sup> J. IMBERT, *ouv. cité (supra, note 1)*, p. 16.

février 1950, qui sera composé du côté belge par Eg.I. Strubbe, J. Gilissen et Maes (et bientôt aussi F.L. Ganshof), du côté néerlandais par Meijers, van Oven, Fischer et moi-même (je venais d'être nommé professeur à Utrecht). Désormais il y aura deux secrétaires, élus parmi les membres de la rédaction, à savoir Maes et Feenstra. En 1962 R.C. van Caenegem succédera à Maes. C'est pendant presque 30 ans, jusqu'en 1990, que van Caenegem et moi-même assureront le secrétariat. Au cours de cette période nous deviendrons les doyens d'âge du comité.

J'ouvre ici une parenthèse pour commémorer brièvement ceux qui nous ont précédé comme doyens d'âge. Du côté néerlandais, il s'agit de Meijers et van Oven, les deux rédacteurs d'avant guerre dont j'ai déjà mentionné les mérites. Après la mort de van Oven en 1963 Strubbe, professeur à l'Université de Gand, est le plus ancien membre et président du comité; Ganshof avait déjà quitté le comité en 1961, après nous avoir fait bénéficier de son dévouement, de sa science et du prestige dont il jouissait dans le monde savant. Strubbe était aussi un homme de grande autorité, mais surtout en Belgique et aux Pays-Bas. Il sera un collaborateur fidèle et actif dont les conseils sont toujours judicieux. Il meurt en 1970. C'est Gilissen, membre de la première heure du comité belgo-néerlandais, qui en sera le président : professeur à l'Université Libre de Bruxelles, haut magistrat militaire, secrétaire, puis président de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, il dispose de plusieurs atouts considérables pour la revue. Il meurt en 1988.

Je reviens à l'année 1990. Une nouvelle formule est adoptée pour le secrétariat de la revue : à la place des deux secrétaires il y aura une seule; ce sera Marguerite Duynstee, qui – comme jadis le pasteur de l'Église Wallonne – ne sera pas membre de la rédaction. C'est ainsi que la *Tijdschrift* fonctionne aujourd'hui.

En prononçant le terme « fonctionner » je dois bien, avant d'aborder les aspects scientifiques d'après guerre, m'arrêter quelques instants au fonctionnement technique. À côté des éditeurs, auxquels j'ai fait quelques allusions sans donner leurs noms parce qu'ils ont changé trop fréquemment, nous avons eu des institutions qui par leurs subventions ont rendu possible la publication de notre revue. Pour une entreprise qui se veut vraiment internationale, les mécanismes locaux traditionnels – sociétés, fondations, universités – ne suffisent pas parce ils sont orientés trop vers des horizons nationaux. Aux Pays-Bas, le gouvernement lui-même est intervenu depuis 1921; il a continué sa subvention jusqu'en 1956, quand l'« Organisation néerlandaise pour le développement de la recherche scientifique », créée par le gouvernement, a repris ce rôle. En Belgique, ce seront, depuis 1950, d'une part le gouvernement belge (plus tard les ministères de la Culture française et de la Culture néerlandaise) et, d'autre part, la Fondation universitaire. À partir de 1983, l'Organisation néerlandaise mettra un terme à son aide; les subventions belges continueront jusqu'à 1985. Depuis 1986 les éditeurs successifs prendront en charge l'ensemble des frais de publication. Inutile de dire qu'une hausse massive du prix d'abonnement en résultera. Cette hausse menace notamment les abonnements des bibliothèques des universités et d'autres institutions. Le petit avantage qui est offert à l'abonné particulier – il peut s'abonner à un tiers du prix – ne suffit pas pour renverser la vapeur.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul problème propre au caractère international de notre revue. Nos lecteurs se rendent-ils bien compte de ce qu'implique une « transgression des frontières nationales » pour la rédaction ? Des auteurs étrangers n'écrivent pas seulement dans une autre langue, ils ont également leurs propres

habitudes quant aux usages typographiques. Des auteurs qui rédigent ou font traduire leur contribution dans une langue étrangère – ce sont surtout des auteurs néerlandophones, mais il y en a également d'autres – causent souvent des problèmes pénibles à la rédaction. J'ignore comment ces difficultés ont été résolues avant la guerre, mais en tant que seul membre encore en vie du Comité de rédaction ayant participé à la reprise des activités en 1950 je ne peux m'empêcher d'évoquer cette époque, où, pour la première fois, je me trouvais confronté à ces problèmes que je rencontre encore presque tous les jours quand j'ai à m'occuper de la mise au point d'un fascicule de la revue. Dans les années 1950, le problème d'un emploi incorrect des langues étrangères menait parfois à des différences d'opinion entre les rédacteurs belges et néerlandais. Un texte envoyé à la rédaction pouvait-il être refusé parce qu'il était incorrect du point de vue grammatical ? Que doit faire un jeune secrétaire de la revue quand l'un des membres les plus éminents néerlandais du comité de rédaction présente un article rédigé dans un français ou un allemand approximatif : cela m'est arrivé au début de ma carrière. Jusqu'à la dernière épreuve d'imprimerie, et même dans des articles qui semblent parfaits du point de vue linguistique, on rencontre de petits problèmes qu'on ne résout pas à l'aide de dictionnaires. C'est le prix que nous devons payer pour nos ambitions internationales. Heureusement ce lourd fardeau ne pèse plus exclusivement sur celui qui est responsable du bon à tirer : sa tâche est considérablement allégée grâce à l'aide d'autres, membres ou non du comité.

Pour conclure, je dois dire quelques mots sur le contenu des volumes parus depuis 1950. Dans le premier fascicule de cette année le comité de rédaction publie une déclaration d'intention, formulée ainsi : « S'il est vrai que la *Revue* s'intéresse à l'étude de l'histoire du droit de tous les pays – y compris l'étude du droit romain, des autres droits de l'Antiquité et du droit canonique –, l'histoire du droit des pays issus des anciens Pays-Bas... continuera sans doute à y prendre une place spéciale ».

Cette déclaration d'intention sera suivie assez bien au cours des cinquante-cinq années depuis lors. En 1993, lors du soixante-quinzième anniversaire, j'ai fait le bilan de la période 1983-1992. La tâche était alors facile grâce à l'Index général des tomes 51 à 60 (qui est jusqu'ici le dernier index général paru). Sur les quelque 160 articles on compte 62 d'auteurs néerlandais, 20 d'auteurs belges et 77 d'auteurs d'une autre nationalité, ce qui donne une petite minorité pour la dernière catégorie. Le profil change cependant si l'on ne compte pas les articles mais les auteurs : alors il n'y a que 38 Néerlandais et 15 Belges, mais 71 auteurs en dehors du Benelux ; ces derniers acquièrent ainsi une majorité assez importante. Cette majorité devient encore plus large si l'on ajoute les auteurs de comptes rendus ou d'autres petites contributions. Examinons encore un autre aspect que nous avons mentionné déjà pour la période de l'avant-guerre : la langue des articles. Parmi le total de 82 articles de Néerlandais et de Belges il n'y a que 31 publiés en néerlandais ; les 51 qui restent sont, comme ceux d'auteurs étrangers, publiés en français, en allemand ou en anglais. Dans la période envisagée on arrive alors à un total de 20% pour les articles en néerlandais et 80% pour ceux en d'autres langues.

Faute d'un nouvel index, je n'ai pas fait des statistiques pour la période depuis 1993. Je me permets cependant de vous renvoyer à la table des matières du dernier volume paru, celui de 2004. Ce volume contient 16 articles, ce qui correspond exactement à la moyenne annuelle de la période 1983-1992. Les Belges ont contribué pour trois, les Néerlandais pour un ; les douze autres proviennent d'autres

pays : trois d'Allemagne, deux d'Autriche, deux des États-Unis, deux de Grande-Bretagne, un de France, un de Hongrie, un de Finlande. Cela donne une majorité des trois quarts aux étrangers. Aucun article n'a paru en néerlandais : les trois textes belges sont écrits en anglais, l'auteur néerlandais s'est servi de la langue allemande (à cause de son sujet), l'auteur finlandais écrit en anglais, le Hongrois en italien, l'un des deux auteurs américains en français et les autres dans leur langue maternelle, c'est-à-dire encore cinq articles en allemand, deux en anglais et un en français. Pour rassurer tous les Français ici présents, je peux vous annoncer que le volume de 2005 contiendra pas moins de six articles de savants français, dont le premier aura comme auteur la Présidente de notre Société. Ce sera une continuation symbolique des liens très étroits qui existent entre la Société et la *Tijdschrift* depuis plus de quatre-vingts ans.

Se trouver cinquante-six ans, fût-ce en comité, à la barre d'une revue, et seul responsable du bon à tirer, c'est long, c'est rare, je le sais. Mais rassurez-vous, je n'en ferai plus autant. Alors, où en sera notre *Tijdschrift* dans cinquante-six ans ? Je ne le sais pas, c'est l'histoire de l'avenir qui le dira.



## LES REVUES ITALIENNES D'HISTOIRE DU DROIT MÉDIÉVAL ET MODERNE

GIAN SAVINO PENE VIDARI

L'histoire du droit médiéval et moderne est entrée dans les programmes des facultés juridiques de l'Italie après l'unité politique de la péninsule, vers les années soixante-cinq du XIX<sup>e</sup> siècle, bien que d'une façon pas complètement égale dans toutes les universités. Elle s'intéressait alors surtout au Moyen Âge, et plus particulièrement à la première période, avant l'an mille. Entre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le commencement du XX<sup>e</sup> les bons manuels ne manquaient pas : on peut rappeler, en particulier, ceux de Pertile, Nani, Salvioli, Ciccaglione, Calisse, Schupfer<sup>1</sup>. Mais il n'y avait aucune revue spécialisée, que, parcontre, on trouvait déjà en Italie pour les historiens du droit romain<sup>2</sup>.

Les articles scientifiques de notre matière étaient édités ou dans les nombreuses revues historiques ou dans les revues juridiques, qui étaient en train de se répandre<sup>3</sup>. Les principaux historiens du droit médiéval de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ou du début du XX<sup>e</sup> (tels que Schupfer, Brandileone, Tamassia, Salvioli, Solmi) n'envisageaient pas le besoin d'avoir une revue spécifique, car chacun d'eux trouvait un accueil facile, pour ses articles ou pour ceux de ses élèves, chez les historiens ou chez les juristes.

---

*Professeur à l'Université de Turin.*

<sup>1</sup> A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol.7 (II éd.), Turin, 1896-1903; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Turin, 1902; G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni barbariche ai giorni nostri*, (III éd.), Turin, 1899 et *Trattato di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, (IV éd.), Turin, 1903; C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, vol.3, (II éd.), Milan-Florence, 1891-1903; F. CICCAGLIONE, *Manuale di storia del diritto italiano*, Milan, 1901; F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, (II éd.) Rome-Turin-Florence, 1908 et *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, vol.4, Rome-Turin-Florence, 1907-1909. A ces manuels, bien différents entre eux (et on peut dire que le travail de Pertile était sans doute la plus complet) on peut ajouter la plus ancienne œuvre de Frédéric Sclopis (F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana* [II éd.] vol.3, Turin, 1863-64).

<sup>2</sup> Le *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* de Rome datait du 1888, pour les soins de Victor Scialoja et après de Salvatore Riccobono.

<sup>3</sup> Pour les revues juridiques on peut rappeler, entre autres, l'*Archivio giuridico* fondé à Bologne en 1868 (passé après à Pise et édité jusqu'en 1909, repris en 1921 à Modène), la *Rivista critica di scienze giuridiche e sociali* fondée à Rome en 1883 devenue bientôt *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (codirigée longtemps par François Schupfer), le *Filangeri* paru à partir de 1870.

Cette situation a duré plus d'un demi-siècle, jusqu'à la fin des années vingt du XX<sup>e</sup> siècle : à l'automne 1927, deux jeunes élèves de François Brandileone (le professeur de la « Sapienza » de Rome) convainquirent leur maître que c'était l'heure pour les historiens du droit italien de posséder, eux aussi, leur revue spécialisée<sup>4</sup>, comme les Français, les Allemands, les Espagnols, les Hollandais<sup>5</sup>. Il s'agissait de Serge Mochi Onory et de Marius Viora, les deux personnages, très amis entre eux, qui ont lié leur nom et leur œuvre à la nouvelle *Rivista di storia del diritto italiano*. Celle-ci commença à paraître à partir du 1928 sous la direction de trois maîtres notables, tels que François Brandileone, Nino Tamassia et Charles Calisse; les deux jeunes docteurs en étaient, pour le moment, les deux secrétaires de rédaction, mais ils ont fait vite carrière, peut-être un peu aidés par les connaissances entretenues grâce à la revue, en devenant bientôt professeurs. Trois ans après, en

<sup>4</sup> L'un des deux fondateurs, Marius Viora, un demi-siècle après, évoquait ainsi la première idée (M. VIORA, « 1928-1977 », *Rivista di storia del diritto italiano*, L-1977, p. I-II) : « La nascita della *Rivista di storia del diritto italiano* avvenne a questo modo. In una serata autunnale del lontano 1927 passeggiavo sul ponte di Castel Sant'Angelo in Roma con il mio fraterno amico e compagno di studi Sergio Mochi Onory (io ero da un anno incaricato dell'insegnamento della nostra disciplina a Sassari, Mochi Onory frequentava con assiduità l'Istituto giuridico romano e faceva frequenti soggiorni alla scuola di Konrad Beyerle in Monaco di Baviera). Eravamo entrambi da poco usciti dall'Istituto giuridico, allora allogato in Palazzo Carpegna (adiacente alla Sapienza, allora sede della Facoltà di Giurisprudenza) dove io avevo dedicato un pomeriggio alla lettura delle principali riviste storico-giuridiche straniere (la *Nouvelle Revue*, la gloriosa Savigny, la olandese *Tijdschrift*). Ne riferii a Mochi Onory, osservando che solo l'Italia, fra i Paesi di antica civiltà, non possedeva una rivista storico-giuridica. Con l'incoscienza propria dei giovani decidemmo di prospettare al nostro maestro, Francesco Brandileone, l'idea di pubblicare una rivista dedicata alla disciplina. Il problema della spesa per la stampa non doveva preoccupare, mi disse Mochi Onory : egli, avendo strette relazioni con la tipografia Leonardo da Vinci di Città di Castello (questa città era la sua piccola patria), si assumeva l'incarico di risolvere il problema. // Presentata per iscritto al prof. Brandileone l'idea, nonché le prospettive per la soluzione del problema finanziario, egli mi rispose con poche righe vergate su una cartolina postale, che serbo come un caro cimelio. Scriveva così : « crederei di non sapere corrispondere al vostro entusiasmo se non prendessi in considerazione la proposta che mi avete fatta; ma prima di prendere qualche decisione desidero sentire i miei colleghi ed amici Tamassia e Calisse. Le sarò preciso tra breve ». // Dopo una settimana il prof. Brandileone mi comunicava che Nino Tamassia e Carlo Calisse erano disposti ad assumere con lui la direzione. Chiedeva che Mochi Onory ed io ci occupassimo della redazione in qualità di segretari, e che risolvessimo previamente il problema finanziario con la tipografia : dopo di che la pubblicazione sarebbe potuta seguire entro breve tempo. // Mochi Onory ed io ci recammo a Città di Castello e combinammo con il proto della tipografia Leonardo da Vinci (permettete che ne ricordi il nome con viva riconoscenza : si chiamava Giovanni Cecci) quant'era necessario : veste esteriore della rivista, caratteri, giustezza delle righe, impostazione, rubriche, cadenza della rivista (si stabilì che fosse trimestrale, ma, come si vedrà, non si riuscì negli ultimi decenni a mantenere tale ritmo). // Riferito a Brandileone quanto si era combinato, egli stilò, e fu subito diramata, una lettera-circolare, nella quale veniva annunciata al mondo degli studiosi la comparsa della nuova rivista. In essa Brandileone, dopo aver fatto alcuni rilievi sulle brillanti realizzazioni della scuola storico-giuridica italiana nel passato, presentava i compiti che le si proponevano per l'avvenire : in particolare si soffermava sulla necessità che venissero affrontati i problemi storico-giuridici delle età più recenti, sino ad allora trascurati ».

<sup>5</sup> Notre vice-président Robert Feenstra a tracé d'un façon magistrale l'histoire de la *Tijdschrift* dans ces « Journées toulousaines ».

1931, ils sont devenus codirecteurs et ensuite directeurs, et resteront directeurs jusqu'à leur mort, Mochi Onory en 1953, Viora en 1986<sup>6</sup>.

La combinaison d'un certain nombre de facteurs a assuré tout de suite une bonne réussite à la nouvelle *Rivista di storia del diritto italiano* : l'esprit d'initiative de ces deux jeunes amis chercheurs, le véritable vide éditorial rempli par la nouvelle publication, l'incontestable milieu nationaliste de l'époque (qui regardait avec plaisir un périodique « italien », opposé aux étrangers), le considérable réseau de connaissances académiques des directeurs et des fondateurs. Pendant une quinzaine d'années, jusqu'à la guerre, la revue est sortie en trois substantiels fascicules quadrimestriels par an et a présenté la production scientifique des historiens italiens du droit médiéval et moderne<sup>7</sup>, sans distinction d'écoles, de méthodes, d'idées politiques (par exemple, pendant la première année elle a publié un article d'un grand maître antifasciste comme François Ruffini et un autre article d'un professeur fasciste engagé comme Sylvius Pivano). Elle a été conçue et développée comme une « revue conteur », et a conservé toujours sa vocation originaire, du premier numéro jusqu'à présent, mais elle s'est proposé aussi – et continue à se proposer – de donner les compte-rendus de la production scientifique italienne de la matière<sup>8</sup>.

Les dommages de la guerre ont touché aussi la revue : elle est sortie régulièrement jusqu'en 1943, mais en 1944 elle a perdu son magasin<sup>9</sup> et a dû interrompre ses publications jusqu'en 1947. Cette année-là, elle a repris<sup>10</sup>, mais dorénavant avec un volume par an, sans division en fascicules. Cette solution ne changera plus, jusqu'à maintenant. La revue a passé une petite crise entre 1953 et 1964, pendant une

<sup>6</sup> En effet, ils ont été codirecteurs entre 1931 et 1936 (sous la direction de Calisse et Leicht) et directeurs avec Calisse et Leicht depuis 1937 jusqu'en 1943; ensuite ils ont géré la direction avec quelques autres collègues jusqu'à la mort de Mochi Onory (1953). A partir de 1957, la revue a eu Viora comme seul directeur responsable, aidé par un comité scientifique (cf. *infra*, note 20).

<sup>7</sup> La partie la principale est pourtant de droit médiéval : l'âge moderne viendra intéresser surtout pendant les derniers trente ans. La revue présente aussi, en italien, des articles de remarquables auteurs étrangers, tels que Ernst Meyer (I, 1928), Hermann Kantorowicz (II, 1929), Jules C. Naber (VII, 1934; VIII, 1935; X, 1937; XIII, 1940 et XIV, 1941), Ferran Valls-Taberner (XI, 1938) et Jean Yver (XII, 1939).

<sup>8</sup> Du premier demi-siècle de la revue son directeur a tracé en 1977 un bref esquisse général: M. VIORA, « 1928-1977 », *Rivista di storia del diritto italiano*, L (1977), p. I-XXX. En 1987 on a publié – en mémoire de lui – un index raisonné des années de cette période : *Rivista di storia del diritto italiano. Indici del cinquantennio 1928-1977*, Rome 1987 (vol.28 de la *Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano* éditée par la Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, dont l'administration est à la Biblioteca Patetta de l'Université de Turin).

<sup>9</sup> La revue, publiée jusqu'en 1935 (année V) par l'imprimerie Leonardo da Vinci de Città di Castello (en Ombrie), est passée entre 1936 et 1943 (années VI-XVI) à l'éditeur Zanichelli de Bologne : à cause de la guerre une partie considérable du magasin a été détruite en 1944 par les bombes. Ce qui a été sauvé est maintenant conservé dans la Biblioteca Patetta de l'Université de Turin.

<sup>10</sup> Déjà le numéro du 1943 (année XVI) avait eu des difficultés; en 1944 les événements de la guerre (qui a séparé l'Italie en deux parties) a bloqué l'activité de la revue. Cette-ci a repris avec beaucoup de difficulté, à cause aussi de la situation économique difficile de l'Italie après la guerre, en 1947 : le mince numéro se réfère donc à la période 1944-47 (années XVII-XX).

dizaine d'années, du fait de la mort de Mochi Onory<sup>11</sup>, mais à cette cause va se joindre bientôt une certaine concurrence représentée par un nouveau périodique, les *Annali di storia del diritto*, qui commencent à sortir à partir de 1957 sous la direction de la forte personnalité de François Calasso, par les soins de l'éditeur Giuffrè<sup>12</sup>.

Apparemment, les *Annali di storia del diritto* auraient dû publier, chaque année, surtout les résultats de l'activité de l'Institut d'histoire du droit italien de « La Sapienza » de Rome, dirigé par Calasso, car tel est le programme écrit présenté au commencement du premier numéro de cette publication périodique<sup>13</sup>, qui n'aurait donc pas dû se mettre en concurrence avec la *Rivista di storia del diritto italiano*, où François Calasso – élève de Brandileone, comme Mochi Onory et Viora, et un peu plus jeune que les deux amis – avait publié lui-aussi des articles<sup>14</sup>. Mais, en effet, le réseau international du comité scientifique (entre autres les Français Petot et Le Bras),<sup>15</sup> les articles publiés, la structure éditoriale montrent, par contre, dès le commencement, un programme ambitieux et de grande dimension, typique d'une vraie revue scientifique. Il s'est réalisé et bien développé : la revue a acquis tout de suite un niveau considérable. Pourtant, ceci n'a duré que peu d'années<sup>16</sup> et a dû

<sup>11</sup> Serge Mochi Onory est mort le 9 juillet 1953 : l'année 1954-55 (XXVI-XXVII) est dédiée aux écrits des collègues destinés à sa mémoire.

<sup>12</sup> *Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale*. C'est bien connu que l'éditeur Giuffrè de Milan était – et est – le principal éditeur de la péninsule spécialisé en matière juridique : les revues qui s'y appuient jouissent donc de la possibilité de se faire mieux connaître dans le milieu des juristes. A l'époque, François Calasso dirigeait la rédaction de la principale encyclopédie juridique italienne, publiée par Giuffrè et pouvait donc s'appuyer sur ce prestigieux éditeur.

<sup>13</sup> « Questa pubblicazione annuale nasce legata alla vita dell'Istituto di Storia del diritto italiano dell'Università di Roma e della Scuola di perfezionamento nella storia del diritto medievale e moderno, che vi è annessa; e il titolo col quale si presenta allude precisamente a questa vita, che vuole di anno in anno documentare. // Tale il suo compito primo. Che ad esso se ne congiungano altri, che sono a loro volta il frutto o la premessa di cotesta vita, è cosa naturale ed ovvia [...] Percorrendo fedelmente questa propria strada, gli *Annali di storia del diritto* non intendono turbare e tanto meno usurpare la funzione che egregiamente svolgono le riviste di storia del diritto attualmente esistenti, in Italia e fuori d'Italia, tutte insigni per tradizioni e altamente benemerite di questi studi : ché anzi, se a un fine superiore essi aspirano, questo potrebbe essere la preparazione, se non addirittura l'offerta, di quel terreno d'incontro che è forse mancato finora agli studiosi di storia del diritto, tenendo lontani ed estranei fra loro lavoratori della stessa zolla ».

<sup>14</sup> En particulier, dans les numéros I (1928), III (1930), V (1932), XIII (1940). François Calasso avait aussi publié son premier livre dans la collection de la *Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano* (n. 3) et aussi un autre livre à la suite (n. 9).

<sup>15</sup> Le Comité scientifique des *Annali* était composé en 1957 par Guy Astuti, Geoffrey Barraclough, Jean Pierre Bognetti, François Calasso, Helmut Coing, Almiro de Avila Martel, Jean De Vergottini, Robert Feenstra, François Ganshof, Alfonso Garcia Gallo, Erich Genzmer, Gabriel Le Bras, Karol Koranyi, Mashata Kubo, Stephan Kuttner, Bruno Paradisi, Pierre Petot, Heinrich Felix Schmid, Alexander Soloviev.

<sup>16</sup> Les nombreux engagements de la grande personnalité de François Calasso (doyen de la Faculté de droit de « La Sapienza », directeur de la *Enciclopedia del diritto...*) ont imposé quelquefois un numéro double (III-IV pour 1959-60 et V-VI pour 1961-62), mais sa mort a causé un « choc » aussi pour la revue. Son successeur à la direction, Guy Astuti, assurait en 1965 que les « *Annali* » auraient continué et utilisait le numéro IX (1965) pour rééditer les « *Scritti minori* » de Calasso, mais la revue avait perdu son maître.

bientôt se réduire à cause de la mort de François Calasso en 1964. Ses successeurs, autrement engagés, ont décidé d'arrêter la publication après quelques années<sup>17</sup>.

Les *Annales* de Calasso ont revitalisé, même pour la méthode, le milieu de l'histoire du droit en Italie et ont stimulé aussi la *Rivista di storia del diritto italiano*. À propos de celle-ci, en mémoire de Serge Mochi Onory, on a constitué bientôt une fondation à son nom<sup>18</sup>, qui dorénavant va éditer la revue<sup>19</sup>. Dans le même temps, Viora le directeur unique qui a survécu aux autres, a fait entrer dans le comité scientifique presque tous les professeurs ordinaires de la matière<sup>20</sup>. Ce choix a été conservé jusqu'à présent, même après la mort de Viora (en 1986), par le directeur suivant<sup>21</sup>. Cette revue semble donc, pour ainsi dire, représenter un peu le milieu italien de la matière : «revue conteneur», elle publie chaque année un épais numéro de cinq cent pages environ, contient les articles que les collègues envoient à la direction<sup>22</sup> et offre aussi un ample compte-rendu des congrès et des livres sortis en Italie sur l'histoire du droit (non romaine)<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> La direction des *Annali* a été tenue pendant trois ans (IX-1965; X/XI-1966-67) par Guy Astuti, collègue et successeur de Calasso sur sa chaire; ensuite les trois professeurs de notre matière dans la Faculté de droit de Rome (Guy Astuti, Jean Cassandro et Bruno Paradisi) ont été les codirecteurs des années XII-XIII (1968-69) et XIV-XV (1970-73), avec lesquelles la revue a terminé sa vie.

<sup>18</sup> La famille de Serge Mochi Onory, en suivant la volonté du professeur, a constitué en 1956 la «Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano», présidée à l'époque par sa veuve madame Maria Aurelia Vicarelli et maintenant par son fils, l'ambassadeur Giusandrea Mochi Onory, professeur de droit international.

<sup>19</sup> À cette fondation Marius Viora a cédé le titre de la revue : elle est donc devenue son propre éditeur.

<sup>20</sup> Ceci arrive à partir du numéro XXX (1957) : il s'agissait de Guy Astuti, Jean Pierre Bognetti, Emile Bussi, François Calasso, Jean Cassandro, Alde Cecchini, Marius Chiudano, Jean De Vergottini, Antoine Era, Joseph Ermini, Camille Giardina, Hugues Gualazzini, Antoine Marongiu, Charles Guy Mor, Hugues Nicolini, Bruno Paradisi, Sylvius Pivano, Melchior Roberti, Edouard Ruffini, Romuald Trifone, Pierre Vaccari, Jules Vismara et Marius Viora.

<sup>21</sup> Marius Viora, mon maître, s'appuyait déjà sur moi comme secrétaire de rédaction. Il était le dernier des fondateurs ; à sa mort, la direction de la revue a été confiée à moi-même, un de ses derniers élèves. J'ai conservé l'imposition d'auparavant. Maintenant (2005), le Comité de rédaction de la revue est composé des collègues prof. R. Ajello, M. Ascheri, M. Bellomo, L. Berlinguer, I. Bircocchi, A. Campitelli, P. Cappellini, S. Caprioli, M. Caravale, D. Cecchi, A. Cernigliaro, G. Cianferotti, E. Cortese, P. Costa, A. De Martino, E. Dezza, M. G. Di Renzo Villata, M. R. Di Simone, R. Feola, M. Fioravanti, P. Fiorelli, C. Ghisalberti, P. Grossi, F. Liotta, D. Maffei, D. Marrara, F. Martino, G. Massetto, A. Mazzacane, E. Mazzaresse Fardella, M. Montorzi, L. Moscati, C. M. Moschetti, P. Nardi, A. Padoa Schioppa, A. Padovani, G. S. Pene Vidari, U. Petronio, V. Piano Mortari, V. Piergiovanni, L. Prosdocimi, A. Romano, U. Santarelli, R. Savelli, I. Soffiatti, B. Sordi, G. Zordan.

<sup>22</sup> La direction se trouve maintenant à la Biblioteca Patetta de l'Université de Turin (via Sant'Ottavio 20, Turin).

<sup>23</sup> Il est bien connu qu'en Italie les chercheurs de droit romain et ceux de droit médiéval et moderne appartiennent à deux secteurs d'études et de vie universitaire bien différents. Par conséquent je ne parle pas des nombreuses revues italiennes qui s'occupent du droit romain. Outre l'ancien *Bullettino* (cfr. *supra*, note 2) qui continue ses publications et les *Studia et documenta historiae et iuris* (cfr. *infra*, note 45), on peut rappeler - au moins - *Labeo, Index, Iura* et la nouvelle revue informatique *Rivista di diritto romano*. Une revue en peu

Mais au cours des années soixante-dix du XX<sup>e</sup> siècle, une période animée et vive pour l'histoire du droit en Italie, des initiatives nouvelles ont fleuri même au sujet des revues<sup>24</sup>, quelques unes sans doute notables et de longue durée, bien que toutes limitées dans l'ensemble à une partie plus ou moins large de l'histoire du droit. Si la tentative, en 1976-77, d'éditer une *Rivista di storia del diritto contemporaneo*, en fascicules trimestriels, n'a pas réussi à dépasser la seconde année<sup>25</sup>, l'initiative, à mon avis, la plus remarquable des années soixante-dix du XX<sup>e</sup> en Italie est celle des *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, fondés en 1972<sup>26</sup> et dirigés pendant trente ans par Paul Grossi<sup>27</sup>, avec un engagement et une capacité vraiment admirables<sup>28</sup>.

Pendant les soixante-dix premières années en Italie, un certain nombre de collègues percevait l'exigence d'approfondir les nombreux aspects de la pensée juridique des siècles plus récents et surtout de mettre en relief l'importance de la science juridique à travers les siècles, jusqu'à nos jours ; le philosophe du droit génois Jean Tarello a fondé en 1971 les *Materiali per una storia della cultura giuridica*<sup>29</sup>, édités par Il Mulino de Bologne, revue qui pendant les plus que trente ans de sa vie

---

particulière, pour la période étudiée, a commencé ses numéros annuels en 1986 : *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, dirigée par Sandro Schipani et publiée par l'éditeur Mucchi de Modène, qui en 2004 en est à son XVII<sup>e</sup> numéro.

<sup>24</sup> La proximité avec nos Journées me semble imposer un simple compte-rendu, sans entrer dans les détails ni en évaluer les résultats.

<sup>25</sup> *Rivista di storia del diritto contemporaneo*, éd. Celebes, Trapani. La revue est sortie en 1976 (avec un fascicule trimestriel à la fin de l'année) et a continué jusqu'en 1977 (fascicules I et II). Le directeur était Claude Schwarzenberg, le comité scientifique était composé par Guy Astuti, Charles Ghisalberti, Camille Giardina, Antoine Marongiu, Paul Ungari (et, après, Gino Gorla).

<sup>26</sup> *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè editore, Milan. Le Conseil de rédaction au début était composé par le "redattore" Paul Grossi et ses collègues Pierre Costa, Pierre Fiorelli, Louis Lombardi Vallauri, François Romano. La « pagina introduttiva » de Paul Grossi lançait la perspective du « colloque entre juristes », qui sera un des principes inspirateurs – et de succès – de l'initiative et de sa politique culturelle.

<sup>27</sup> Dans la « pagina introduttiva » de chaque année Paul Grossi indiquait les caractéristiques du numéro, car la revue annonçait bien souvent les arguments à développer et les buts à atteindre, selon une fine vocation culturelle qui aspirait à mettre en relief les différentes – mais considérables - perspectives d'où l'on pouvait déduire l'importance contemporaine de la science juridique.

<sup>28</sup> J'ai tâché, pour ma part, de mettre en relief ce grand engagement et les notables résultats acquis à l'occasion de la vingtième année de la revue : G. S. PENE VIDARI, « Venti anni di *Quaderni fiorentini* », *Rivista di storia del diritto italiano*, LXV (1992), p. 453-560. Paul Grossi lui-même a tracé une fine et très réussie esquisse de son activité en quittant la direction de la revue : P.GROSSI, « Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei « Quaderni fiorentini ») », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2001), p. 1-12.

<sup>29</sup> *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da Giovanni Tarello*, I (1971), Società Editrice Il Mulino, Bologne. Les « *Materiali* » sortaient chaque année de l'Institut de Philosophie du droit de l'Université de Gênes, dirigé par le même Tarello (quelquefois en deux volumes). En 1979 (année IX) on est passé – définitivement – au niveau d'une vraie revue, avec deux fascicules semestriels (juin -décembre).

a publié un nombre considérable d'articles d'histoire du droit<sup>30</sup>. L'année suivante, en 1972, Paul Grossi semblait presque lui répondre, par son initiative florentine. Il s'agit de deux revues, qui ont choisi de se présenter sous un titre apparemment modeste (Cahiers/Matériaux), mais qui ont apporté une bouffée d'air frais et qui ont favorisé un renouvellement des études sur la culture juridique des derniers siècles. La succession de Tarello (mort depuis longtemps) a été prise par un comité assez nombreux<sup>31</sup>. Paul Grossi, de son côté, a décidé, après la trentième année, de laisser la direction de « sa » revue<sup>32</sup>: il a été remplacé par son élève Pierre Costa, aidé par un comité scientifique composé par la consistante école florentine de Grossi<sup>33</sup>. Mais la vitalité de ces deux revues dédiées à la pensée juridique de l'âge moderne, bien que d'une façon différente, n'a pas été amortie par les changements de la direction.

Naturellement, les seuls *Quaderni fiorentini* sont très liés à l'histoire du droit, mais dans une perspective un peu particulière, car ils poursuivent aussi le dialogue direct avec les juristes d'aujourd'hui. C'était un but déjà envisagé par les *Annali* de Calasso, mais que celui-ci dans l'ensemble a raté<sup>34</sup>, et que Grossi, en revanche, a réussi à rejoindre. Peut-être les temps étaient plus mûrs, certainement il a atteint cet objectif<sup>35</sup>. Les premiers numéros de la revue ont souvent un thème (par exemple le

<sup>30</sup> Il s'agit, en principe, d'articles qui étudient surtout l'histoire de la culture et de la pensée juridique, et qui – par exemple - suivent bien peu l'histoire des institutions.

<sup>31</sup> Le dernier numéro de la revue (année XXXV, juin 2005) a toujours la direction chez l'Université de Gênes (Dipartimento Giovanni Tarello. Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto), pour la direction de Silvana Castignone (directeur responsable), Mauro Barberis, Pierlouis Chiassoni, Paul Comanducci, Richard Guastino, Realino Marra, Georges Rebuffa, Mariangela Rispoli.

<sup>32</sup> Je m'étais permis plusieurs fois de tâcher de convaincre Paul Grossi à continuer, mais son programme de laisser à ses élèves la revue (pour continuer encore ensemble le parcours scientifique entrepris avec eux) n'a pas changé.

<sup>33</sup> Maintenant (depuis le numéro 31 du 2002) Pierre Costa est passé « redattore » de la revue, aidé par un Conseil de rédaction composé par Paul Cappellini, Paul Caretti, Maurice Fioravanti, Paul Grossi, François Palazzo et Bernard Sordi (on a seulement ajouté que les *Quaderni fiorentini* ont été « fondati nel 1972 da Paolo Grossi »).

<sup>34</sup> C'est Paul Grossi qui laisse entendre cette situation, soit dans la « pagina introduttiva » du premier numéro soit dans celle du trentième (cfr. *supra*, notes 26-28). En effet, même si François Calasso avait bien des rapports avec les juristes – au moins comme directeur de l'*Enciclopedia del diritto* -, ses *Annali* n'ont presque jamais édité des articles liés au droit d'aujourd'hui, tandis que *Quaderni fiorentini* ont suivi bien souvent cette perspective.

<sup>35</sup> Il me semble utile de reprendre quelque partie de la « pagina introduttiva » du premier numéro, qui peut représenter le programme, que la revue a su très bien poursuivre : « Se per questa pagina introduttiva del primo numero dei nostri 'Quaderni' fosse stata necessaria una intitolazione più specifica, avremmo invece polemicamente segnato in epigrafe : 'Colloquio tra i giuristi', quasi per esprimere, insieme, il motivo centrale del foglio nascente e l'esigenza forse più sentita della scienza giuridica di oggi, che deve, innanzi tutto, prima di guardare oltre, riflettere in se stessa e sul proprio assetto interiore. // Storico del diritto e cultore di un diritto positivo si sono troppo isolati nella elaborazione delle proprie tecniche, ostentando una reciproca sordità e incomprendione, e, lungi dall'intessere un dialogo, hanno piuttosto recitato, ciascuno per proprio conto, un improduttivo monologo : il primo, da un lato, troppo dedito ai riti misterici dell'erudizione fino a scambiarli con l'oggetto immediato ed esclusivo della propria attività di ricerca; il secondo, per altro verso, compiaciuto di ardui esercizi di logica astratta nel trapianto, più o meno consapevole, d'una strumentazione tecnologica sul piano delle scienze umane. Ambedue, comunque, operatori culturalmente e socialmente di scarsa

socialisme juridique, la propriété, la personne juridique, François Génys<sup>36</sup>), quelquefois aussi pour publier les actes d'un colloque (comme celui sur Savigny ou celui sur les revues juridiques italiennes<sup>37</sup>). Cette vocation continue jusqu'à maintenant et alterne des numéros thématiques à d'autres mélangés<sup>38</sup>. Il faut ajouter encore que les initiatives de Paul Grossi ont lié à son Centre d'études florentin<sup>39</sup> et à sa revue de nombreux historiens du droit de tout le monde, et je suis sûr que beaucoup de ceux qui participent à ces belles « journées » de Toulouse ont pu eux-mêmes l'essayer et en avoir un témoignage direct. Par sa revue, il a ouvert un important dialogue, pas seulement avec les juristes italiens, mais aussi avec les philosophes, les sociologues, les historiens, et avec bien de collègues historiens du droit étrangers. Enfin, il a ramené l'attention sur des arguments un peu oubliés par les historiens du droit, comme la Seconde scolastique espagnole ou l'importance des revues juridiques<sup>40</sup>.

Si un nombre considérable de chercheurs s'intéressait à l'époque surtout à l'histoire et à la science du droit moderne et contemporain, l'intérêt pour le droit savant – et en particulier pour sa grande période médiévale – a conduit Manlio Bellomo à lancer en 1990 la *Rivista internazionale di diritto comune*, appuyée par le

---

rilevanza. // E' ormai tempo di operare due recuperi : riacquisire, da parte dello storico del diritto, il senso della unitarietà della 'scientia iuris'; recuperare, da parte del giurista di diritto positivo, il senso della storicità come dimensione intrinseca del fenomeno giuridico. E' un tentativo non ulteriormente dilazionabile, se non a prezzo di costi, troppo onerosi. [...] // Da questo disagio, da queste esigenze, dalla consapevolezza che qualcosa oggi si deve fare, nasce l'iniziativa di avviare, da questo anno, dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno : // non una nuova rivista, ma dei 'quaderni' che annualmente rappresentino la testimonianza di un lavoro variamente complesso, ma proteso nel senso indicato; // né, tanto meno, una rivista storico-giuridica, ma un banco comune di incontro e di lavoro che veda seduti assieme, in stretto contatto, storici e filosofi del diritto, privatisti e pubblicisti; // inoltre, quaderni 'fiorentini', dal momento che Firenze, nella sua vitalità culturale, fornisce alla iniziativa ben più che una semplice occasione; // infine quaderni dedicati a una problematica ben definita, non solo per colmare, con apporti specifici, un deplorabile e umiliante vuoto storiografico, ma perché il pensiero giuridico moderno, quale terreno di continuità, al di là di fratture legislative, tra presente e passato, può costituire un materiale di studio tale da presupporre legittimamente un banco comune di lavoro e una comune operosità [...] ».

<sup>36</sup> Il s'agit des numéros 3-4 (1974-75), 5-6 (1976-77), 11-12 (1982-83), 20 (1991).

<sup>37</sup> Les « actes » du colloque sur Savigny sont dans le numéro 9 (1980), ceux de celui sur les revues au numéro 16 (1987).

<sup>38</sup> La tradition de publier des mélanges après un volume thématique continue à être respectée : après les deux tomes du numéro 31 (2002) sur l'ordre juridique européen, celui 32 (2003) reprend les articles mélangés.

<sup>39</sup> Le « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno » a été fondé par Paul Grossi presque au même temps que « sa » revue et est devenu le centre- même de la rédaction de la revue. Paul Grossi a désiré être soulagé de la direction du « Centre » au même temps que de celle de la revue, et y a été substitué comme directeur par son élève Bernard Sordi.

<sup>40</sup> La Seconde scolastique espagnole a été ramenée à la mémoire par le bien réussi colloque florentin de la même année (1992) que la fondation de la revue : l'édition des « actes » a ouvert en 1973 la collection des livres de la « Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno » publiée elle-aussi par l'éditeur Giuffrè de Milan. Aux revues juridiques italiennes les *Quaderni fiorentini* ont dédié le numéro 16 (1987) et la « Biblioteca » ses livres n<sup>os</sup> 13 et 43; aux revues françaises le n<sup>o</sup> 29 (pour les soins de André-Jean Arnaud).

« Ettore Majorana Center for Scientific Culture » de Erice en Sicile<sup>41</sup> et soutenue par un large comité scientifique international<sup>42</sup>. La revue est dirigée avec fermeté par Bellomo lui-même<sup>43</sup> et concentre naturellement ses intérêts scientifiques sur le *ius commune* et surtout sur les juristes du Moyen Âge et les sources du droit savant. Elle a une livraison annuelle et est arrivée maintenant à éditer son douzième numéro<sup>44</sup>.

On ne peut pas s'arrêter sur d'autres cas particuliers, car on doit mentionner encore quatre revues italiennes, qui publient souvent des articles d'histoire du droit, bien qu'elles n'y soient pas uniquement spécialisées. La première est *Studia et documenta historiae et iuris* de la Pontificia Universitas Lateranensis, dédiée surtout au droit romain et canon depuis sa fondation, au milieu des années trente du XX<sup>e</sup><sup>45</sup>. Bien plus récente est *Le carte e la storia*, revue semestrielle pour l'histoire de l'administration et des institutions<sup>46</sup>, fondée en 1995 par Guy Melis, liée à la « Società per gli studi di storia delle istituzioni »<sup>47</sup>. De la même année date la revue créée en 1995 pour l'histoire juridique, politique et sociale de l'Italie méridionale par mon collègue napolitain Raphaël Ajello, *Frontiere d'Europa*<sup>48</sup>: ses deux fascicules semestriels contiennent des articles d'histoire du droit à côté d'autres d'histoire. Enfin, en 2001, a commencé son parcours semestriel une revue d'histoire constitutionnelle, le *Giornale di storia costituzionale*, publié par le Laboratoire Antoine Barnave de l'Université de Macerata. Il est dirigé par les deux collègues de cette

<sup>41</sup> *Rivista internazionale di diritto comune*, éd. Il Cigno Galileo Galilei-Edizioni di arte e scienza, Rome-Erice. Le « Ettore Majorana Centre for Scientific Culture » est devenu maintenant « Ettore Majorana Foundation and Centre for Scientific Culture ».

<sup>42</sup> En 1990 le Comité scientifique était présidé par Dominique Maffei et comprenait Mário Júlio de Almeida Costa, Marius Ascheri, John Barton, Manlio Bellomo, Leonard Boyle, Ennius Cortese, Gerhard Dilcher, Charles Donahue Jr., Robert Feenstra, Gérard Fransen, Antonio García y García, André Gouron, Stephan Kuttner, Peter Landau, Peter Linehan, Knut W. Nörr, Antoine Padoa Schioppa, Augustin Paravicini Bagliani, Antonio Pérez Martín, Ludwig Schmugge, Laurent Waelkens, Peter Weimer.

<sup>43</sup> Manlio Bellomo entre 1980 et 1987 avait déjà été codirecteur des *Quaderni catanesi di studi classici e medievali* (éd. Tringale, Catane), où il a publié plusieurs travaux d'histoire du droit savant ou sicilien, rédigés par lui-même ou par ses élèves.

<sup>44</sup> Le numéro 12 est de 2001.

<sup>45</sup> La revue, qui a atteint maintenant le numéro LXXI (2005), est dirigée par Jean Louis Falchi et est éditée par la Lateran University Press.

<sup>46</sup> La revue a commencé en 1995 comme *Le Carte e la Storia. Bollettino semestrale della Società per gli studi di Storia delle Istituzioni*, sous la direction de Guy Melis, éditée par la Nuova Immagine Editrice de Sienne. Depuis 1999 la revue, toujours dirigée par Melis, est passée à l'éditeur Il Mulino de Bologne et a changé aussi la seconde partie de son titre : *Le Carte e la Storia. Rivista di storia delle istituzioni*. Maintenant la direction et l'administration sont à Rome, à la Scuola speciale per archivisti e bibliotecari de l'Université de Rome (via Vicenza 23).

<sup>47</sup> Entre 1995 et 1998 ce lien relevait déjà du titre, après 1999 (avec le passage de la revue aux éditions de Il Mulino) l'intitulé ne le souligne plus, mais il reste, comme on peut le déduire des compte-rendus de la revue.

<sup>48</sup> *Frontiere d'Europa*, éditeur E.S.I. (Edizioni Scientifiche Italiane), Naples. Le sous-titre de cette « rivista storica semestrale » est *Società-economia-istituzioni-diritto del Mezzogiorno d'Italia*. La dernière année (X-2004) a conservé les caractéristiques de la fondation (sauf que pour quelques changements de codirecteurs et pour le comité scientifique).

université Robert Martucci et Louis Lacché ; il est arrivé à sa cinquième année<sup>49</sup> et présente des numéros à thème<sup>50</sup> et d'autres mélangés, où il y a aussi des articles d'histoire du droit.

Il me semble que je peux considérer comme presque complet le tableau des revues italiennes de notre matière ; il y a pourtant deux petits appendices.

1 À côté de la revue, aussi bien la *Rivista di storia del diritto italiano* que les *Quaderni fiorentini* ont organisé et publient une collection de livres d'histoire du droit, qui a atteint, pour la première, les 40 titres, pour le seconds, les 64 titres. Même l'éditeur Il Cigno publie lui-aussi les « Libri di Erice » à côté de la revue internationale de droit commun. Il s'agit, bien sûr, d'initiatives distinctes de chacune revue, et je glisse donc sur ces collanes, même si l'on y retrouve des titres et des auteurs qui sont importants pour notre discipline. Il me semblait au moins convenable de les rappeler, en parlant des revues.

2 Il y a aussi d'autres initiatives de mélanges périodiques, qui ne se matérialisent pas dans une vraie revue. Je n'en ai pas parlé, mais je dois au moins dire que les Instituts d'histoire du droit soit de Naples soit de Milan ont commencé à publier une collection périodique de mélanges, éditée sans régularité, pour présenter les articles des chercheurs de l'Institut. La collection napolitaine « *Storia e diritto* » a débuté en 1986<sup>51</sup>, mais s'est tantôt interrompue, remplacée, en effet, par la revue « *Frontiere d'Europa* » déjà rappelée. Par contre, la collection milanaise « *Studi di storia del diritto* », plus récente, car elle a débuté en 1996, est maintenant sans doute active : elle a publié en 2001 son troisième volume – épais et vigoureux comme les autres – et est en train de continuer avec succès<sup>52</sup>.

Après ces deux appendices, j'ai presque terminé mon tour d'horizon. Il faut ajouter quelques considérations finales.

On peut dire que jusqu'aux années soixante du XX<sup>e</sup> siècle les revues italiennes d'histoire du droit ont porté surtout sur des sujets de la période médiévale (pendant l'avant-guerre, les articles semblent s'occuper à moitié des siècles avant l'an mille et à moitié après, mais dans l'ensemble du Moyen Âge). Dans l'après-guerre, la « *Rivista di storia del diritto italiano* » a présenté des articles sur des sujets et des périodes variables, tandis que les *Annali* ont poursuivi des lignes culturelles, où il y a d'un côté le rapport avec les savants étrangers, de l'autre la mise en valeur du droit savant (ses juristes, ses sources, ses institutions).

Entre la fin des années soixante et les suivantes, les jeunes chercheurs qui sont en train de mûrir préfèrent souvent écrire des articles sur des thèmes nouveaux (surtout relatifs aux siècles plus récents), discutent de la méthode d'étudier l'histoire du droit, de la science juridique et de la politique culturelle des derniers siècles. Les

---

<sup>49</sup> *Giornale di storia costituzionale. Semestrale del Laboratorio « A. Barnave »*. La revue a la direction chez le Laboratorio di storia costituzionale « A. Barnave » de l'Université de Macerata et est éditée et distribuée par Quodlibet edizioni, Macerata (via M. Ricci 108).

<sup>50</sup> Le numéro 6 (II semestre 2003) regardait « *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo* », le numéro 8 (II semestre 2004) s'occupait de « *La 'deriva parlamentare' nella storia costituzionale francese* ».

<sup>51</sup> *Storia e diritto*, I, Naples 1986. L'édition était effectuée directement par l'Istituto di storia del diritto italiano de la Università de Naples (qui maintenant s'appelle Università Federico II). La publication s'est arrêtée après quelques volumes.

<sup>52</sup> *Studi di storia del diritto*, I, Milan 1996, éd. Giuffrè, entre la collection des publications de l'Istituto di storia del diritto italiano de l'Université de Milan.

revues de Tarello et de Grossi (qui sont âgés de presque 40 ans) introduisent des perspectives nouvelles, que la génération des professeurs de l'avant-guerre regarde avec une certaine méfiance, tandis que va se répandre la tendance à étudier les sources du droit savant. On peut dire qu'après les années soixante-dix du XX<sup>e</sup> siècle les articles sur le haut moyen âge disparaissent presque, pendant que ceux sur le XIX<sup>e</sup> siècle – jadis rares – vont vite s'étendre. Cette inclination reste jusqu'à nos jours : le haut Moyen Âge est oublié et le bas Moyen Âge lui-même est étudié surtout par intérêt pour le droit savant, mais il n'y a que peu d'études sur les communes ou les seigneuries. Par contre, le droit des époques moderne et contemporaine est bien souvent envisagé. Pendant l'avant-guerre de nombreux articles s'occupaient du droit privé, maintenant ils suivent plutôt le droit public et pénal ou l'histoire des sources (et en particulier des codes).

On peut noter – enfin et surtout – les nouvelles perspectives de ces dernières décennies, qui conduisent à insérer l'histoire du droit dans certains problèmes discutés par les juristes d'aujourd'hui, avec un résultat dans l'ensemble apprécié : Les historiens du droit sont entrés avec vigueur dans les discussions sur le rôle du juriste, sur la position du juge, sur les rapports entre la loi et le droit, sur l'interprétation, etc.. Ils ont ainsi réussi – ou, au moins, un certain nombre d'entre eux – à sortir de leur coquille et à donner une sérieuse évaluation historique à quelques uns des grands sujets débattus par les juristes contemporains, en y apportant avec succès leurs contributions scientifiques. C'est la conscience d'appartenir à un milieu culturel, où les articles des historiens du droit ne restent pas dans le cercle restreint du secteur (quoique important), mais participent à un débat plus général sur les arguments vifs de l'actuelle vie juridique.

J'ai fini. J'espère n'avoir pas trop ennuyé mes collègues étrangers sur des initiatives italiennes, mais il me semblait conforme au thème de ces journées de présenter rapidement la situation nuancée, mais assez riche, des revues italiennes pour notre matière. Pendant ces dernières décennies, l'historiographie italienne s'est montrée assez vive et entreprenante, soucieuse aussi de trouver des parcours nouveaux et de chercher un dialogue chez nous et à l'étranger : ses revues spécifiques dédiées à la matière peuvent en être un témoin. J'ai essayé de les présenter.



LA PROBLEMATIQUE DE L'HISTOIRE DU DROIT DU TRAVAIL  
DANS LA REVUE D'ÉCONOMIE POLITIQUE  
À LA BELLE ÉPOQUE

OLIVIER THOLOZAN

L'historiographie juridique est confrontée à un objet paradoxal. En effet, l'histoire du droit est un discours fondé sur un modèle rhétorique construit pour supporter l'épreuve des faits. Mais en même temps, le développement de l'histoire narrative interpelle l'historien du droit pour lui révéler que son discours est une mise en « intrigue » des normes. En réalité, l'impossibilité d'une causalité stricte en science humaine conduit à mettre en scène des acteurs institutionnels, des pratiques et des règles. Ce n'est qu'à ce prix que l'on peut espérer évoquer la vie du droit.

Pour autant la spécificité de son discours n'empêche pas l'histoire du droit de contribuer à la constitution d'un nouveau champ du savoir. De ce point de vue, les relations discrètes qui ont pu se nouer entre l'histoire juridique et l'économie à la Belle époque sont suffisamment significatives. À ce moment, le savoir économique est en voie d'institutionnalisation en tant que discours scientifique. En France, un enseignement autonome d'économie est difficilement créé au sein des facultés de droit en 1877. En 1895, un doctorat de sciences politiques et économiques est instauré comme point possible d'achèvement d'un cycle d'enseignement juridique. Enfin en 1896, le gouvernement va établir une agrégation en science économique pour le recrutement spécifique de professeurs<sup>1</sup>. Cette consécration universitaire masque mal les arrière-pensées politiques. En effet, les nouveaux républicains souhaitent légitimer leur pouvoir en refondant un nouveau pacte social avec les plus pauvres. Ils ne vont donc pas hésiter à mobiliser le savoir économique au service d'une nouvelle Économie sociale. La consécration de l'enseignement économique répond ainsi aux nécessités de la formation de la nouvelle élite républicaine<sup>2</sup>. La fondation de la *Revue d'Économie politique*, en 1887, est un moment fort de cette évolution.

Cette revue s'oppose à l'ultra libéralisme, largement inspiré d'Outre-Manche, du groupe savant dominant formé autour de la Société d'économie politique et du *Journal des économistes*. Durant la période 1887-1914, la *Revue d'Économie politique* trouvera d'ailleurs essentiellement son unité dans ce qu'elle combat. On comprend ainsi mieux l'œcuménisme qui caractérise la composition de ses

---

*Maître de conférence à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III.*

<sup>1</sup> A. SEVIN, « Une pratique de la monographie en économie politique. La thèse de doctorat (1898-1938) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2003, n°9, p. 54 s.

<sup>2</sup> B. DUMONS et G. POLLET, « Universitaires et construction de l'État providence : la formation économique et juridique des élites françaises (1890-1914) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, n°20, p. 181 s.

membres. Ainsi, son instigateur, le solidariste coopérationniste Ch. Gide y côtoie l'interventionniste P. Cauwés, le libéral E. Villey ou les leplaysiens E. Fournier de Flaix et P. du Marrousem. Des ennemis jurés tels que les économistes Schmoller et Menger y publient leurs études. La faculté de droit, elle-même, soutient la revue pour répliquer aux critiques des économistes libéraux qui déniaient aux juristes les aptitudes nécessaires à l'enseignement économique<sup>3</sup>.

En matière de méthodologie, la religion de la revue est loin d'être établie. Elle oscille entre les tentatives inductives de la monographie et, de façon plus réticente, à la généralisation par la mathématisation, pourtant préconisée par un soutien aussi éminent de la revue que L. Walras<sup>4</sup>. Il faut dire que les tenants de la *Revue d'Economie politique* se soucient surtout de s'associer aux juristes pour fonder la nouvelle « science sociale ». La revue occupera d'ailleurs ici un rôle de pont entre les juristes et les premiers sociologues<sup>5</sup> avant que la rivalité n'éclate au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles<sup>6</sup>. L'objectif épistémologique de la revue justifie donc que l'on cherche à mettre en évidence son apport à différentes sciences humaines dont ici l'histoire du droit. L'orientation solidariste de la revue explique l'importance qu'elle a pu accorder aux questions du travail. C'est pourquoi la *Revue d'Economie politique* s'est surtout préoccupée d'histoire du droit du travail. Cette dernière est évoquée dans les volumes 1892, 1895 et 1896 à travers trois études formant un ensemble de plus de 200 pages. La première étude est d'inspiration libérale et prétend constituer un « essai historique sur la législation industrielle de la France »<sup>7</sup>. La seconde et la troisième étude sont d'inspiration plus interventionniste et portent sur l'histoire de la protection ouvrière française<sup>8</sup>.

Ces deux thématiques historiques, jamais mises en avant dans l'analyse de la revue<sup>9</sup>, permettent pourtant d'aborder l'intégralité de la problématique qui articule, encore aujourd'hui, l'histoire du droit du travail. En effet, faut-il estimer que le droit français moderne du travail est issu de l'entrechoc de l'idéal révolutionnaire de libération du travail et de la nécessité de policer la nouvelle liberté ? Ne faut-il pas

<sup>3</sup> M. PENIN, « La *Revue d'Economie politique* ou l'essor d'une grande devancière (1887-1936) », in L. MARCO (sous dir. de), *Les Revues d'économie en France. Genèse et actualité (1751-1994)*, L'Harmattan, 1996, p. 163.

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 168.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>6</sup> Sur la rivalité entre Worms, le sociologue des juristes et Durkheim voir L. MUCCHIELLI, *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France*, Editions la découverte, 1998, p. 144 s. Sur l'utilisation de la jurisprudence comme substitut de l'enquête sociologique, V<sup>o</sup> Dix-neuf-cent, D. ALLAND, S. RIALS (sous dir. de), *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p. 383-384.

<sup>7</sup> M. SAUZET, « Essai historique sur la législation industrielle de la France », *Revue d'Economie politique*, 1892, p. 890 s.; p. 1096 s.; p. 1184 s. (désormais désigné LI).

<sup>8</sup> V. MATAJA, « Les décrets sur la journée de travail en 1848 », 1892, p. 1255 s. (désormais désigné par DJ); « Les origines de la protection ouvrière en France », *Revue d'Economie politique*, 1895, p. 529 s.; p. 739 s.; *Revue d'Economie politique*, 1896, p. 232 s.; p. 354 s. (désormais désigné par PO avec l'année de la revue).

<sup>9</sup> M. Pénin n'en fait pas cas dans son premier article (ouv. cité) ni dans l'approfondissement qu'il en a donné plus tard sur une période plus restreinte (« Un solidarisme interventionniste : la *Revue d'Economie politique* et la nébuleuse réformatrice (1894-1914) », in C. TOPALOV (sous dir. de), *Laboratoires du nouveau siècle. La nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France, 1880-1914*, Ed. de l'EHESS, 1999, p. 95 s.).

plutôt considérer que la logique statutaire de la législation contemporaine du travail prend sa source dans le développement de la question sociale, dès la Monarchie de juillet ? Ce questionnement historique prend tout son sens à la Belle époque car il sert à établir la légitimité d'une législation sociale qui prend son essor dès 1884 avec la consécration de la liberté syndicale<sup>10</sup> et la transformation économique de la France.

*L'histoire du droit du travail libre.*

C'est le juriste Marc Sauzet (1852-1912) qui va s'efforcer de démontrer par l'histoire que la raison d'être du droit du travail réside dans la libération du travailleur. Avocat à la Cour d'appel, professeur à la Faculté de droit de Paris, il sera député de l'Ardèche entre 1893-1899 et 1910-1912. Inscrit sur la liste de gauche radicale, il s'oppose aux conservateurs. Il appartient en réalité à ces radicaux de droite qui les premiers vont collaborer avec les républicains modérés opportunistes. Homme du centre républicain, il a défendu la liberté religieuse, la propriété comme liberté économique tout en s'intéressant très tôt à la question sociale. Libéral, il a compris que le règlement de cette dernière conditionne la survie de la nouvelle industrialisation française. Aussi, déjà au sein de la revue critique de législation et de jurisprudence, il est celui qui s'intéresse aux problèmes sociaux tout en restant proche des positions libérales du fondateur de la revue, Wolowski<sup>11</sup>.

*L'exaltation de l'œuvre « sociale » de la révolution libérale.*

Son appréhension libérale du droit du travail, conduit Sauzet à l'envisager à l'aune d'une histoire de la « législation industrielle ». Son attitude traduit également le droit de son époque qui ne parle pas encore de droit du travail mais envisage la question ouvrière comme l'un des thèmes du droit de l'industrialisation<sup>12</sup>. En même temps, les hommes de la Belle Époque avaient bien conscience que la nouvelle entreprise industrielle fondée sur une division du travail accentuée et le principe de hiérarchie allait devenir le modèle type de l'organisation des relations du travail. Aussi au risque de l'anachronisme, Sauzet, le républicain de cœur, va rechercher les origines de la législation industrielle en pleine Révolution française alors que la France est encore bien loin de sa révolution industrielle. Son discours historique n'en est pas moins riche puisqu'il utilise la littérature de l'époque, les archives parlementaires et surtout des documents de première main inédits tirés des archives nationales. Il va d'ailleurs découvrir le projet de codification de la législation industrielle du baron Louis Costaz qui préfigurait dans des termes un peu plus ambitieux la célèbre loi du 22 germinal an XI. La structure de son discours historique repose plus sur une construction rhétorique que narrative. On reconnaît là le juriste formé à l'école de l'exégèse qui, pour révéler une évolution normative cohérente, préfère

<sup>10</sup> Sur cet essor voir F. HORDERN et P. BARRAU, *Histoire du droit du travail par les textes*, t.I, cahiers de L'IRT d'Aix-en-Provence, n°8, 1999, p. 67 s.

<sup>11</sup> Parmi les thèmes étudiés par Sauzet dans cette revue citons : « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels » (1883); « Situations des ouvriers dans l'assurance collective contractée par le patron » (1886); « De la nature de la personnalité des syndicats professionnels » (1888); « Le livret obligatoire des ouvriers » (1890).

<sup>12</sup> F. LEKEAL, « Les origines de l'enseignement de la législation industrielle : enjeux et qualification d'un nouveau champ d'études », *Construction d'une histoire du droit du travail*, cahiers de L'IRT d'Aix-en-Provence, n°9, 2001, p. 17 s.

suivre le fil des actes juridiques plutôt que le destin de ses auteurs.

Le point de départ de sa rétrospective juridique est la proclamation de la liberté du travail à l'époque révolutionnaire qui rompt avec le corporatisme d'Ancien Régime. Et, bien avant l'article de Mathiez de 1931<sup>13</sup>, il reconnaît que ce principe ne fut pas complètement reconnu dès la nuit du 4 août 1789<sup>14</sup>. Il fallut attendre le vote du décret d'Allarde et de la loi Le Chapelier. Son interprétation de ces textes reste essentiellement économique ; à aucun moment il ne propose une lecture plus politique, pourtant proposée aujourd'hui, qui fait de ces textes des mesures de préventions contre les émeutes populaires<sup>15</sup>. Cette compréhension des textes l'encourage à insister sur les décrets de la Constituante du 31 décembre 1790 et du 25 mai 1791 relatif au droit des inventeurs. À son sens, la protection du droit de l'inventeur n'a rien à voir avec un « privilège » issu d'une « concession du pouvoir » comme sous l'Ancien Régime. Elle n'est que la garantie de sa propriété et contribue à la préservation du travail<sup>16</sup>. Sauzet passe toutefois sous silence que le droit révolutionnaire des brevets empêchait l'inventeur d'utiliser librement sa propriété à l'étranger<sup>17</sup>.

Sa défense du libéralisme révolutionnaire pousse également Sauzet à récuser les attaques du traditionaliste Taine qui vient de publier ses origines de la France contemporaine depuis 1875. Les critiques tainiennes contre le despotisme jacobin lui paraissent trop fondées sur un psychologisme tiré « des opinions personnelles émises dans les travaux parlementaires » ou de l'extrapolation d'un « jacobin idéal »<sup>18</sup>. Bien plus que d'opposer une perception « institutionnaliste » de juriste à une vision « personnaliste » d'historien, Sauzet s'engage clairement dans le débat sur la légitimité de la Révolution française qui, à l'époque, a encore une forte connotation politique. La passion militante transparaît, lorsqu'il écrit, à propos de l'œuvre de la Révolution française, que « les droits privés, elle les a méconnus toutes les fois qu'elle a vu le salut public en jeu : de là le rétablissement de la confiscation, les lois sur les réquisitions et par voie de conséquences sur le maximum. Elle les a, au contraire, proclamés quand elle a pu échapper à l'obsession du salut public »<sup>19</sup>. Cette façon bien républicaine d'appréhender la révolution comme un « bloc » unitaire ne l'empêche cependant pas de regretter l'incapacité de la Révolution à abandonner tout étatisme.

*Le refus de la rationalisation étatiste de la liberté du travail.*

La frilosité libérale de Sauzet transparaît tout particulièrement dans sa lecture critiquable de l'article 7 du décret d'Allarde. En effet, selon lui, en affirmant que tout entrepreneur devra se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits, le législateur aurait « conservé intact l'arsenal réglementaire l'ancien

<sup>13</sup> A. MATHIEZ, « Les corporations ont-elles été supprimées en principe dans la nuit du 4 août 1789 ? », *Annales historiques de la Révolution française*, VIII, 1931, p. 252-257.

<sup>14</sup> LI, p. 890.

<sup>15</sup> H. BURSTIN, « La loi Le Chapelier et la conjoncture révolutionnaire », A. PLESSIS (sous dir. de), *Naissances des libertés économiques. Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, IHI, 1993, p. 63 s.

<sup>16</sup> LI, p. 898.

<sup>17</sup> A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, p. 30.

<sup>18</sup> LI, p. 1102, note 1.

<sup>19</sup> *Eod. loc.*

régime »<sup>20</sup>. Il va même plus loin en voyant abusivement là le fondement d'un réglementarisme qui aurait atteint son apogée avec la loi du 22 germinal an XI. Pour prouver son assertion, il cite curieusement *in extenso* le projet Costaz, sans même le commenter<sup>21</sup>, alors qu'il ne s'agissait que de l'un des projets visant à la préparation de la loi de l'an XI. Il s'agit en réalité d'une tactique argumentative de Sauzet.

Il est vrai que le projet Costaz et la loi de germinal an XI visent tous les deux à promouvoir une police des manufactures protectrice du libéralisme économique naissant. Ces deux textes condamnent la coalition attentatoire à la liberté d'entreprendre<sup>22</sup>. Mais le projet Costaz est imprégné d'un légicentrisme plus accusé. Il faut dire que ce projet fut rédigé vraisemblablement entre 1799 et 1801, alors que la désorganisation du marché industriel entraîne un retour illégal à des réglementations municipales corporatistes<sup>23</sup>. Ce texte est donc le reflet d'une volonté de l'État de mettre en place une véritable police du travail ouvrier qui ne soit pas un retour vers l'Ancien Régime.

Il faut d'abord souligner qu'il prévoit quatre titres formés de 40 articles<sup>24</sup> là où la loi de germinal an XI se borne à trois titres rassemblant 12 articles<sup>25</sup>. De surcroît, plus marqué par le positivisme légaliste, le projet Costaz édicte que la loi reconnaît et garantit les conventions librement consenties<sup>26</sup>. À l'inverse, lorsque la loi de germinal an XI évoque les conventions régissant le travail de l'apprenti ou de l'ouvrier, elle affirme que le contrat librement consenti ou passé de bonne foi sera exécuté sauf hypothèses limitatives<sup>27</sup>. Enfin la différence d'inspiration de ces deux textes transparaît encore dans la façon d'exprimer juridiquement l'obligation liant patron et ouvrier. L'article 14 du projet Costaz prévoit que « les ouvriers ne peuvent quitter ceux avec lesquels ils ont pris des engagements avant le terme fixé par ces engagements ». En revanche, la loi de germinal an XI renoue plutôt avec une conception du rapport de travail plus sensible à l'anti-esclavagisme typique des conventionnels. En effet, si l'article 18 de la déclaration de droits de l'homme de la constitution de 1793 dit que « tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre, ni être vendu », l'article 15 de la loi de germinal an XI prévoit que « l'engagement d'un ouvrier ne pourra excéder un an à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur des autres ouvriers ou qu'il n'ait traités et conditions stipulés par un acte exprès ». Il faut d'ailleurs rappeler que cette formulation libérale inspirera au final l'article 1780 du Code civil de 1804 sur le louage de services qui prévoit que l'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes.

Cette stratégie argumentative qui conduit Sauzet à traquer le réglementarisme le fait passer à côté de la signification véritable de la législation napoléonienne sur le travail. Soucieuse d'endiguer une concurrence débridée, la loi de germinal an XI

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 905.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 1192 et s..

<sup>22</sup> Comparez le titre III du projet Costaz (*ibid.*, p. 1198) et le titre II de la loi du 22 germinal an XI (F. HORDERN et P. BARRAU, *ouv. cité*, p. 21).

<sup>23</sup> Voir le commentaire de F. HORDERN (*ibid.*, p. 23).

<sup>24</sup> Titre I, II, III, IV.

<sup>25</sup> Uniquement les titres II, III, V.

<sup>26</sup> Article 1 et 13 du projet.

<sup>27</sup> Article 9 et 14 de la loi de germinal an XI.

impose le livret ouvrier pour lutter contre le débauchage sans pour autant céder à la tentation corporatiste récessive, dès le consulat<sup>28</sup>. Au fond, elle ne fait que respecter l'intégrité d'un libéralisme français caractérisé par l'adhésion à une certaine forme d'étatisme<sup>29</sup>. Il faut semble-t-il imputer la cécité de Sauzet à la chaleur du débat sur la question sociale à son époque. D'autant qu'il a bien saisi les limites du libéralisme mis en place au début de la Révolution. Il reconnaît ainsi que le régime de la loi Le Chapelier visant à instaurer un marché du travail articulé autour « des conventions librement faites entre particuliers » n'est plus à l'ordre du jour en cette fin de XIX<sup>e</sup> siècle. Les révolutionnaires ne l'avaient forgé que « pour la petite industrie [car] c'est elle qui était victime du système corporatif, [...] c'est en elle seulement que l'on voit la liberté individuelle du travail à protéger, et c'est pour elle seule que le contrat individuel sera un instrument efficace de liberté et d'égalité ». L'idéal réformiste de Sauzet trouve alors à s'exprimer lorsqu'il s'écrie : « Vienne la grande industrie, et le contrat individuel sera un moyen d'oppression pour le fort (le patron unique qui emploie des centaines ou des milliers d'ouvriers) contre le faible (l'ouvrier condamné à l'isolement). En effet, la prohibition de toute espèce d'association de personnes n'entrave en rien la concentration des capitaux aux mains de chefs d'industrie uniques. Par cette concentration se fera l'accaparement de la demande de travail, bien plus complet que par une association de petits patrons qui, elle, n'aboutirait pas une unité aussi parfaite de vues et de volonté »<sup>30</sup>. Est-ce alors à l'État d'intervenir pour briser la concentration du pouvoir patronal ? Sauzet ne le dit pas et sa méfiance à l'égard du réglementarisme n'incite pas à lui prêter une telle pensée. Du coup, sa pensée traduit l'impasse d'un libéralisme en attente d'une réforme par la société elle-même au nom de la nostalgie d'un idéal révolutionnaire égalitariste, alors que cette société se trouve commotionnée par l'industrialisation. D'autres, n'hésiteront pas à sortir de cette voie sans issue en appelant à l'action de l'État.

*L'histoire de la protection légale du travail ouvrier.*

La thématique de la légalisation d'un statut ouvrier, en France, a été abordée dans la *Revue d'Economie politique* par un économiste autrichien d'origine hongroise, véritable francophile dénommé Victor Mataja. Le faible écho suscité par ses travaux explique le peu d'informations biographiques que l'on peut recueillir à son sujet. D'abord Professeur d'économie à Innsbruck, il occupa par la suite un poste de haut fonctionnaire au ministère du commerce à Vienne. Son intérêt pour l'économie sociale et son adhésion à l'interventionnisme étatique en matière de lutte contre le paupérisme lui ont certainement été inspirés par l'enseignement de son maître Carl Menger ainsi que par le développement du modèle social germanique<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> J. TULARD, « Le débat autour du rétablissement des corporations sous le Consulat et l'Empire », J-L HAROUEL (dir.), *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à J. Imbert*, PUF, 1989, p. 537 s..

<sup>29</sup> N. ROUSSELIER, « La culture politique libérale », S. BERSTEIN (dir.), *Les cultures politiques en France*, Seuil, 1999, p. 97-105.

<sup>30</sup> LI, p. 920-921.

<sup>31</sup> H. SAINT-MARC, « Etude sur l'enseignement de l'économie politique dans les universités d'Allemagne et d'Autriche », *Revue d'Economie politique* 1892, p. 469-470.

*Une méthode historique au service du réformisme social.*

L'analyse de la protection ouvrière en France proposée par Mataja est riche. Elle repose sur une histoire parlementaire tirée le plus souvent, semble-t-il, du *Moniteur universel*, de la littérature spécialisée de l'époque et des travaux d'enquête menés au sein des institutions consultatives du commerce et de l'industrie. La structure discursive de Mataja s'oppose à celle de Sauzet. En effet, l'économiste autrichien privilégie le registre narratif sur l'argumentation rhétorique. Du coup, la volonté de dramatisation du discours peut le conduire à des jugements cinglants, tel celui qu'il porte sur le décret de mars 1848 pris par le gouvernement provisoire pour limiter le temps de travail. Il écrit à ce propos : « une loi plus imparfaite aura certes rarement vu le jour ; aussi n'y a-t-il que le désir d'accorder quelques concessions à une foule surexcitée, joint au manque de réflexion qui puissent expliquer ce décret qui a tout l'air d'être un mauvais travail d'écolier que le maître ne sait pas où commencer à corriger »<sup>32</sup>. Ce ton emporté - que n'auraient pas désavoué les historiens romantiques - domine une étude au service du réformisme interventionniste étatique. C'est la raison pour laquelle Mataja concentre son étude sur quelques grands textes législatifs de la préhistoire du droit du travail moderne tels que la loi de 1841 sur le travail des enfants, les deux lois de 1848 sur la limitation du temps de travail et la loi de 1851 sur le contrat d'apprentissage. La séquence historique qu'il retient, allant de la monarchie de juillet au second empire, lui permet de refuser de reconnaître l'apport du libéralisme au droit du travail. À l'inverse de Sauzet, Mataja ne pense d'ailleurs pas que la Révolution française soit une période intéressante pour rendre compte de l'histoire de la question ouvrière. Reprenant une solution historiographique de gauche, il fait découler l'émergence de la question sociale des « conséquences funestes de l'industrialisme ». Il souligne qu'« avec l'application l'agonie de tant de petites entreprises, on en vint à recourir au travail démesuré des femmes des machines, avec la division du travail, l'établissement des fabriques et de des enfants, à prolonger à l'excès la durée du travail, souvent sans tenir aucun compte des exigences de la morale et de l'hygiène »<sup>33</sup>. La séquence historique choisie conduit, il est vrai, à raisonner sur des textes juridiques inappliqués. Mais en fait ce choix historiographique conditionne la mise « en intrigue » des normes. En effet, elle permet à Mataja de démontrer que la société est inapte à s'autoréguler et que l'action de l'État doit être plus ferme pour ramener l'harmonie sociale.

*La confiance dans l'État savant.*

Cet espoir en la force de l'État permet de mieux comprendre pourquoi Mataja critique les régimes politiques du passé, qui de par leur origine monarchique, auraient pu facilement agir en matière sociale. Vilipendant la monarchie de Juillet, il dénonce « l'inaction d'un gouvernement » qui explique l'inefficacité de la loi de 1841<sup>34</sup>. Il s'étonne également de « l'incapacité dont fit preuve l'empire sur le terrain de la protection ouvrière [...] car il ne se montra pas indifférent en général aux mesures qui tournaient à l'avantage de la classe ouvrière, sans lui concéder cependant la liberté de ses mouvements »<sup>35</sup>. Il fait plutôt confiance à la nouvelle III<sup>ème</sup> république qui a promu de nouveaux textes sociaux. Avec sa venue, « se

---

<sup>32</sup> DJ, p. 1258.

<sup>33</sup> PO, 1895, p. 529.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 739.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 1896, p. 367.

trouve arrivée à son terme la période des tâtonnements ; elle va faire place à celle du progrès réel, pour ce qui concerne la protection ouvrière »<sup>36</sup>.

La nature du réformisme de Mataja transparait aussi dans son appréciation du rôle des acteurs sociaux. Il exalte l'élite scientifique et cite l'exemple du Docteur Villermé qui a su attirer l'attention du gouvernement de la monarchie de juillet sur le triste sort des enfants dans l'industrie. Il insiste également sur l'importance des groupes d'industriels éclairés, se référant à la société industrielle de Mulhouse qui avait œuvré en faveur de la loi de 1841. En revanche, le peuple lui paraît incapable de prendre son destin en main. Evoquant le monde du travail du premier XIX<sup>e</sup> siècle, il se récrie contre « l'indifférence des ouvriers qui ne pensaient point encore à engager une lutte d'après un plan arrêté, en recourant à la puissance de l'État pour obtenir des modifications plus favorables dans les conditions de travail »<sup>37</sup>. C'est toutefois le capitalisme égoïste qui suscite le plus sa réprobation. Il en voit une illustration dans l'élite industrielle et commerciale du second empire qu'il qualifie abusivement et de façon cassante de « fumier social, dans lequel plus tard Zola alla chercher les personnages qu'il mit en scène dans ses romans »<sup>38</sup>.

La critique engagée de Mataja, proche de celle des futurs radicaux, n'altère pas la richesse de son interprétation historique. Il faut toutefois préciser que l'économiste austro-hongrois a tendance à sous-évaluer la signification de certains textes. Son opposition entre le décret de 1848 du gouvernement provisoire sur la limitation du temps de travail et sa modification par l'assemblée conservatrice, qui, tout en rallongeant la durée du labeur, maintient sa limitation, est trop manichéenne. En réalité, l'analyse des travaux parlementaires démontre, qu'après la répression de juin 1848, l'assemblée a adopté un texte qui est le fruit d'une dialectique entre socialisme et libéralisme. La loi qu'elle va finalement voter est une position transactionnelle<sup>39</sup>. De la même façon, Mataja insiste trop sur le rôle des parlementaires lors de l'élaboration de la loi de 1851 sur le contrat d'apprentissage. Ce texte est surtout le fruit d'un travail technique du Conseil d'État qui s'était inspiré d'un embryon d'enquête menée sous la monarchie de Juillet auprès des manufacturiers<sup>40</sup>.

#### *Conclusion*

On le voit, l'histoire du droit du travail proposée dans les études parues dans la *Revue d'Economie politique* est riche. L'apport historiographique de la revue demeure encore intéressant de nos jours puisque les articles de Sauzet et Mataja servent d'étude de base à la recherche historique contemporaine<sup>41</sup>. C'est dire l'intérêt d'opérer leur critique constructive. De surcroît, ces articles nous introdui-

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>39</sup> O. THOLOZAN, « La liberté du travail à l'épreuve de la durée du labeur dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 2004-4, p. 2029.

<sup>40</sup> O. THOLOZAN, « Le débat parlementaire de 1851 sur le contrat d'apprentissage ou la liberté contractuelle acclimatée », *Construction d'une histoire du droit du travail*, ouv. cité, p. 207 et s..

<sup>41</sup> On les trouve toujours citées à juste titre comme début de bibliographie dans les grands panoramas de la recherche actuelle (G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, p. 40; F. HORDERN, ouv. cité, p. 29; p. 43).

sent au sein d'une problématique historiographique toujours d'actualité<sup>42</sup>. On pourrait faire valoir que la thématique de l'organisation des relations collectives du travail dépasse de nos jours la vieille opposition entre l'idée d'une historiographie de la libération du travail et celle de la légalisation de la protection ouvrière. Or la crise économique persistante actuelle démontre à quel point la logique statutaire du droit collectif du travail peut se heurter à la revendication d'une libération du travail.

Le débat historiographique abordé dans la *Revue d'Économie politique* de la Belle Époque peut donc toujours éclairer l'actualité. Toutefois, si l'histoire du droit du travail veut contribuer à la réflexion sur la crise du social, il convient qu'elle sorte d'un climat politique passionnel dommageable. En effet, la politisation excessive du débat social en France a trop longtemps étouffé l'éclosion d'une histoire du droit du travail<sup>43</sup>, alors que l'histoire du travail s'est toujours bien portée. La pratique d'une historiographie constructive paraît en la matière une pratique salutaire.

---

<sup>42</sup> Il suffit de rappeler deux interprétations dominantes du débat sur l'histoire du droit du travail qui font écho à celle de Sauzet et Mataja. J. Bouveresse défend l'apport de la révolution libérale à la constitution d'un droit moderne du travail (« Y avait-il un droit du travail avant le droit du travail ? », S. DAUCHY, S. DEMARS-SION, F. LEKEAL, B. DUBOIS (dir.), *Histoire, justice et travail*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2003, p. 203 et s.; J. Le Goff maintient que le droit moderne du travail apparaît avec l'émergence de la question sociale en 1830 (*Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004, p. 19-20).

<sup>43</sup> Voir les interrogations sur l'existence d'une histoire du droit du travail de F. HORDERN, « Pour une histoire du droit du travail », *Histoire des accidents du travail*, 1979, n°6, p. 135 ; Y. GUIN, « Épistémologie de l'histoire du droit du travail », *Procès*, 1983, n°13, p. 41 et s.; N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Paris, PUF, 1999, p. 8.



L'HISTOIRE DU DROIT DANS LA REVUE PROGRESSISTE DE DROIT  
FRANÇAIS DE GERARD LYON-CAEN (1952-1956)

NORBERT OLSZAK

Le professeur Gérard Lyon-Caen (1919-2004) n'est nullement répertorié parmi les historiens du droit, mais a accompli sa carrière à Hanoi, Dijon puis Paris I en tant que spécialiste de droit privé et notamment de droit du travail<sup>1</sup>. Et la revue qu'il avait créée il y a une cinquantaine d'années ne s'affiche pas non plus comme historique. Pourtant nous allons pouvoir y trouver quelques éléments intéressants pour notre « histoire de l'histoire du droit » qui n'est pas toujours ni partout condamnée à un cloisonnement disciplinaire.

Ces éléments viennent du goût affirmé de Gérard Lyon-Caen pour l'histoire, sans doute en raison d'une culture acquise dans une grande et ancienne famille de juristes, mais aussi grâce à son besoin de mettre en évidence les fondements économiques et sociaux des mécanismes juridiques. Cet intérêt était très nettement affiché à la fin de sa longue carrière : il avait siégé jusqu'en 2003 au Comité d'histoire du ministère du Travail, où il était d'ailleurs le seul représentant des facultés de droit ; il avait assuré une présidence de séance au dernier colloque d'histoire du droit du travail à Nantes en septembre 2003 et, surtout, il avait consacré ses deux dernières publications à des questions historiques. En effet, sa contribution aux *Mélanges Jean Pélissier* porte sur « Le droit du travail au futur antérieur »<sup>2</sup>, tandis que *Droit ouvrier*, la revue juridique de la Confédération générale du travail, a publié en février 2004 un article assez étonnant intitulé « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée » où Gérard Lyon-Caen revient sur des réflexions données à la même revue en janvier 1951 ! Et pour que l'on puisse mieux apprécier ses analyses rétrospectives et prospectives, il nous donne aussi en appendice cet article cinquantenaire sur « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail »<sup>3</sup>.

Dans cette étude de février 2004 un bref passage et une note signalent la publication « de 1952 à 1955 » (1956 en fait) de la *Revue progressiste de Droit français* qui se voulait être un organe de critique du droit dans son ensemble, pour faire à l'égard des mécanismes juridiques ce que Marx avait fait pour l'économie ! Une œuvre assez particulière donc, surtout si l'on songe que dans le vocabulaire politique de l'époque « progressiste » était un terme utilisé dans certains cas où il était difficile

---

*Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg.*

<sup>1</sup> Jean PELISSIER, « In memoriam : Gérard Lyon-Caen », *Dalloz*, 2004, p. 1243-1244. V. aussi les *Mélanges Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, XVI + 489p.

<sup>2</sup> *Dalloz*, 2004, p. 367-381. A rapprocher de son ouvrage *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1995, 100 p.

<sup>3</sup> *Droit ouvrier*, février 2004, p. 49-56.

d'employer celui de « communiste » trop marqué.

Cette publication est d'autant plus mystérieuse qu'elle est rare : une recherche sur les bases de données Myriade ou Sudoc nous montre qu'elle n'est conservée qu'à la Bibliothèque Cujas de Paris (avec quelques manques) et à la Bibliothèque municipale de Toulouse ! La Bibliothèque nationale dispose également d'une collection allant jusqu'à l'avant-dernier numéro. On ne risque donc guère de la feuilleter fréquemment... D'ailleurs, il semble bien que Gérard Lyon-Caen ne s'intéressait plus guère à cette réalisation de jeunesse, avant qu'elle ne soit retrouvée par hasard dans les réserves de Cujas par deux chercheurs en droit public et que les inventeurs de ce trésor ne viennent rencontrer son créateur en vue de rédiger un article<sup>4</sup>.

Leur étude permet ainsi de mieux connaître cette revue qui a été publiée d'octobre 1952 à janvier 1956, à raison d'environ dix numéros par an ce qui représente un total d'un peu plus de cinq cents pages *in quarto*. Elle se situait dans la mouvance du Parti communiste français qui avait lancé en 1952 des initiatives de publications spécialisées en direction des milieux professionnels, avocats, médecins, psychologues, et elle a d'ailleurs été éditée un certain temps par les Éditions sociales<sup>5</sup>. Mais elle n'était pas contrôlée par le Parti, ce qui fait qu'elle ne sera pas non plus vraiment soutenue par l'organisation communiste et que de grosses difficultés matérielles provoqueront une parution parfois irrégulière et une disparition relativement précoce.

Cependant cette indépendance structurelle ne nuisait nullement au respect d'une orthodoxie assez stricte, du moins pour les thèmes, car s'il y avait quelques divergences théoriques sur le déterminisme de la superstructure juridique<sup>6</sup>, l'essentiel des articles était tout de même consacré à des questions politiques importantes pour le mouvement communiste : présentation du droit soviétique et de l'œuvre juridique du camarade Staline, critique de la Communauté européenne de défense et du réarmement allemand, défense des libertés du peuple algérien et de leurs soutiens communistes, contestation de l'interdiction du Parti communiste allemand, etc... Pour le droit français, la plupart des notes de jurisprudence portent sur des questions de libertés publiques : droit de la presse, liberté de réunion et de manifestation, toujours sur des cas impliquant des militants communistes. Quelques autres branches du droit sont abordées, mais dans le même esprit. Ainsi quand on traite de propriété littéraire et artistique c'est à propos de droits d'auteurs soviétiques pillés par les producteurs américains, et quand on aborde la répression des fraudes, c'est pour défendre l'interdiction d'un poison alimentaire répandu par le capitalisme

<sup>4</sup> Nous remercions vivement MM. Frédéric Rolin, Professeur à Évry, et Xavier Dupré de Boulois, Maître de conférences à Paris II, de nous avoir communiqué le manuscrit de leur projet d'article sur « La *Revue progressiste de droit français* : une lecture engagée du droit dans les années 1950 ».

<sup>5</sup> Sur ces avocats communistes voir : Frédérick GENEVEE, *Le P.C.F. et la justice, des origines aux années cinquante, organisation, conceptions, militants et avocats communistes face aux normes juridiques*, (thèse, histoire, S. Wolikow, dir.), Dijon, 2003, 731p.(en cours de publication). On notera à l'attention des chercheurs que l'auteur est membre du Conseil national du P.C.F. et président de la commission chargée des archives qui viennent d'être ouvertes au public auprès des Archives départementales de la Seine-Saint-Denis à Bobigny (*L'Humanité*, 6 juin 2005).

<sup>6</sup> *Idem*, p. 475-478.

américain : le Coca-Cola ! Curieusement, il n'y a presque rien sur le droit du travail, mais Gérard Lyon-Caen avait clairement indiqué qu'il ne voulait pas faire de concurrence à *Droit ouvrier*, la revue juridique de la C.G.T. qui se situait à l'époque incontestablement sur le même terrain politique.

Ainsi, une simple analyse des tables des matières peut déjà expliquer pourquoi cette revue n'a pas eu un grand succès auprès des milieux juridiques de l'époque et qu'on peut l'oublier de nos jours, sauf si l'on s'intéresse à l'histoire des idées politiques ou à celle des doctrines juridiques.

La *Revue progressiste de droit français* peut donc nous concerner à ce titre, mais plus encore si au delà des tables on considère ses objectifs. Car, dès le premier numéro, son directeur avait affirmé qu'il entendait défendre une approche historique du droit : l'histoire faisait partie du programme scientifique de l'entreprise et devait différencier cette revue des autres publications juridiques qui se complaisaient dans des études purement techniques. L'importance affichée de l'histoire était donc considérable (I), mais la pratique sera malheureusement beaucoup plus modeste (II).

### I – L'IMPORTANCE AFFICHEE DE L'HISTOIRE DU DROIT.

Une place importante est accordée à l'approche historique du droit dans le programme éditorial de la revue, mais elle est aussi revendiquée pour les programmes d'enseignement du droit.

*Le programme de la Revue progressiste.*

L'éditorial non signé du premier numéro, paru en octobre 1952, présente comme de juste les objectifs de cette « revue juridique d'un type nouveau » et insiste sur la méthode en annonçant qu'il convient de « répudier les points de vue de l'idéalisme juridique ». Ceci signifie notamment que : « Au lieu de s'en tenir à des concepts formels (la liberté d'entreprise) qui dissimulent de plus en plus mal tel intérêt ou tel appétit, elle entend rappeler que toute règle de Droit n'a jamais qu'une valeur relative, qu'une signification historique »<sup>7</sup>.

Mais les promoteurs prennent cette relativité à leur compte et affirment : « Le Droit ne fournit que des moyens à placer au service d'un but : la Revue progressiste de Droit placera résolument le droit au service de la cause du progrès et de l'amélioration de la condition des hommes ». Ce sera donc une revue juridique mais aussi une revue de combat politique.

On peut reconnaître ici les principes de l'analyse marxiste qui critique, par exemple, les libertés formelles et recommande de rechercher la situation des libertés réelles, dans un travail historique. Mais s'agit-il de l'histoire du droit ou seulement de l'histoire générale ou bien de l'histoire économique ? En fait cela fait surtout penser à la conception de l'histoire donnée par les premières lignes du *Manifeste du parti communiste* de Karl Marx : « L'histoire de toute société jusqu'à nos jours est l'histoire de la lutte des classes ». Ce point du programme éditorial n'est pas très clair, mais il sera peut-être expliqué par les commentaires publiés plus tard à propos des études juridiques.

\*

---

<sup>7</sup> Droit est toujours écrit avec une majuscule.

*Le programme des études juridiques.*

Le numéro 13 de décembre 1953 contient une assez longue analyse des projets de réforme des études de droit, signée par Gérard Lyon-Caen lui-même. Le débat sur cette réforme, entamé dès les années 1930, avait été rouvert et allait aboutir au décret du 27 mars 1954. Dans l'opinion, la discussion se centrait sur un projet d'adaptation préparé par le doyen Georges Vedel, qui était critiqué par les partisans du *statu quo*, menés par Jean Carbonnier, mais aussi par ceux qui le trouvaient trop conservateur, comme Maurice Duverger.

Mais curieusement ce sont ces partisans du progrès qui vont recueillir toutes les critiques de Gérard Lyon-Caen. En effet, ils préconisent de fondre les études juridiques dans des « facultés de sciences sociales » pour suivre les idées en vogue « outre-atlantique ». Bien sûr, cette inspiration américaine est déjà suspecte, mais c'est surtout le résultat à attendre qui est inquiétant. En fait, cette perspective aboutirait à ne former que de beaux esprits, capables de parler de tout, avec un égal scepticisme de bon aloi, comme dans les Instituts d'études politiques, mais il n'y aurait plus de juristes formés à la technique et au strict respect de la légalité. Et cette dégradation avantagerait grandement le pouvoir capitaliste.

Donc le vrai progressiste doit en rester à des principes clairs dictés par la tradition : « Nous n'avons pas peur de dire que la véritable façon d'aborder l'étude du Droit reste la méthode traditionnelle en usage depuis le XIX<sup>ème</sup> : respect de la loi, interprétation stricte de celle-ci, hiérarchie des sources, raisonnement logique rigoureux ». En conséquence, il faut conserver la méthode exégétique et le droit romain, très formateur à cet égard, du moins si on ne le transforme pas en étude de « sociologie primitive » selon les fausses idées des promoteurs des sciences sociales. Et il faut aussi conserver les enseignements historiques ! Certains réformateurs voulaient y porter la hache, mais ce serait une grave erreur car « le Droit est une idéologie en constante transformation, insaisissable à l'état statique et qui ne peut être comprise que dans son histoire ».

Cependant, il faudrait en modifier certains aspects et réduire « la place excessive faite au Droit de l'Antiquité romaine, qui doit être retenu seulement pour sa valeur formatrice ». En revanche, il faut accroître la place des « grands principes de 1789, assise de tout le Droit moderne » et l'étude des grands doctrinaires de la Liberté moderne comme Montesquieu.

Par ailleurs, cette importance donnée à l'histoire du droit ne veut pas nécessairement dire qu'il faille multiplier les cours de cette discipline. En effet, pour Gérard Lyon-Caen, « étudier le droit positif dans un cours et l'histoire du droit dans un autre cours ne semble pas rationnel ». Il préconise donc d'utiliser la méthode historique à l'intérieur de tous les enseignements juridiques et économiques, puisque la science économique ne s'était pas encore détachée des facultés de droit. Et en conclusion sur ce point, il proclame : « Tout droit est historique. Il n'y a pas - abstraction faite de tout paradoxe - d'Histoire du Droit comme matière spécifique ». Et cette conception est appliquée à la *Revue progressiste* elle-même, car on n'y trouve que très peu d'études historiques en tant que telles.

\*

## II – UNE PRESENCE EFFECTIVE ASSEZ MODESTE.

Si l'on consulte la collection complète on ne trouve que quelques rares articles d'histoire du droit et cette situation ne s'améliore guère à la lecture de la liste des nombreux comptes-rendus d'ouvrages.

### *Quelques rares articles.*

Bien entendu les articles spécifiques sont peu nombreux, puisque Gérard Lyon-Caen met en œuvre son principe d'intégration de la recherche historique dans les études actuelles. Mais cela se borne en fait à invoquer les principes de 1789 contre les menaces qui visent les libertés publiques ou bien la souveraineté nationale.

On le voit, par exemple, dans l'éditorial du n° 1-2 de janvier-février 1954 qui énonce : « La Révolution de 1789 avait bien vu que le règne de la loi, lorsqu'elle est l'émanation de la volonté populaire, était l'obstacle le plus efficace contre l'oppression ». Et de citer alors en exemple la Hongrie, la Tchécoslovaquie ou même l'U.R.S.S. qui prônent activement le règne de la légalité socialiste et où la police et les dirigeants sont strictement soumis à la loi... Ce qui est un exemple plutôt étonnant quand on sait que par ailleurs la revue s'en prend régulièrement aux juristes français, trop théoriciens et ignorants des réalités !

A part cela, l'histoire n'apparaît guère que sous la forme de la publication d'extraits choisis des œuvres de Lénine ou de Vychinski, parangon des serviteurs de la légalité socialiste<sup>8</sup>, ou bien, moins discutable, de Montesquieu que Gérard Lyon-Caen veut faire mieux connaître à l'occasion du bicentenaire de sa mort<sup>9</sup>. Montesquieu fait d'ailleurs l'objet de la seule étude vraiment historique : un très long article « La théorie de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu. Sa signification et son sort », qui fait treize pages serrées, soit un pourcentage significatif du volume total des textes publiés<sup>10</sup>. Les auteurs, Jiri Boguszak et Pavel Peska sont présentés comme « docteurs en droit des universités tchécoslovaques » et une note ajoute à ce propos que « le bicentenaire de la mort de Montesquieu a été célébré de façon bien plus importante dans les pays socialistes que dans les démocraties bourgeoises » et qu'il faut donc s'appuyer sur les travaux de deux savants juristes tchécoslovaques !

Cette remarque met l'accent sur un problème important pour la *Revue progressiste* qui ne ralliera que très peu d'universitaires et où l'on trouvera surtout les signatures d'avocats liés au mouvement communiste, avec en tête de file Léon Matarasso, rédacteur en chef. En fait, en dehors de Gérard Lyon-Caen, on ne repère guère (et rarement) que les signatures de Pierre Cot, Henri Denis, Roger Pinto et René David, et manifestement aucun historien du droit. Mais cette abstention des universitaires peut être palliée par leur mobilisation involontaire sous la forme de notes bibliographiques.

### *Quelques comptes-rendus choisis.*

Chaque numéro contient des bibliographies et des notes de lecture parfois assez

---

<sup>8</sup> N°6-7, mars-avril 1953.

<sup>9</sup> N°4, avril 1955.

<sup>10</sup> N°8, octobre 1955.

longues. Beaucoup concernent des ouvrages de présentation des droits socialistes, avec de vertes critiques contre les auteurs bourgeois qui se risquent à traiter ces sujets alors qu'ils n'y comprendront jamais rien. Quelques autres notes concernent des ouvrages de droit français et fournissent en passant certaines appréciations sur des aspects historiques.

C'est le cas notamment du compte-rendu rédigé par Léon Matarasso du *Manuel de droit du travail* de Gérard Lyon-Caen, publié en 1954<sup>11</sup>. La critique louange ce premier manuel de droit « conçu dans l'esprit de la doctrine marxiste » et relève tout spécialement la définition historique du droit du travail : série d'avantages conquis par la classe ouvrière au cours des années à travers les luttes<sup>12</sup>.

À côté de cette critique positive, les autres sont plutôt négatives, toujours du point de vue des analyses historiques. Ainsi, à propos du *Traité de droit civil*, de Colin et Capitant, refondu par Julliot de la Morandière<sup>13</sup>, on remarque ironiquement que les auteurs de ces mises à jour et refontes de vieux ouvrages démontrent avec talent qu'en fait rien n'est changé « aux rapports de production » depuis 1804 ! Ou bien, à propos des *Forces créatrices du droit* du Doyen Ripert, Gérard Lyon-Caen critique sa conception statique et son ignorance profonde du marxisme<sup>14</sup>. Pourtant Georges Ripert avait pris la peine de citer la *Revue progressiste*, ce qui était vraiment exceptionnel...

En fin de compte, peu d'ouvrages véritablement historiques sont concernés, et avec des notes très brèves d'ailleurs. On ne s'étonnera pas de trouver dans ce cadre l'*Histoire du mouvement ouvrier français* de Jean Bruhat, qui présenterait, nous dit-on, un intérêt de premier ordre pour le juriste<sup>15</sup>, mais cette étude comme son auteur appartiennent à la mouvance communiste. Cependant plus tard on a aussi trois lignes pour signaler la parution de l'*Histoire du droit français de 1780 à 1814* de Marcel Garraud, car il s'agit d'une nouveauté remarquable en ce sens que l'auteur nous donne une « étude systématique du droit révolutionnaire bourgeois »<sup>16</sup>. On retrouve donc l'attachement de la revue à 1789, d'autant plus, précise-t-on, que le premier tome de cet ouvrage porte sur une question d'une grande actualité : l'égalité civile.

Finalement, le vivier semble manquer là aussi. D'ailleurs, dans un des derniers numéros, la conclusion du compte-rendu du livre de Georges Tenékides sur *La notion juridique d'indépendance et la tradition hellénique* s'appuie sur les apports historiques de cette étude pour formuler un souhait : « Il serait désirable que les juristes progressistes s'attaquent aux problèmes d'histoire des institutions »<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> N°1, janvier 1955.

<sup>12</sup> Ce qui deviendra une conception assez répandue du droit du travail pour toute une génération, notamment dans les introductions des manuels. Cf. Yannick GUIN, « Épistémologie de l'histoire du droit du travail », *Procès*, 1983, n°13, p. 41-70. Les recherches récentes donnent une vision plus complexe et rappelons que Gérard Lyon-Caen avait bien voulu accorder son patronage au dernier colloque tenu sur ce thème à Nantes. Cf. les actes : Le Jean-Pierre CROM, dir., *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2004, 413 p.

<sup>13</sup> N°11, octobre 1953.

<sup>14</sup> N°3, mars 1955.

<sup>15</sup> N°1, octobre 1952.

<sup>16</sup> N°11, octobre 1953.

<sup>17</sup> N°5, mai 1955.

Mais la revue aura disparu avant qu'il y ait des amateurs, ou en tout cas des amateurs de progrès intéressés par une publication sous la bannière de ce progressisme très particulier<sup>18</sup>. De toute façon, peu après le dernier numéro, Gérard Lyon-Caen prendra ses distances avec le Parti communiste, quand il aura constaté ce que valait exactement le principe de légalité socialiste appliqué par l'armée soviétique en Hongrie<sup>19</sup>. Il est évidemment dommage que la revue n'ait pas pu nous donner des analyses scientifiques à ce propos, mais gageons que l'histoire du droit et des institutions aurait alors pu trouver effectivement une place plus importante et contribuer à éliminer cet idéalisme critiqué par ces juristes progressistes tout en y sacrifiant à leur manière.

---

<sup>18</sup> Sur la notion de progrès dans notre domaine, voir les récentes études de René de QUENAUDON, « Droit et progrès », *Mélanges Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 187-219; « La 'doctrine progressiste' : une lecture du droit du travail en crise », *Dalloz*, 2005, p. 1736-1741.

<sup>19</sup> En fait, selon le témoignage d'un avocat recueilli par Frédérick Genevée et qui reste à analyser (v. note 4, *supra*), la fin de la *Revue* aurait été hâtée par des divergences sur la guerre d'Algérie.



REPERTORIER ET EDITER DES CHARTES DE FRANCHISES :  
REFLEXIONS HISTORIOGRAPHIQUES A LA LUMIERE  
D'UNE EXPERIENCE COLLECTIVE

JEAN-MARIE CAUCHIES

Le « détonateur » de cette contribution fut la parution récente d'une édition de textes baptisée *Chartes-lois en Hainaut*<sup>1</sup>. Elle a pris place dans une collection de publications de l'association des sociétés d'histoire du Hainaut (belge) et a été menée à bien par une équipe d'historiens de métier issus des universités francophones de Louvain-la-Neuve et Bruxelles, ainsi que de l'Université Charles de Gaulle - Lille III. Elle est la première du genre dans la production scientifique belge, où l'on disposait certes déjà de catalogues élaborés ou de relevés sommaires, en particulier pour le Brabant et le Luxembourg<sup>2</sup>, mais point encore d'une édition systématique. Celle-ci comporte une cinquantaine de textes enrichis de notices historiques et bibliographiques, ce qui représente au total plus de 550 pages.

Il nous a paru opportun d'aborder à cette occasion la question des éditions de chartes de franchises à travers un espace que nous qualifierons de franco-belge, en raison du thème proposé pour les Journées de Toulouse de la Société d'Histoire du droit (juin 2005). La question peut donc être formulée comme suit : quelle place occupent pareils travaux d'édition dans cet espace ? En d'autres termes : qu'y a-t-on réalisé en la matière ? Et puis aussi : comment devrait-on en faire davantage ? L'accueil du sujet choisi se justifie encore dans la mesure où, *in illo tempore*, la Société d'Histoire du droit suscita elle-même en la matière une curiosité et des initiatives qui ont donné quelques résultats et permis d'engranger plusieurs publications. Il va de soi que nous n'aborderons pas les choses sous l'angle de l'exploitation des chartes, ce qui exigerait alors la mise en jeu d'une multitude d'articles et de monographies.

\*

---

*Professeur aux Facultés Saint-Louis de Bruxelles et à l'Université catholique de Louvain.*

<sup>1</sup> J.-M. CAUCHIES et F. THOMAS (édit.), *Chartes-lois en Hainaut (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècle). Edition et traduction*, Mons, 2005 (Analectes d'histoire du Hainaut, IX).

<sup>2</sup> W. STEURS, « Les franchises du duché de Brabant au Moyen Âge. Catalogue alphabétique et chronologique provisoire », *Bulletin de la Commission royale des anciennes lois et ordonnances de Belgique*, t.XXV (1971-1972), 1973, p. 139-295. Pour le Luxembourg, travaux cités par J.-M. YANTE, « Les franchises rurales dans les comtés de Chiny et de Luxembourg (ca 1200-1364) », H. TRAUFLER (dir.), *Le pouvoir et les libertés en Lotharingie médiévale. Actes des 8<sup>es</sup> journées lotharingiennes*, Luxembourg, 1998, p. 40-41.

Quelques notions succinctes seront d'abord les bienvenues. Au cœur de cette recherche, voici donc la « charte de franchises ». Le mot « franchises » prend tout son sens si on l'écrit ici au pluriel. Charles-Edmond Perrin, historien de la société médiévale en Lorraine, en a fourni (dès 1924 puis, dans les mêmes termes, quarante ans plus tard encore) une des meilleures définitions que nous en connaissions : « Acte accordé par le pouvoir seigneurial à l'ensemble des sujets d'une seigneurie pour [1<sup>o</sup>] régler les relations du seigneur et de la communauté et [2<sup>o</sup>] garantir à celle-ci et à ses membres des droits bien définis »<sup>3</sup>. J'émettrai une seule réserve à propos de ce qu'écrivit Perrin : c'est l'utilisation initiale du singulier pour le mot « franchise », qu'il identifie à l'acte même de l'« affranchissement », alors que les concessions de franchises (au pluriel...) se situent à différents moments dans l'évolution d'une communauté vers plus d'autonomie ou, en tout cas, moins d'arbitraire<sup>4</sup>. Nous ne souscrivons pas non plus à l'expression « charte de coutume » (coutume au singulier) qu'utilise consciemment Robert Fossier pour la Picardie, dans une édition exemplaire, sous prétexte que ce terme, vague — il le reconnaît —, rendrait le mieux compte de la diversité des usages, normes et contraintes abordés<sup>5</sup>.

En Hainaut, à la suite des travaux fondateurs de Léo Verriest, en particulier son *Régime seigneurial*<sup>6</sup>, on aime écrire « chartes-lois » et on reste d'ailleurs ainsi très proche du vocabulaire auquel recourent les textes, qui se disent eux-mêmes *lex*, ou encore *pax*. Des éditeurs et auteurs ont souvent mis en évidence la distinction nécessaire entre chartes de franchises et chartes de commune. On a écrit que les premières visaient une émancipation, les secondes une autonomie. Dans son catalogue des chartes poitevines, Madeleine Dillay voyait dans les premières des ensembles de franchises « civiles », dans les secondes des franchises « politiques »<sup>7</sup>. Ce *distinguo* ne nous convainc pas, car il fait appel à des qualifications peu en phase avec l'esprit du temps des chartes. Ce qui peut séparer les unes des autres, ce ne sont guère que la forme et le degré d'association, qui dans le cas d'une commune requièrent un serment d'aide mutuelle. Rien n'incite donc à consommer un divorce, dans la recherche et l'utilisation, entre deux types de chartes de libertés locales<sup>8</sup>.

Autre rupture qui ne mérite guère d'être encouragée : la ville, la campagne. Faire nettement le départ entre chartes urbaines et chartes rurales est une option qui compte ses partisans. Mais on se heurte très vite à d'épineuses questions : qu'est-ce qu'une ville ? depuis quand une localité est-elle devenue ville ? Admettre schématiquement, avec Robert Fossier, que la charte maintiendrait le village dans un cadre

<sup>3</sup> E. PERRIN, « Catalogue des chartes de franchise de la Lorraine antérieures à 1350 », *Annuaire de la Société d'histoire et d'archéologie de la Lorraine*, t.XXXIII, 1924, p. 272. Ch.-E. PERRIN, « Les chartes de franchises de la France. Etat des recherches : Le Dauphiné et la Savoie », *Revue historique*, 231, 1964, p. 34.

<sup>4</sup> Remarquer toutefois, dans la seconde publication, l'adoption du pluriel plutôt que du singulier pour le mot « franchise(s) ».

<sup>5</sup> R. FOSSIER (édit.), *Chartes de coutumes en Picardie (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle)*, Paris, 1974, p. 9.

<sup>6</sup> L. VERRIEST, *Le régime seigneurial dans le comté de Hainaut du XI<sup>e</sup> siècle à la Révolution*, Louvain, 1916-1917 (réimp.1956).

<sup>7</sup> M. DILLAY, *Catalogue des chartes de franchises de la France. I. Les chartes de franchises du Poitou*, Paris, 1927.

<sup>8</sup> Ch. PETIT-DUTAILIS, *Les communes françaises. Caractère et évolution des origines au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1947 (réimp.1970), p. 43 s.

seigneurial mais ferait sortir la ville de ce même cadre<sup>9</sup> se heurte à de très nombreux cas d'espèce, puisque le pouvoir seigneurial peut demeurer une réalité bien présente, même en cas d'affranchissement de type « lourd ». Nous nous rallions volontiers à l'opinion de Jean Schneider qui voyait plutôt « s'estomper » en l'espèce la distinction entre villes et campagnes<sup>10</sup>.

Enfin, sous d'amples horizons, on convient que les chartes de franchises ont eu leur temps privilégié. Amorce parfois intensive dès le XII<sup>e</sup> siècle, apogée au XIII<sup>e</sup> siècle, présence moins appuyée depuis la première moitié du XIV<sup>e</sup> siècle. Certes décèle-t-on des concessions bien plus tardives. Mais la démarche de confirmation ou une certaine routine y prennent alors une plus grande place.

Voilà pour quelques points d'ancrage dont on ne pouvait se passer.

\*

Traçons alors un bilan rapide et sélectif de la production. Une multitude de chartes de franchises ont fait l'objet, dans toutes les régions, d'éditions isolées, souvent anciennes, dues à des érudits locaux et peu critiques. Mentionnons à titre d'exemple ce texte du Brabant septentrional à rechercher dans un annuaire commercial communal (*adresboek*) de 1928<sup>11</sup> ou cette table de documents luxembourgeois publiée dans un programme d'établissement scolaire de 1908<sup>12</sup>... D'autres éditions plus élaborées n'en sont pas moins dispersées, ainsi en France dans la *Revue historique de droit français et étranger*, ou en Belgique dans les *Bulletins respectifs de la Commission royale d'histoire* ou de la *Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances*. Des chartes de franchises éparses sont à retrouver, voire à identifier, au sein de recueils d'actes d'un prince, d'un établissement religieux, d'une ville. Il existe aussi des recueils sélectifs du type de l'anthologie, comme celui de l'archiviste bruxellois Alphonse Wauters<sup>13</sup>, ou encore un *Recueil de textes d'histoire urbaine belge*<sup>14</sup>, reproduisant des documents déjà publiés antérieurement et très malencontreusement baptisé, puisque contenant pour une part des textes d'essence rurale, quoi qu'il en soit de l'usage du mot *burgenses*.

Parmi les éditions consacrées en principe à des séries régionales de chartes de franchises, épinglons les quatre volumes (introduction postérieure incluse) de la monumentale entreprise de Joseph Garnier pour la Bourgogne, commencée il n'y a

<sup>9</sup> Cf. R. FOSSIER, « Franchises rurales, franchises urbaines dans le nord de la France », M. BOURIN (dir.), *Villes, bonnes villes, cités et capitales. Etudes d'histoire urbaine (XII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) offertes à Bernard Chevalier*, Tours, 1989, p. 179-192.

<sup>10</sup> J. SCHNEIDER, « Les origines des chartes de franchises dans le royaume de France (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècles) », *Les libertés urbaines et rurales du XI<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle. Colloque international, Spa, 5-8.IX.1966*, Bruxelles, 1968, p. 30.

<sup>11</sup> Cf. STEURS, *Franchises*, p. 287.

<sup>12</sup> Cf. YANTE, *Franchises rurales*, p. 41 n.10.

<sup>13</sup> A. WAUTERS (dir.), *De l'origine et des premiers développements des libertés communales en Belgique, dans le Nord de la France, etc. Preuves*, Bruxelles, 1869 (réimp.1968).

<sup>14</sup> M. MARTENS (dir.), « *Recueil de textes d'histoire urbaine belge des origines au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle* », dans C. Van de KIEFT et (†) J.F. NIERMEYER, *Elenchus fontium historiae urbanae*, t.I, Leyde, 1967, p. 279-404.

pas loin d'un siècle et demi<sup>15</sup>. Plus près de nous, voici les *Chartes de coutume en Picardie* de Robert Fossier, dans la « Collection de documents inédits sur l'histoire de France » du Comité des travaux historiques et scientifiques<sup>16</sup>. On se défiera des titres trompeurs, quelles que soient pour le reste qualité et utilité des volumes : les *Privilèges et chartes de franchises de la Flandre*, publiés par les soins d'historiens de l'Université et des Archives de l'État de Gand pour le compte de la Commission royale des anciennes lois et ordonnances de Belgique, ne livrent qu'une faible proportion de chartes de franchises au sens strict, en l'occurrence de caractère exclusivement urbain<sup>17</sup>.

\*

Abordons, dans la foulée de tels constats, la question du contenu à donner à des recueils ou à de simples catalogues de chartes-lois. La terminologie et les formes diplomatiques ne sont d'aucune aide en la matière. Les critères de sélection, dans les travaux existants, ne sont pas toujours exposés avec la précision espérée. Quelques exigences semblent cependant assez généralement posées : concerner une communauté locale dans sa totalité, traiter de la condition juridique des personnes, viser le domaine propre du seigneur concédant, comporter une dimension de contrat bilatéral entre seigneur et bénéficiaires. Par contre, on peut se montrer souple quant à l'ampleur des textes, à l'échelle de leurs dimensions.

Il est en effet des concessions en bonne et due forme juridique qui ne visent qu'un seul point, ce que Léopold Genicot dénommait « mini-affranchissement »<sup>18</sup>, par exemple l'abolition d'une banalité du moulin ou du droit de formorture. Ce peut être une charte de franchises en soi. Mais gare aux excès de tolérance ! Joseph Garnier, pionnier par ailleurs méritoire, en arrivait à vouloir publier tous les actes dans lesquels un seigneur accordait quelque chose à une collectivité. De cela résulte la présence dans son – forcément – monumental travail d'un acte du duc de Bourgogne de 1235 sur la durée des fonctions mayorale et scabinales à Dijon ou d'une lettre de non-préjudice d'un autre duc, en 1300, concernant le service militaire à Beaune, délivrée à l'occasion précise du siège d'une place forte<sup>19</sup>. Georges Espinas, un érudit actif dont on reparlera, définissait encore la charte de franchises comme étant « essentiellement un octroi, une concession de certains avantages accordés par un pouvoir non communal à l'autorité communale », une pseudo-définition beaucoup trop laxiste<sup>20</sup>.

Peu de temps avant Garnier pourtant, un autre éditeur bourguignon, Marcel Canat de Chizy, entendait valoriser les chartes « renfermant un corps de droit

<sup>15</sup> J. GARNIER (édit.), *Chartes de communes et d'affranchissements en Bourgogne*, Dijon, 1867-1877, 3 vol.; *Introduction* terminée par E. CHAMPEAUX, Dijon, 1918.

<sup>16</sup> Cf. n.5 *supra*.

<sup>17</sup> (†)G. ESPINAS, Ch. VERLINDEN et J. BUNTINX, *Coutumes du pays et comté de Flandre. Privilèges et chartes de franchises de la Flandre*, Bruxelles, 1959-1961, 2 vol.

<sup>18</sup> L. GENICOT, *L'économie rurale namuroise au bas moyen âge*, t.III : *Les hommes. Le commun*, Louvain-la-Neuve et Bruxelles, 1982, p. 192.

<sup>19</sup> GARNIER, *Chartes de communes*, t.I, p. 43-44, 226. Le fait que l'acte de 1300 se réfère aux privilèges de la ville de Beaune ne suffit pas à en justifier la présence, selon nos critères.

<sup>20</sup> G. ESPINAS (éd.), *Recueil de documents relatifs à l'histoire du droit municipal en France des origines à la Révolution*. Artois, t.I, Paris, 1934, p. X.

local », « un corps complet de franchises locales », par opposition à tel accord, privilège, texte sur la justice ou le commerce « qui ne relate[nt] que des droits ou usages restreints »<sup>21</sup>. La sélection s'impose. On ne peut tout placer sur un seul pied, même si on se réserve de prendre en considération, à côté des textes « de base », des documents de portée annexe. Sélectionner n'est pas isoler. Mais cela ne peut pas être non plus trop prendre et dès lors englober. C'est forcer la dose, nous semble-t-il, que de répertorier dans un catalogue de « chartes de franchises » les fragments d'une enquête de 1258/59 à Fontenay-le-Comte, en Poitou, parce qu'ils mentionnent des coutumes consignées *in cartis dicte ville* à propos de redevances dues au comte, de la fixation d'une mesure et d'une exemption de la garde des foires<sup>22</sup>. Il manque à tout le moins ici la marque de fabrique de la vraie *carta libertatum*, celle du contrat entre maître et sujets. Une référence explicite pourrait tout au plus justifier en l'espèce une note complémentaire. Mais il n'en va plus de même lorsqu'on voit figurer dans un catalogue de chartes de franchises du sud-ouest, Guyenne et Gascogne, une décision du Parlement de 1313 ordonnant un complément de procédure tendant à définir les droits de juridiction du roi d'Angleterre Edouard II et d'un abbé local sur les habitants d'un château de la région de la Gironde ; ou bien cet acte du roi Edouard I<sup>er</sup> (1289) accordant au magistrat de Bayonne de connaître des procès relatifs aux constructions urbaines<sup>23</sup>. On sort là du concept même de la franchise.

En dressant un catalogue étoffé des franchises médiévales du duché de Brabant, Willy Steurs énumérait avec soin les types de documents consultés, outre les chartes-lois classiques, des records d'échevins aux documents fiscaux de la pratique, en passant par des conventions entre communautés locales ou des sources ecclésiastiques<sup>24</sup>. Mais il le faisait pour y déceler des références à des textes perdus, non pas pour placer indistinctement toute cette manne dans un relevé global et flou. Il ne succombait pas en l'espèce à la tentation de gonfler le nombre de véritables chartes de franchises, comme le dénonçait notamment en étudiant l'Auvergne Pierre Charbonnier<sup>25</sup>.

\*

L'historiographie des chartes de franchises a sans doute pâti de l'absence d'une coordination suffisante. Et pourtant, celle-ci a bien failli exister et connut même une amorce encourageante. La Société d'Histoire du droit a voulu jouer là un rôle déterminant.

Fondée en 1912, cette compagnie, suivant l'idée, semble-t-il, de Paul Guilhaume, se propose dès l'année suivante de mettre en chantier un corpus des chartes de franchises de la France entière. Des contacts sont immédiatement noués avec divers savants et chercheurs. Au nombre de ceux qui répondent sans retard

<sup>21</sup> M. CANAT DE CHIZY (édit.), *Documents inédits pour servir à l'histoire de Bourgogne*, t.I (seul paru), Chalon, 1863, p. XVII, 190 n.2.

<sup>22</sup> DILLAY, *Catalogue*, p. 15.

<sup>23</sup> M. GOURON, *Catalogue des chartes de franchises de la France. II. Les chartes de franchises de Guienne et Gascogne*, Paris, 1927.

<sup>24</sup> STEURS, *Franchises* (n.2 *supra*), p. 144-145.

<sup>25</sup> P. CHARBONNIER, « Les chartes de franchises d'Auvergne. Des franchises en terre seigneuriale », *La charte de Beaumont et les franchises municipales entre Loire et Rhin. Actes du colloque organisé par l'Institut de recherche régionale de l'Université de Nancy II* (Nancy, 22-25 septembre 1982), Nancy, 1988, p. 254.

figure l'historien belge Léo Verriest, qui prépare à l'époque son *Régime seigneurial*, déjà cité<sup>26</sup>, et projette de mettre lui-même en chantier un recueil pour le Hainaut, tant français que belge. La guerre ayant surgi, il faut attendre 1921 pour qu'une note circulaire soit diffusée très largement, à un millier d'exemplaires. Elle est signée Paul Fournier, président de la Société. Les deux objectifs conjoints sont les suivants : dresser des fiches, préparer des éditions. La note, pour dire vrai, demeure peu explicite lorsqu'elle parle de la recherche de documents « ayant un caractère juridique général ». L'heure n'est pas aux définitions tant soit peu rigoureuses.

Les chiffres fournis à propos des réactions et promesses ne traduisent pas un engouement excessif. Ainsi, de seize universités sollicitées parce qu'il y existe des enseignements et des publications d'histoire régionale, six seulement envoient des réponses, dont trois sont négatives... Quelques lumières tout de même percent les ténèbres, à tout le moins les ombres. Léo Verriest, persévérant, demande l'envoi de 2 500 fiches-types, promet d'intégrer dans ses recherches Tournaisis et Cambrésis et, passant aux actes concrets, publie le texte de la célèbre charte-loi de Prisches en Hainaut<sup>27</sup>. 1 500 fiches sont fournies par ailleurs à François-Louis Ganshof et Henri Nowé, candidats volontaires pour l'ancien comté de Flandre. Au total, 10 500 fiches auront été demandées, dont, on l'a lu, 4 000 pour la seule Belgique.

Une cheville ouvrière de l'entreprise s'avère être Georges Espinas, chartiste, archiviste au Ministère des Affaires étrangères à Paris, auteur de plusieurs *Rapports présentés à la Société d'Histoire du Droit au nom de la Commission des chartes de franchises*, publiés dans la *Revue historique de droit français et étranger* entre 1923 et 1929<sup>28</sup>. Ils attestent le caractère laborieux de l'entreprise et traduisent une inévitable déception, tout en attirant l'attention sur ce qui « fonctionne » bien... En sa séance du 17 mai 1923, la Société elle-même constate que 2 300 fiches ont été renvoyées – complétées, on le suppose – et affirme que « la Commission (des chartes de franchises) ne se laissera pas oublier par les possesseurs des autres fiches demandées ». On déplore alors aussi que des régions entières demeurent muettes, mais on est en mesure d'annoncer les premières publications en cours<sup>29</sup>. En séance du 13 mars 1924, on se donne même du courage en faisant état d'une « activité très satisfaisante »<sup>30</sup>.

Les rapports successifs établis par Georges Espinas procèdent à de véritables « tours de France » des collaborations promises... et des silences persistants. Marc Bloch lui-même prend un engagement concernant les régions proches de Paris. Charles-Edmond Perrin est cité pour la Lorraine et publiera effectivement en 1924, dans une revue savante régionale, son *Catalogue des chartes de franchise* [sans s !]

<sup>26</sup> Cf. n.6 *supra*.

<sup>27</sup> L. VERRIEST, « La fameuse charte-loi de Prisches (Ancien Hainaut) (Anno 1158) », *Revue belge de philologie et d'histoire*, t.II, 1923, p. 337-349.

<sup>28</sup> Les détails qui précèdent et qui suivent sont extraits, sauf indication contraire, de ces pages : G. ESPINAS, « Rapports présentés [...] », *Revue historique de droit français et étranger* (cité: *RHDFE*), 4e s., t.II, 1923, p. 405-424 et 424-440 (deux rapports, pour 1921-22 et 1922-23); Rapport présenté..., *ibid.*, 4e s., t.V, 1926, p. 501-530 (cinquième rapport, les troisième et quatrième – pour 1923-24 et 1924-25 – n'ayant pas été publiés); Rapport présenté..., *ibid.*, 4e s., t.VIII, 1929, p. 312-341 (huitième et dernier rapport, les sixième et septième – pour 1926 et 1927 – n'ayant pas été publiés non plus).

<sup>29</sup> *RHDFE*, 4e s., t.II, 1923, p. 508.

<sup>30</sup> *RHDFE*, 4e s., t.III, 1924, p. 366.

de la Lorraine antérieures à 1350, comportant près de 150 pages<sup>31</sup>. En séance de la Société, le 28 octobre 1925<sup>32</sup>, Paul Fournier annonce la parution prochaine du premier volume du *Catalogue des chartes de franchises* [avec s !] de la France, consacré aux chartes du Poitou et établi par l'archiviste-paléographe Madeleine Dillay. Il sortira de presse en 1927 et comportera 143 pages<sup>33</sup>. Un second volume de cette série, ayant trait aux chartes de Guyenne et de Gascogne et dû à un autre archiviste-paléographe, Marcel Gouron, paraîtra en 1935 (853 pages !)<sup>34</sup>. On en restera là en matière de catalogues, élégamment définis pourtant comme « besogne d'exploration, de jalonnement, avant le travail de construction »<sup>35</sup>.

Dans le rapport publié en 1926, Espinas notait avec un optimisme non feint : « nous avons la ferme confiance que la publication régionale des chartes de franchises se fera peu à peu au cours du siècle et que l'apparition d'un premier volume de textes sera un exemple, qui ne cessera ensuite d'être graduellement suivi »<sup>36</sup>. L'auteur paya en effet par l'exemple en livrant pour l'Artois son *Recueil de documents relatifs à l'histoire du droit municipal [...]*, derechef sous le label de la Société d'Histoire du droit, un monument dans le genre<sup>37</sup>. Les deux volumes intitulés *Privilèges et chartes de franchises de la Flandre*, déjà cités<sup>38</sup>, concernent la Flandre aujourd'hui française et n'auront pas comme tels de suite, bien que les Flandres actuellement belge et zélandaise eussent été programmées. Le nom de Georges Espinas<sup>39</sup> figure encore légitimement sur la couverture de ces volumes, précédé de la petite croix d'usage, mais la Société d'Histoire du droit n'était plus alors « dans le coup ».

\*

Comment donc faire preuve de réalisme ? La pratique de l'histoire du droit, des institutions et de la société du moyen âge gagnerait beaucoup à disposer d'un plus grand nombre de recueils, ou à défaut de répertoires, de chartes de franchises. Mais deux contingences nous paraissent essentielles. Une très vaste entreprise, à un échelon national, coordonnée par une hypothétique autorité scientifique, n'est plus à concevoir. Les initiatives susceptibles d'aboutir doivent adopter un profil régional. La Picardie chère à Robert Fossier a bénéficié voici trente ans, dans le cadre des travaux de cet historien sur la région, de la formation d'un *corpus* fondé sur des critères circonscrits et excluant donc sans appel des catégories d'actes, en particulier s'ils ne mettent pas en présence du chercheur, même passivement, des collectivités entières d'hommes d'un village, ou autres groupes cohérents statutairement et socialement, tels – allons ici à la «pêche» aux exemples – un ensemble d'*homines* relevant d'un hôpital (*domus Dei*), en 1134-1135, des hôtes (*hospites*) dépendant d'une abbaye et transplantés d'un lieu à l'autre, en 1190/91<sup>40</sup>. Dans la fidélité à une tradition de recherche et d'exploitation des textes inaugurée par Léo Verriest,

<sup>31</sup> Cf. n.3 *supra*.

<sup>32</sup> *RHDFE*, 4<sup>e</sup> s., t.IV, 1925, p. 718.

<sup>33</sup> Cf. n.7 *supra*.

<sup>34</sup> Cf. n.23 *supra*.

<sup>35</sup> Par G. Espinas, dans son ultime rapport : *RHDFE*, 4e s., t.VIII, 1929, p. 337.

<sup>36</sup> *RHDFE*, 4e s., t.V, 1926, p. 529-530.

<sup>37</sup> Trois volumes parus en 1934, 1938 et 1943. Cf. n.20 *supra*.

<sup>38</sup> Cf. n.17 *supra*.

<sup>39</sup> Décédé le 8 juin 1948.

<sup>40</sup> FOSSIER, *Chartes de coutume*, p. 135 (n° 5), 191-192 (n° 31).

Hannonia, l'association des sociétés d'histoire du Hainaut belge, a suscité la publication de chartes-lois la plus récente à ce jour, puisque porteuse du millésime 2005<sup>41</sup>.

Et voici la seconde contingence : une définition claire, la plus claire possible en tout cas, de ce que peut être une charte de franchises. Pour le recueil hainuyer, on a exigé des textes qu'ils abordent, « dans tout ou partie de leurs clauses, la condition des habitants, des personnes »<sup>42</sup>. N'importe quelle concession royale, princière ou seigneuriale à une collectivité locale, urbaine ou rurale, ne peut être tenue pour une charte-loi. Les recueils à établir devraient toujours être les plus spécifiques possibles. Cela encouragerait, au-delà de l'étude toujours prioritaire des cas, des dossiers individuels, les démarches de comparaison, de recherche des filiations entre chartes, fussent-elles avérées ou discrètes, « légitimes » ou « bâtarde », que la « mère » soit, pour s'en tenir à de grands exemples (dernier quart du XII<sup>e</sup> siècle), la « charte de Beaumont-en-Argonne dans l'est ou les Etablissements de Rouen dans l'ouest »<sup>43</sup>.

Clôturons ces propos en suggérant que l'historiographie des chartes de franchises s'attache à un thème privilégié : déterminer dans quelle mesure elles ont pu éveiller au sein des communautés une conscience collective. À moins que cette dernière ne leur ait préexisté et ne les ait elle-même inspirées. Nous optons personnellement pour la première hypothèse<sup>44</sup>. Vaste programme, d'autant plus stimulant qu'il devrait permettre, comme ce fut le cas dans des travaux déjà menés à bien, une fructueuse collaboration entre historiens médiévistes, juristes historiens, chartistes, animés par un souci commun de faire progresser par un permanent retour aux sources cette histoire de l'ancien droit qui est chère à tous ceux qu'elle a rassemblés dans la belle métropole de la France du sud-ouest, un haut lieu de sa pratique.

---

<sup>41</sup> CAUCHIES et THOMAS, *Chartes-lois [...] :* cf. n.1 *supra*.

<sup>42</sup> Ouv. cité, p. 13 (« Introduction », par J.-M. CAUCHIES).

<sup>43</sup> Cf. J. BREJON DE LAVERGNEE, « La formation du régime municipal des pays de l'ouest de la France », *La charte de Beaumont [...]*, p. 7-18.

<sup>44</sup> Cf. nos articles récents, postérieurs à l'édition des textes : « Publier un recueil de chartes de franchises. Pourquoi ? Comment ? », *Académie royale de Belgique. Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 6<sup>e</sup> s., t.XVI, 2005, p. 123-134; « Franchises et conscience villageoise en Hainaut aux XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles : une esquisse », *Autour du «village». Etablissements humains, finages et communautés rurales entre Seine et Rhin (IV<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles)*, Louvain-la-Neuve, 2006 (sous press).

JEAN MAILLET ET LA RECHERCHE COLLECTIVE  
EN HISTOIRE DU DROIT

GERMAIN SICARD

J'exprime d'abord ma gratitude envers les organisateurs de ces Journées d'histoire du droit, les cinquièmes à Toulouse depuis 1952, pour m'avoir chargé d'évoquer les travaux du doyen Jean Maillet, qui m'avait accueilli comme chargé de cours à la Faculté de droit de Grenoble en 1955-1957, et voulait bien m'honorer de sa confiance.

Jean Maillet, né en 1920<sup>1</sup>, a été d'abord, à Aix-en-Provence, le brillant élève d'une excellente équipe de professeurs, notamment de Jacques Macqueron, romainiste précis et subtil, que beaucoup parmi nous ont connu. En 1944, il soutenait sa thèse de doctorat sur un sujet difficile : *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain : exposé dogmatique et examen critique* (Aix, 1944). Il se révèle un juriste avisé, bon connaisseur de la littérature germanique et un esprit apte aux présentations pédagogiques. Conformément à la logique de l'agrégation en histoire du droit, qui recrute des professeurs aptes à enseigner les matières les plus diverses selon les programmes des années de formation, il prépare et publie des travaux d'histoire du droit : « L'originalité de la coutume d'Auvergne en matière successorale » parue en 1949 dans la *RHD*<sup>2</sup>. Jean Maillet est reçu au concours d'agrégation dès son premier essai, le jury ayant apprécié à la fois ses qualités de pédagogue et de chercheur, conformément à la logique de ce qu'on n'appelait pas encore du vocable rocailleux d'enseignant-chercheur. Il est nommé à la Faculté de droit de Grenoble, qu'il marquera profondément de son empreinte.

Bien vite, sa curiosité d'esprit, sa puissance de travail, sa familiarité avec les ouvrages étrangers le portent à s'engager dans les voies nouvelles offertes aux historiens du droit par les réformes de 1956. Il n'est pas inutile de rappeler à des observateurs superficiels que les juristes français n'ont pas attendu la tourmente de 1968 pour réviser leurs cursus d'enseignement. Notamment, le cours traditionnel de droit romain et le cours traditionnel d'histoire du droit français sont devenus « Histoire des institutions et des faits sociaux » pour les étudiants de première et de deuxième année. Jean Maillet avait rédigé seul une *Histoire des faits économiques et sociaux des origines au XX<sup>e</sup> siècle* (Dalloz, 1952), qui a fait date par l'audace du projet, l'étendue de l'information, la clarté de l'exposition. Il usait de la perspective

---

*Professeur émérite à l'Université des sciences sociales Toulouse I, Mainteneur des Jeux Floraux*

<sup>1</sup> Un article nécrologique, *Jean Maillet, avril 1920-avril 1974*, a été publié dans la *RHD*, 1975, p. 371-373.

<sup>2</sup> P. 399-424. Et encore *RHD* 1962, p. 153-179; « La renonciation à succession future des filles dotées dans la doctrine et la jurisprudence méridionale des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Études dédiées à M. Auguste Dumas*, Aix-en-Provence, 1950, p. 212-270.

structuraliste : « Une société est un tout, dont les différentes parties sont liées entre elles ». Jean Maillet tint aussitôt la gageure de rédiger seul, dans la collection des précis Dalloz, *L'histoire des institutions et des faits sociaux des origines au X<sup>e</sup> siècle* (1956), qui intégrait l'étude des institutions privées et publiques des différents peuples dans la connaissance globale de leur civilisation : Orient antique, cités grecques, Monde Romain, Antiquité tardive. Ces deux volumes placent Jean Maillet dans le cercle des maîtres chevronnés. Il poursuit ses recherches sur l'histoire du droit successoral<sup>3</sup> et participe aux recherches sur l'histoire de l'enseignement de P. Chevallier et d'E. Groperrin<sup>4</sup>.

La confiance de ses collègues lui vaut d'être élu doyen de la faculté de droit en 1963. En cette période de difficultés et de tensions, il se consacrera avec dévouement à ses tâches administratives et saura maintenir la paix entre des personnalités accusées. À l'issue des troubles du printemps 1968, il sera le promoteur de la transformation de la Faculté de droit et de science économique en Université de Grenoble II, réellement pluridisciplinaire, qu'il installera dans ses nouveaux locaux. Notre propos n'est pas d'établir la nomenclature des travaux de Jean Maillet, ni de retracer l'histoire de son action de gestionnaire de la faculté puis de l'université, mais plutôt d'élucider son rôle déterminant dans l'élaboration du premier, et je crois du seul programme de recherche collective en histoire du droit<sup>5</sup>. Cette initiative est inséparable de la riche personnalité de Jean Maillet, associant l'imagination et le sens des réalités, de sa puissance de travail, de son sens du travail universitaire en équipe. Elle est aussi inséparable des circonstances des années 1970, qui risquaient d'être mortelles pour l'enseignement et la recherche en histoire du droit.

Dans l'immense tempête qui avait secoué, au printemps 1968, les institutions universitaires jusque là respectées, l'histoire du droit et le droit romain avaient reçu leur part de critiques. Il y avait, d'une part, ceux qui, pour renforcer la connaissance des disciplines immédiatement appréciées sur le marché de l'emploi, étaient prêts à sacrifier, comme peu rentables, les enseignements historiques. Il y avait d'autre part ceux qui, tout en reconnaissant la nécessité d'un minimum de culture historique, pensaient qu'il pourrait être donné par les historiens formés dans les facultés de Lettres. Sans poursuivre sur ce terrain polémique, il convient, parvenu à cet état de l'exposé, d'indiquer quels étaient les objectifs de l'initiative de Jean Maillet, les méthodes de travail qui les accompagnaient, et ensuite de tenter un bilan des

---

<sup>3</sup> « Un problème de droit successoral dans les anciens coutumiers bourguignons », *Études historiques à la mémoire de Noël Didier*, Grenoble, 1960, p. 217-230; « Droit romain et succession *ab intestat* dans les anciens coutumiers bourguignons », *Études dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, p. 1295-1309.

<sup>4</sup> *L'enseignement français de la Révolution à nos jours*, t. I, La Haye, 1968, t. II, Documents, La Haye, 1971.

<sup>5</sup> Jean Maillet a été élu doyen de la Faculté de droit en 1963 et réélu à l'expiration de son premier mandat. Il a pris ensuite une part décisive à l'organisation de l'Université de Grenoble II. Une salle de réunion de cette Université a reçu son nom. Il était chevalier de la Légion d'Honneur et officier des palmes académiques. Le Centre d'Histoire économique, sociale et institutionnelle, est devenu ultérieurement le Centre historique et juridique des droits de l'Homme.

réalisations<sup>6</sup>.

Les objectifs assignés par Jean Maillet au projet de recherche collective, et auxquels ont adhéré ses collaborateurs, sont clairement indiqués par la création d'une « Association pour la recherche historique collective », née en janvier 1968 à la suite d'un colloque tenu à Grenoble et auquel de nombreux historiens du droit avaient participé.

Cette association, « si elle n'est pas insensible aux préoccupations doctrinales et théoriques », a une finalité essentiellement pratique : mettre au point à partir des réalités présentes des formes de travail plus efficaces.

Au moment où le VI<sup>e</sup> Plan est en préparation, on peut prendre acte des prévisions sur le destin de la recherche, et les orientations que les organismes responsables envisagent de donner. Trois traits semblent pouvoir caractériser la situation en ce début des années 1970.

1 – Les activités de recherche, par un phénomène qui est commun à toutes les disciplines scientifiques, sont en rapide extension : il y a accroissement du nombre des travaux réalisés dans les différentes branches des « sciences humaines », et aussi élargissement des activités dans des branches relativement nouvelles. Des méthodes nouvelles en matière de traitement de la documentation bouleversent aussi les conditions de la recherche. Les causes de cette évolution sont elles-mêmes liées à des modifications quantitatives irréversibles : accroissement du nombre des enseignants qui assurent un service de recherche, accroissement du nombre des étudiants qui augmente le nombre et le niveau des travaux universitaires (mémoires, thèses). Enfin, accroissement des moyens disponibles, qui quoique insuffisants créent une incitation certaine. Le mouvement général des esprits crée chez les enseignants des aspirations nouvelles, qui se rencontrent également à l'étranger.

2 – La nécessité de coordonner les activités de recherche devient plus urgente, pour trois raisons au moins : les moyens indispensables à la recherche (locaux, crédits, personnel, matériel) seront inévitablement inférieurs aux besoins et aux demandes. Les collectivités organisées de chercheurs seront mieux à même de soutenir leurs demandes et de piloter l'utilisation efficace et rationnelle des moyens. Il est en outre des types de recherches trop vastes pour être menés à bien par des chercheurs individuels, notamment pour le dépouillement et le traitement de vastes documentations, et la mise au point de méthodologies ou d'approches nouvelles.

3 – Indépendamment des cas où le travail collectif constitue une condition de la recherche elle-même, il ne faut pas méconnaître le besoin ressenti par beaucoup d'enseignants ou de chercheurs de travailler en liaison avec d'autres chercheurs, plutôt que d'en rester à des activités isolées.

Les promoteurs de la « recherche collective » n'ont pas manqué de rencontrer le problème théorique le plus délicat, celui de la conciliation avec les manières traditionnelles de recherche « individuelle ». L'orientation est indiquée dans l'esprit de libéralisme qui caractérise les universités françaises. La recherche individuelle a produit et produit encore des travaux de qualité. Il n'y a aucune raison de contraindre qui que ce soit à entrer dans un cadre non voulu. La coexistence de deux types de recherche est à la fois inévitable et souhaitable pour assurer le progrès par la

---

<sup>6</sup> Jean Maillet a lui-même publié « Le problème de la recherche historique et l'association pour la recherche collective dans les Facultés de droit et de science économique », dans *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1971, p. 169-179.

rencontre et la confrontation des résultats.

Les promoteurs achèvent la présentation des motifs par des notations pragmatiques : l'accroissement récent des moyens destinés à la recherche ne doit pas faire naître trop d'illusions. Les moyens progressent moins que les activités et les besoins. S'agissant des crédits du C.N.R.S., principal dispensateur pour les sciences humaines, il ne faut pas oublier que la section propre aux historiens du droit est en situation fragile : nous cohabitons dans la section Sciences juridiques et politiques, amicalement mais dans la pauvreté, avec beaucoup d'autres parties prenantes, privatistes, publicistes, politologues, criminalistes. Ils invitent à prendre conscience qu'il faut connaître les mécanismes et les processus de décision pour être à même de présenter correctement les dossiers de demandes. Qu'il est illusoire de penser que des crédits pourraient, par saupoudrage, récompenser chaque demande justifiée. « Il faut se résigner à obtenir peu à peu et avec beaucoup de difficultés des moyens limités, qui permettent seulement un démarrage très progressif, et à partir d'un certain moment seulement, le franchissement du seuil de développement.

La conclusion, toute pragmatique, est convaincante : « Il est donc nécessaire, de manière impérative, qu'existent des organismes auxquels les chercheurs puissent s'adresser pour obtenir des renseignements et les conseils nécessaires, de façon à présenter des dossiers convaincants, et que d'autre part, ces organismes soient présents aux points vitaux où se conçoit la politique de la recherche et où se distribuent les moyens, de façon à y agir de manière efficace »<sup>7</sup>.

La majorité des professeurs d'histoire du droit, présents ou représentés, ont décidé, en raison des motifs qui ont été explicités, de soutenir l'initiative, sous la forme d'une association type loi de 1901. « Association pour la recherche historique collective, cette forme pratique ayant été jugée plus souple, avec raison, que la création d'un Institut de faculté ou d'université. Conformément à la préoccupation d'efficacité des promoteurs de l'opération, l'Association devait décider de certaines orientations fondamentales. Comment concevoir le rôle de l'Association à l'égard de ceux-là mêmes qui effectuent les recherches ? Il ne suffisait pas d'en faire une sorte de cercle, ou Académie, où l'on se réunirait de temps à autre pour discuter de problèmes doctrinaux relatifs à la recherche. Une telle solution permettrait de confronter utilement les points de vue, mais n'aurait qu'une efficacité concrète trop limitée<sup>8</sup> ». On pouvait concevoir au contraire l'association comme un organisme qui

---

<sup>7</sup> Le diagnostic est dépourvu d'illusion : « Les besoins en moyens importants et d'un type nouveau postulent des regroupements. Qu'il s'agisse de locaux, de crédits, de personnel de recherche, de documentation ou d'administration, de machines, le problème est de se procurer d'abord ces moyens, qui par contre seront peut-être à la portée d'une collectivité organisée de chercheurs, ne serait-ce que parce que celle-ci sera en état d'utiliser plus rationnellement et plus efficacement de tels moyens, ou mesure d'exercer la pression nécessaire pour les obtenir » (art. cité, p. 172). « Il faut prendre conscience qu'il existe un certain nombre de mécanismes et de processus par lesquels les décisions sont prises et les moyens attribués, et que si l'on ne peut intervenir dans le cheminement que suivent les dossiers et dans le jeu de ces mécanismes; si on ignore comment les demandes doivent être présentées, et si l'on ne connaît pas les priorités qui seront retenues, il est exclu que l'on puisse obtenir des attributions tant soit peu substantielles. Il est évident à ce point de vue que les chercheurs individuels sont mal placés, et qu'une solide organisation est la condition indispensable d'un minimum d'efficacité ».

<sup>8</sup> Art. cité, p. 175.

prendrait en main l'organisation de la recherche collective et qui définirait et imposerait les solutions : choix des thèmes de recherche, distribution des moyens. Une telle solution existe déjà dans les « sciences dures » et se révèle efficace, mais elle serait difficilement compatible avec la tradition de liberté dans la recherche universitaire. Finalement, c'est une solution intermédiaire qui est proposée et approuvée : l'Association, à partir des intentions, des projets et des suggestions de ceux qui se livrent effectivement à la recherche et en connaissent les dossiers, s'efforceraient de dégager des orientations générales, de coordonner les actions, de donner plus d'efficacité à la recherche en soutenant les demandes de moyens, mais sans régenter les processus de recherche. Cette orientation souple devait rassurer ceux qui auraient pu éprouver des craintes à l'égard d'un éventuel dirigisme de l'Association<sup>9</sup>.

Cette détermination de l'objectif de l'Association et des modalités de la recherche collective impliquait des accords précis sur la méthode de travail afin d'assurer les chances d'efficacité de telles recherches. Il fallait définir en priorité un champ de recherches, le type d'actes juridiques à exploiter et les modalités de leur analyse, afin de pouvoir comparer correctement les résultats, d'une zone à l'autre, et d'une personne à l'autre.

L'Association a décidé de soutenir ou coordonner, en premier lieu des recherches en cours ou près de démarrer sur les contrats de mariage depuis la Révolution française, dans les quatre secteurs que nous évoquerons plus bas. Pourquoi ce thème ? D'abord pour bénéficier des expériences déjà acquises à Grenoble et Aix, dans la perspective d'une réflexion sur les relations entre les techniques juridiques et l'évolution de la société. Ensuite, parce que les contrats de mariage, que l'on conserve en très grand nombre dans toutes les archives départementales, constituent un site privilégié pour observer les croisements entre techniques juridiques et intérêts des parties. Les contrats constituent un modèle juridique relativement simple à analyser et fongible, apte à être décomposé selon des grilles précises, avec l'espoir d'aboutir à des conclusions dépassant la singularité des circonstances.

Quelle période choisir comme référence ? Pour pouvoir apprécier l'impact des réformes législatives de la Révolution et du Code civil, il convenait de retenir deux ou quatre années avant 1789, deux ou quatre années après le Code civil. L'évolution des comportements au cours du XIX<sup>e</sup> siècle pourrait être saisie à partir de l'analyse des années avant 1848, et après 1860, pour déceler, s'il y avait lieu, les effets de l'introduction dans l'ère de la société industrielle. Pour chaque secteur, le nombre d'années à exploiter comme témoins devait être déterminé en fonction des situations locales : nombre de registres de notaires à dépouiller, nombre de chercheurs disponibles. Les responsables locaux des recherches se sont mis d'accord pour établir une grille de questionnaires permettant de saisir au mieux les informations contenues dans les contrats de mariage et de réaliser une synthèse de l'évolution des comportements<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>10</sup> Jean Maillet observait avec pertinence que le rôle de l'Association était essentiel à cet égard : « Coordonner, cela correspond à une nécessité... Il y a lieu de coordonner les opérations de recherche elles-mêmes (dépouillement de tel type d'archives, étude de tel problème déterminé); un risque apparaît, soit de travaux faisant double emploi, soit au contraire d'études parallèles, mais conduites avec des méthodes divergentes, ce qui évidemment ne permettrait pas la comparaison des résultats. D'autre part la coordination

Les recherches concernant Grenoble (ville et campagne), déjà entamées, ont continué sous la direction personnelle du doyen Jean Maillet ; elles ont abouti à plusieurs publications<sup>11</sup>. Pour Dijon et les campagnes bourguignonnes, les recherches ont été réalisées sous la direction du professeur Jean Bart, et ont abouti aux publications de M. Petitjean et de Mme Carrelet de Loisy<sup>12</sup>. L'auteur de la présente communication a assumé la responsabilité des recherches pour Toulouse et la campagne toulousaine, avec le concours de divers étudiants de troisième cycle<sup>13</sup>. Des recherches devaient être réalisées pour la région de Montpellier, sous la direction du doyen André Gouron. Enfin, pour Aix-en-Provence, des recherches autonomes avaient été accomplies par Mme Arnaud Duc, selon les orientations définies par le doyen Jean Maillet. Elles ont été présentées sous le titre *Droit, mentalité et changement social en Provence occidentale. Une étude sur les statistiques et la pratique notariale en matière de régime matrimonial à Aix-en-Provence de 1785 à 1858*<sup>14</sup>.

Puisque le terme d'évaluation est désormais officiel dans le système universitaire, alors que d'autres vocables sont proscrits, quel regard évaluateur porter sur cette saga de la recherche collective à partir de l'impulsion donnée par Jean Maillet en 1968-1970 ?

La réalisation de la première phase du travail prévu s'est achevée, pour chacun des quatre secteurs géographiques déjà cités par les publications relevées dans les notes précédentes. Il serait trop long et hors de propos d'en résumer les conclusions. Secteur par secteur, les auteurs ont relevé les effets, rapides ou tardifs, des réformes imposées (législation révolutionnaire, Code civil) ou subies (urbanisation, société

---

pourrait porter sur les prévisions, les perspectives de programmes, et l'élaboration de projets de recherche, notamment ceux que nous soumettrons à des organismes nationaux... La possibilité effective d'obtenir des moyens dépend pour beaucoup de notre capacité de présenter aux organismes de décision des projets bien conçus, convaincants et donnant l'impression que notre acte est réfléchi et que les politiques sont définies et seront appliquées. Or il n'est pas possible d'arriver à ce résultat si des intentions dispersées se manifestent sans se rencontrer, donnant au contraire le spectacle d'un secteur quelque peu anarchique, comptant sur un saupoudrage auquel les organismes nationaux se refusent de plus en plus, à juste raison » (art. cité, p. 178).

<sup>11</sup> P. ARSAC, *Le comportement juridique des individus d'après les contrats de mariage au XIX<sup>e</sup> siècle, Grenoble 1813-1860*, ronéotypé et R.H.E.S., 1971, p. 560-591. Voir aussi, sur la période suivante, les travaux de J. IBARROLA et de Mme RAMADIER, dans R.H.E.S., 1975, p. 380-422.

<sup>12</sup> *Les contrats de mariage à Dijon et dans la campagne bourguignonne de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, t. I (Ville) et t. II (Campagne), Dijon, Centre de recherches historiques de la Faculté de droit de Dijon, multigraphié, 1971 (Ville) et 1977 (Campagne).

<sup>13</sup> La liste détaillée des rapporteurs particuliers pour cette zone est indiquée au début de l'article de synthèse sur ces recherches : « Comportements juridiques et société : les contrats de mariage avant et après la Révolution (Toulouse et pays toulousain) », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse (Université Toulouse I)*, anciennes *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. XXVI, 1978, p. 407-474, à compléter par « Les contrats de mariage dans les campagnes toulousaines (seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle) », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, t. XXX, 1982, p. 148-205.

<sup>14</sup> Publié ensuite sous une forme légèrement différente, « Cinquante années de pratique des régimes matrimoniaux à Aix-en-Provence (1810-1858) », dans *Bulletin de liaison du Centre de recherches d'histoire économique et sociale*, n° 1, Grenoble, 1972, p. 56-62.

industrielle, individualisme). Il est apparu que ces effets variaient de la ville aux campagnes, éventuellement d'une zone rurale à une autre. Les études ont confirmé que le contrat de mariage constituait un accord complexe, organisant la vie matérielle du ménage, mais aussi établissant la répartition des biens entre les enfants, comme un pacte sur succession future. Le projet initial qui privilégiait l'aspect quantitatif (dénombrement des types de régime et des clauses, calcul de pourcentage) a dû tenir compte de la complexité des clauses et de la subtilité des équilibres voulus (notamment dans les familles aisées). Il était prévu, après présentation des synthèses par secteur, une synthèse générale que Jean Maillet, absorbé par tant d'activités, n'a pas eu le loisir de mener à bien, ni aucun autre après lui.

Un autre symptôme d'inachèvement peut être relevé au point de vue des institutions. Plusieurs rencontres ont été réalisées pour faire le point – notamment à Bordeaux en 1973. Après l'exploitation des contrats de mariage, un autre plan de recherches coordonnées avait été prévu, sur le thème de la délinquance et de la criminalité.

L'action de Jean Maillet ne s'est pas limitée aux recherches et publications pour les quatre secteurs relevés plus haut. Outre le fait que la volonté de vivre et de progresser qu'il avait suscitée n'a pas été étrangère au maintien de la section d'histoire du droit, plusieurs voies de recherche collective se sont ouvertes après lui, à l'initiative d'animateurs chefs d'équipe : à Lille, dans le sillage du doyen Royer, à Limoges à l'instigation du professeur Braun ; à Aix-en-Provence, le Centre de Recherches sur l'Histoire des Institutions et des Idées Politiques a suscité des travaux multiples et de valeur reconnue, à l'initiative d'Henri Morel et de Michel Ganzin. Les qualités humaines de Jean Maillet avaient été justement évoquées en 1975, dans la note que lui consacraient dans la *RHD* G. Boulvert et L. Ménager. Ajoutons, plus de trente ans après l'initiative, qu'il a été de ces coureurs qui transmettent le flambeau. *Quasi cursores vitae lampada tradunt.*



V

RÉFLEXIONS ET PROSPECTIVE



HISTOIRE DU DROIT ET LINGUISTIQUE.  
REFLEXIONS À PARTIR DE DEUX EXEMPLES :  
*WERGELD* ET *MONARCHIE ADMINISTRATIVE*

SYLVAIN SOLEIL & CHRISTOPHE CAMBY

L'histoire de l'histoire du droit nous donne l'occasion de nous pencher sur les mots-clef de notre discipline ; ces mots, issus des sources ou forgés par les historiens, qui cristallisent nos constructions scientifiques et qui font en quelque sorte partie de notre patrimoine. Ainsi des mots *personnalité / territorialité des lois, faïda, wergeld, saisine, théocratie, ordalie, enchâtellement, féodalité, patrimonialisation des fiefs ou des offices, consensualisme et formalisme matrimonial ou contractuel, inquisitoire / accusatoire, renaissance urbaine, pays de coutumes / pays de droit écrit, unification du droit, légitimité, souveraineté, droit romano-germanique / Common Law, centralisation, absolutisme, monarchie administrative, légicentrisme, codification, école de l'exégèse*, etc. ; ces mots qui ont pris une telle place *au-dedans* de notre historiographie, qu'il n'y a guère que la philosophie du langage et la linguistique pour nous aider à les observer *du dehors*. Il existe, à ce titre, deux grandes tendances. L'une, plutôt continentale, héritée des Grecs, interroge le langage à partir de l'ontologie. Qu'est-ce que l'être ? Qu'est-ce qui est et qu'est-ce qui n'est pas ? Qu'est-ce qui fait que quelque chose est ou n'est pas ? Et quels rapports le langage entretient-il avec ces questions ? Il s'agit par exemple de la querelle des universaux : l'amour, l'honnêteté, la liberté existent-elles en tant que telles, avec des mots pour le dire, ou ne sont-elles que des mots rassemblant des collections d'expériences individuelles qui, seules, sont réelles ? L'autre tendance, plus anglo-saxonne, donc pragmatique, interroge les grandes catégories du langage pour lui-même, parfois même le langage ordinaire, et ne rejoint les grands problèmes de la philosophie que dans un second temps. C'est, par exemple, Quine quand il se penche sur la possibilité de traduire d'une langue à une autre. C'est Austin lorsqu'il distingue le langage énonciatif (ex. la fenêtre est ouverte, Babylone est maudite) du langage performatif par lesquels les mots agissent de leur propre autorité (ex. la séance est ouverte ! je te maudis !). C'est encore, pour le problème qui est le nôtre, Sapir et son élève Whorf quand ils s'interrogent sur la relativité du langage. Deux phrases synthétisent leur thèse :

Sapir : « Deux langues ne sont jamais suffisamment semblables pour être considérées comme représentant la même réalité sociale. Les mondes où vivent des sociétés différentes sont des mondes distincts, pas simplement le même monde avec

---

*Professeur et doctorant en histoire du droit  
Centre d'Histoire du droit de l'Université, Rennes I  
([www.chd.univ-rennes1.fr](http://www.chd.univ-rennes1.fr))*

d'autres étiquettes ».

Whorf : « Chaque langue est un vaste système de structures différent des autres, dans lequel il existe un ordonnancement culturel des formes et des catégories qui non seulement permet à l'individu de communiquer, mais également analyse le réel, remarque ou néglige des types de relations et de phénomènes, analyse son raisonnement et jalonne peu à peu le champ de sa conscience »<sup>1</sup>.

En substance, cela signifie que la langue détermine les représentations des sujets qui la parlent. Elle façonne leur vision du monde. Dans un sens, en effet, chacun construit toujours ses représentations du monde selon une forme qui correspond à sa langue. Dans l'autre, certaines représentations sont impossibles pour le groupe, parce qu'elles ne sont pas construites dans la langue de ce groupe. Si l'on prend exemple sur la langue hopi, une langue amérindienne, il n'y a aucune forme linguistique objective quelconque pour rendre compte du temps qui passe, que par conséquent les trois catégories du passé, du présent et du futur, en tant que tels et avec tout ce que cela implique pour les activités humaines sont étrangers aux indiens hopi. Il n'y a pour eux que le subjectif (ce qui est en train de se manifester ou ce que l'on souhaite voir se manifester) et l'objectif (ce qui est manifesté), de sorte que le présent n'existe pas pour eux ; il est écartelé entre l'un et l'autre, quand il n'est pas tout simplement agrégé à ce qui fait notre passé. Dans une version maximaliste, la thèse de Sapir et Whorf peut évidemment aller jusqu'au relativisme le plus complet (aucune réalité universelle, intraduisibilité d'une langue à une autre, relativité de la vérité à la simple expression des connaissances dans chaque langue donnée), néanmoins, dans une version minimale difficilement niable, elle indique que les représentations sont intrinsèquement liées à la langue dans laquelle elles ont été cristallisées.

Voilà, il nous semble, de quoi réfléchir utilement sur notre propre histoire. Notre travail en effet est-il autre chose que comprendre et exposer (travaux de recherche et enseignements) des représentations du droit et des institutions qui ont été forgées dans une autre langue que la nôtre ? Parfois, il s'agit d'une langue étrangère, de surcroît ancienne. Là, au moins intuitivement, le chercheur sait que le stade premier de son raisonnement est de savoir ce que désignent les mots de ses sources avant de se risquer à des interprétations juridiques. Et l'on sait à quel point une thèse peut être tour à tour louée ou confondue parce que tel mot de l'écriture cunéiforme, tel mot latin antique ou médiéval, tel mot du *Common Law* ancien aura été traduit de telle ou telle manière. Parfois – et le risque est paradoxalement plus grand –, il s'agit de notre langue française mais à un stade où certains mots n'existaient pas encore ou avaient un sens différent du nôtre. Il n'est pas sûr alors que nous veillions toujours à accorder les mots de nos analyses aux mots de l'époque. Or, il se pourrait bien que... les représentations soient intrinsèquement liées à la langue dans laquelle elles ont été cristallisées.

D'où le double enjeu d'un regard extérieur sur les mots-clef de notre discipline. D'une part – mais ce n'est pas l'objet du présent article –, on pourrait se pencher sur la manière dont les mots, absents des sources de l'époque étudiée, en sont peu à peu

---

<sup>1</sup> *The selected Writings of Edward Sapir*, ed. D. G. MANDELBAUM, University of California Press, 1951, p. 162; B. L. WHORF, *Linguistique et anthropologie*, 1956, trad. fr. C. CARME, Denoël, 1971, p. 193, cités par S. AUROUX, J. DESCHAMPS & D. KOULOUGHLI, *La philosophie du langage*, PUF, 2004, p. 180.

arrivés à cristalliser les recherches sur tel mécanisme juridique : il s'agirait, par exemple, de savoir comment (quels auteurs ? quels moments ? quelles étapes ? quelles controverses ? etc.) le mot *fief* en est venu à qualifier des pratiques d'occupation des sols en Mésopotamie, en Egypte ancienne, au Japon ou ailleurs alors que les mots *fief* ou *fedus* sont absents des sources<sup>2</sup>. D'autre part, on peut s'interroger sur la légitimité de chacun de ces mots : ne violent-ils pas l'ordonnement des mécanismes juridiques de l'époque considérée, si certaines représentations sont effectivement impossibles, parce qu'elles ne sont pas construites dans la langue de ce groupe ? Ne sont-ils pas des corps commodes mais étrangers aux représentations juridiques de l'époque ? Ne transforment-ils pas les institutions de l'époque ? Peut-on, par exemple, qualifier les registres de baptême, mariage et sépulture de *registres d'état civil avant la lettre* si les mots avec lesquels les anciens analysaient le réel différaient de ceux des révolutionnaires (on enregistre certes des populations par des étapes majeures de la vie, mais, dans le premier cas, grâce à deux sacrements et un rituel non sacramentel qui ne peuvent donc être désignés ni par un terme « enveloppe » commun (*l'état civil*), ni évidemment par une formule non canonique) ? Pour suivre l'idée selon laquelle les mots ne désignent pas seulement des concepts mais aussi les mondes de représentations auxquels ils appartiennent, nous prendrons appui sur deux classiques de notre historiographie, empruntés à deux périodes, deux vocabulaires et deux registres juridiques différents : le *wergeld* de l'époque franque<sup>3</sup> et le vocabulaire de la monarchie administrative des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles.

#### I – LE DROIT PENAL DES IV<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> SIECLES AU RISQUE DU MOT WERGELD.

La très grande majorité des manuels d'histoire du droit, notamment d'histoire du droit privé et du droit pénal, usent du mot *wergeld* pour décrire une règle juridique germanique, notamment franque. Tout d'abord, le terme y est écrit en allemand, comme pour souligner son origine, et suggérer par là même qu'on le trouve sous cette forme dans les sources : la loi salique, la loi des Burgondes, la loi des Ripuaires, etc. Ensuite, le concept est défini comme « la valeur de la vie d'une personne, exprimée en argent et à payer, en cas d'homicide, pour racheter la vengeance... ou réparer d'autres méfaits »<sup>4</sup>. Il s'agit donc d'un prix. Ce prix est destiné à racheter un préjudice : homicide ou blessure. Et l'objectif de ce rachat est d'éteindre une vengeance. Enfin, ce mécanisme juridique est donné pour une nouveauté dans l'empire romain. Le *wergeld* est en effet décrit comme une innovation attachée au droit spécifique des Germains. De sorte que dans les manuels comme dans notre imaginaire, le terme de *wergeld* semble indissociable du droit oral germanique, et de l'image de Clovis rendant la justice de manière expéditive dans l'affaire de Soisson. Ces représentations sont-elles justifiées ? La description

<sup>2</sup> On peut se reporter, sur ce point, aux problématiques posées dans l'ouvrage d'E. BOURNAZEL & J.-P. POLY (dir.), *Les Féodalités. Histoire générale des systèmes politiques*, PUF, 1998.

<sup>3</sup> M. Christophe Camby prépare une thèse consacrée au *wergeld* entre spécificité germanique et tradition juridique romaine, sous la direction du professeur Jean-Pierre Coriat.

<sup>4</sup> J.F. NIERMEYER, *Mediae latinis lexicon minus*, E.J. Brill, 1954-1976, p. 1131.

moderne du *wergeld* est-elle en accord avec sa perception antique ? Et, en définitive, jusqu'à quel point de suggestions, le terme allemand entraîne-t-il toute notre historiographie ?

*Wergeld et uuere-geldus.*

Si l'on retourne aux sources, il convient de mentionner les premiers éditeurs des lois germaniques au XVI<sup>e</sup> siècle, Herold et François Pithou<sup>5</sup>, puis le corpus de référence publié par l'école allemande à compter du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup>, et plus récemment les travaux de Niermeyer, Gerhardt Köbler, Eric Zöllner, Eugen Ewig, Karl-Ferdinand Werner, Olivier Guillot et Jean-Pierre Poly<sup>7</sup>; des travaux où les interactions entre germanité et romanité sont préférées aux oppositions fondamentales parfois recherchées au XIX<sup>e</sup> siècle, par exemple Kingsley dont le titre, *The Roman and the Teuton*, est à lui seul tout un programme<sup>8</sup>.

Or, dans les sources, la première évidence est que le concept *wergeld* apparaît dans les textes sous une forme latine<sup>9</sup> :

TEXTE	FORME DU TERME	DATES
<i>Pactus legis salicae</i>	-	506-510
<i>Decretio Childeberti II</i>	<i>Weregildum</i>	595
<i>Lex ribuaria</i>	<i>Weregildum</i>	628-639
<i>Edictum Rothari</i>	<i>Wergild</i>	643
<i>Marculf</i>	<i>Wiregildo</i>	650

<sup>5</sup> B. J. HEROLD, *Originum ac germanicarum antiquitatum libri*, Basel, 1557, souvent désigné *Recensio Heroldina*; F. PITHOU, *Responce à l'examen d'un hérétique, sur un discours de la loy salique, faussement prétendu comme la maison de France, & la branche de Bourbon*, Paris, 1587. Les discordances entre ces deux auteurs faisaient sourire Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, 5<sup>ème</sup> éd. Kehl, 1765, art .Loi salique.

<sup>6</sup> Ecole représentée par K. A. ECKHARDT : *Monumenta Germaniae Historica, Legum nationum germanicarum*, t.IV, 1962.; K. BEYERLE, *Lex Baiuvariorum*, Hueber, 1926; F. BEYERLE, *Leges Langobardorum*, 2<sup>ème</sup> éd. Witzzenhausen, Deutscherrechtlicher Inst.-Verl., 1962; K. BEYERLE & R. BUCHNER, *Lex Ribuaria*, *Monumenta Germaniae Historica, Leges*, I, *Legum nationum Germanicarum*, t.III, Hannover, 1954; E. WOHLHAUPTER, *Gesetze der Westgoten*, Boehlau, Deutscherrechtlicher Inst.-Verl., 1936. Il faudrait aussi citer Bluhme, Boretius, Büchner, Hänel, Krause, Lehmann, Merkel, Pertz, von Richthofen, von Schwind, Sohm, Zeumer...

<sup>7</sup> E. ZÖLLNER, *Geschichte der Franken bis zur Mitte des 6 Jahrhunderts*, Beck, 1970; E. EWIG, *Die Merowinger und das Frankreich*, Urban-Taschenbücher, 1988; K. F. WERNER, *Die Ursprünge Frankreichs bis zum Jahr 1000*, 1989, *Naissance de la noblesse*, Fayard, 1999; O. GUILLOT, *La justice dans le royaume franc à l'époque mérovingienne*, *La Gustizia nell'alto Medioevo (Secoli V-VIII)* Spoleto, 1995, II, p. 653-736; O. GUILLOT, A. RIGAUDIÈRE & Y. SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, 2 vol., Armand Colin, 1999; J.-P. POLY, « La corde au cou. Les Francs, la France et la loi salique », *Genèse de l'Etat moderne en Méditerranée*, Ecole française de Rome, n° 168, 1993, également dans : C. GAUVARD, A. de LIBERA, M. ZINK, *Dictionnaire du Moyen Âge*, PUF, 2002.

<sup>8</sup> C. KINGSLEY, *The Roman and the Teuton*, MacMillan, 1875.

<sup>9</sup> Sources : J.F. NIERMEYER, ouv. cité, p. 1131; H. NEHLSSEN, *Quellen zur Vorlesung Deutsche Rechtsgeschichte*, Teil I, Ludwig-Maximilians Universität, 2004/2005, p. 2-8. Il existe des occurrences postérieures de variantes du terme de *wergeld*. Nous les avons négligées car elles ne sont plus révélatrices de la forme d'apparition du mot.

<i>Liutprand Novell.</i>	<i>Uuirgild</i>	734
<i>Lex Baiuvariorum</i>	<i>Werageldo, Weragelti</i>	740
<i>Gloses de Saint Gall</i>	<i>Weregeldi</i>	779
<i>Lex Saxonum</i>	<i>Werageldis, Weregildo</i>	802

Tirons quelques enseignements de ces données. D'une part, on constate l'absence de forme du terme *wergeld* dans le texte qui lui est le plus souvent associé, le *Pactus Legis Salicae*, ou loi Salique<sup>10</sup>. D'autre part, sur les dix occurrences les plus anciennes du terme, la forme qui prédomine est celle de variantes d'une base en *weregeldus*<sup>11</sup>. Il faut rappeler le contexte du mot : l'ensemble des lois germaniques est rédigé en latin. Il s'agit du latin de l'époque, soit du bas-latin. Or, la différence est notable entre ce *weregeldus* des textes et le *wergeld*, terme retenu par l'historiographie. *wergeld* sonne comme un mot germain. Le terme de *weregeldus*, donné par les textes, est de forme latine. On peut faire l'hypothèse d'une césure à l'intérieur du vocable. Nous aurions donc deux composants : *uure* d'un côté, *geldus*, de l'autre. Pour le premier terme : *uure*, les spécialistes du bas-latin nous fournissent deux clefs de lecture. Il s'agit tout d'abord de la fréquence du doublement du *u-* ou du *v-* en position initiale. Nous avons ensuite l'équivalence phonétique entre *ĩ-* et *ē-*<sup>12</sup>. On aboutit ainsi à une lecture de *uuēre* qui peut être vu comme une graphie, propre au bas-latin, du mot classique *vir (viri)* : l'homme. Le second terme, *geldus* appartient au vocabulaire du latin tardif, accompagné de quelques termes apparentés. On a : *gildus, geldus*, impôt, cens, tribut, *gildonium*, impôt, *gellonia*, redevance sur le vin, *gilstrio*, homme tributaire<sup>13</sup>. Le sens qui semble unir ces termes, est celui d'une valeur versée à la puissance publique. Il peut s'agir d'une taxe, d'une redevance ou d'un impôt. La réunion de ces deux termes donne en bas-latin, une compréhension de *uure-geldus* du type 'le tribut pour un homme'. Ce sens est conforme à celui généralement attribué au *wergeld* : 'le prix de l'homme'. Il est notable de rencontrer en *uure-geldus*<sup>14</sup> le sens classique du *wergeld* sans sortir de la latinité tardive. Quant à l'environnement sémantique de *uure-geldus*, dans les lois germaniques, où *uure-geldus* est présent, on note la grande fréquence du terme *componat* ('qu'il compose'), comme de son infinitif *componere* ('composer'). On relève aussi l'usage du terme *compositio*<sup>15</sup>, dans Grégoire de Tours, qui semble être la continuation d'une autre forme présente en

<sup>10</sup> La présence d'un *uureguldum*, en une seule occurrence, dans la *recensio Heroldina*, n'est pas probante, au contraire, ce mot, absent des versions anciennes, a été ré-introduit par Herold lors de sa publication de 1557 : K.A. ECKKARDT, *Pactus legis salicae*, MGH, Leg. Nat. Germanicarum, t.IV, Tit.LIIII (*H10*), p. 197; voir aussi en introduction p. XL sur la version de Herold désignée *H10* par Eckkart. Le terme équivalent à *weregeldus*, usité dans la loi salique, est *mallobergo*.

<sup>11</sup> Forme déjà signalée par du CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Tomus quartus, Léopold Favre, 1938, p. 67, forme également par G. KÖBLER, ouv. cité, p. 513.

<sup>12</sup> J. HERMANN, *Latin vulgaire*, PUF, 1967, p. 40-42.

<sup>13</sup> J.F. NIERMEYER, ouv. cité, p. 465, 468, 1130-1132; DU CANGE, ouv. cité, p. 55, 67-68.

<sup>14</sup> Une autre confirmation de notre hypothèse de césure viendrait des différents mots formés sur une base *gildus, geldus*, relevés par du CANGE, ouv. cité, p. 72 et par G. KÖBLER : *bargildus, novigeldus, octogildus, Liber Exquisiti Xenii*, respectivement, p. 65, 318, 328.

<sup>15</sup> Grégoire de TOURS, *Historiarum libri X*, dans MGH, Script. Rer. Merov., 1 ed., B. Krusch, 1937, IX, 19, cité par H. NEHLSSEN, ouv. cité p. 2.

latin tardif : *compensatio*. Le terme classique de *poena* ('la peine judiciaire'), est également présent dans les lois germaniques.

*Uuere-geldus, droit germanique et droit romain.*

Evidemment, toutes ces données nous invitent à réfléchir sur la spécificité germanique du tribut pour l'homme. S'agit-il d'un concept qui apparaîtrait d'un coup dans les textes au VI<sup>e</sup> siècle avec les lois barbares ? Peut-on plutôt trouver dans les textes juridiques romains des antécédents, des notions proches de *uuere-geldus* ? Le terme de *poena*, par son sens, peut être rapproché de la notion de tarification de la peine, puisque le sens premier est celui d'une « rançon destinée à racheter un meurtrier (XII Tables) d'où compensation, réparation, vengeance, punition, châtement, peine »<sup>16</sup>. D'où la recherche et les données suivantes :

TEXTE	TERME	OCCURENCES
<i>Duodecim Tabularum Leges</i> <sup>17</sup> (c. 450 a. C.)	<i>Poena</i>	1
<i>Gai Institutionum Commentarius</i> <sup>18</sup> (c. 160)		47
<i>Imperatori Theodosiani Codex</i> <sup>19</sup> (435-439)		336
<i>Imperatori Theodosiani Codex</i>	<i>Compensatio</i>	6

La peine pécuniaire, rachat d'un préjudice, est présente, en droit romain, depuis la Loi des XII Tables, soit environ 450 avant Jésus-Christ. La notion de *poena* perdure jusqu'au Code Théodose. La notion de *compensatio* paraît liée à celle de *poena*. Elle est absente des textes anciens. Elle naît d'une négociation, admise entre les parties, sur le montant des pénalités. Le nombre croissant des occurrences relevées n'indique pas une inflation des peines avec l'avancée des temps, mais sont une conséquence de la brièveté de l'expression antique dans la Loi des XII Tables alors que la modernité de Théodose est plus prolixe. La Loi des XII Tables occupe moins de quatre de nos pages actuelles, il en faut cent pour les Commentaires de Gaius et près de neuf cents pour le Code Théodose. Quant à l'idée de vengeance, c'est aux termes *talio*, *vindicta* et *ultio* qu'il convient de se référer.

TEXTE	TERME	OCCURENCES
<i>Duodecim Tabularum Leges</i> <sup>20</sup> (c. 450 a. C.)	<i>Talio</i>	1
<i>Gai Institutionum Commentarius</i> <sup>21</sup> (c. 160)	<i>Vindicta</i> <sup>22</sup>	22
<i>Imperatori Theodosiani Codex</i> <sup>23</sup> (435-439)	<i>Ultio</i>	39

Les termes qui désignent la vengeance ne sont pas absents du vocabulaire du

<sup>16</sup> F. Gaffiot, *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, 1934, p. 1193.

<sup>17</sup> *Fontes iuris Romani antiqui I*, ed. G. Brunş & O. Gradenwitz, 1909.

<sup>18</sup> *Gai Institutionum commentarii quattuor*, 5<sup>ème</sup> éd. B. Kuebler, 1926.

<sup>19</sup> *Codex Theodosianus*, Th. MOMMSEN, P. MEYER & P. KRÜGER, Berlin, 1905.

<sup>20</sup> *Fontes iuris [...]*, ouv. cité.

<sup>21</sup> *Gai Institutionum [...]*, ouv. cité.

<sup>22</sup> La filiation des termes : *vindicatio* > vindicte > vendetta, montre que certains espaces du monde latin sont resté cristallisés à ce stade de la mutation entre vengeance privée et vengeance d'état ou justice. Bibliographie critique du mot Vengeance dans S. RIALS et D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, p. 1507-1510.

<sup>23</sup> Th. MOMMSEN, *Codex...*, ouv. cité

droit romain, ils font au contraire partie du *corpus* juridique latin, comme le montrent les textes suivants :

*Duodecim Tabularum Leges* : Tab. VIII : « *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. Manu fustive si os fregit libero, CCC <assium>, si servo, CL <assium> poenam.* Si un membre est rompu, et ne tient plus, c'est un (cas de) talion. Main invalide, ou os rompu, à un homme libre : 300 as. Pour un esclave : 150 as de pénalité. »

*Gai Institutionum Commentarius*, Livre III, art. 194 : « *adulter uel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur.* Adultère ou homicide constitués, pour ce cas, par une saine loi, il est possible qu'une peine soit établie à l'encontre de ceux-ci. »

*Gai Institutionum Commentarius*, Livre III, art. 223 : « *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si seruo, CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat constituta.* Peine pour blessures selon la Loi des XII tables, pour un membre brisé, un cas de Talion était (constitué) ; pour un os vraiment rompu ou meurtri, 300 as de pénalité étaient prévus. Si l'os rompu était d'un homme libre, mais pour un esclave : 150 ; pour les autres blessures avérées, une pénalité de 25 as était constituée. »

Ces extraits ouvrent un champ de recherche inespéré car ils présentent une version romaine de rachats tarifés de vengeances potentielles<sup>24</sup>. D'où les quelques remarques suivantes : d'une part, la forme du mot *uuere-geldus*, comme son environnement textuel, le font appartenir au bas-latin plutôt qu'à une langue germanique encore non attestée à l'époque de ses premières apparitions<sup>25</sup>. D'autre part, le mécanisme judiciaire du rachat d'une vengeance potentielle semble connu du droit romain, du moins dans une certaine part qu'il conviendra de préciser. On cherchera également à savoir pourquoi et comment le terme *wergeld* en est venu progressivement à supplanter les termes latins dans l'historiographie allemande, avant de passer dans l'historiographie juridique française ; que se serait-il passé, pour nos représentations, si le mot avait conservé sa forme d'origine ? que serait-il advenu en effet si, dans nos manuels, on rencontrait le terme *uuere-geldus* plutôt que *wergeld* ? Ce mot non seulement cristallise une analyse et, au moins pour les XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles allemands, des arrière-pensées que l'on peut débusquer, mais il représente un danger majeur : celui de nous interdire à lui seul d'imaginer, pour ce mécanisme juridique auquel il renvoie, une filiation romaine plutôt que germanique.

\* \* \*

<sup>24</sup> Nous devons à Emmanuelle Chevreau d'avoir signalé à notre étude l'opinion du grand romaniste : Emile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Editions de minuit, Paris, 1969. Selon cet auteur, le droit romain n'aurait pas conçu le rachat judiciaire portant sur le corps humain ou ses parties. Nous ne manquerons pas d'observer plus en détail cette apparente opposition entre textes et théories dans nos travaux.

<sup>25</sup> L'étude objective de cette langue débute avec celle de ses premiers textes : les *Merseburger Zaubersprüche* notamment, datés d'environ 750 après Jésus-Christ, H. D. Schlosser, *Althochdeutsche Literatur*, Fischer, Frankfurt A. M., 1970.

## II – LE DROIT PUBLIC DES XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> SIECLES AU RISQUE DU VOCABULAIRE DE LA MONARCHIE ADMINISTRATIVE.

*Autre époque, autre exemple.*

Notre historiographie, du moins la grande majorité des manuels, des ouvrages et des articles, présente le droit public d'Ancien Régime 1) en distinguant *l'administration* du *judiciaire*, 2) en classant les institutions par grands *services publics* (armée, finances, justice, etc.), 3) en parlant d'une *fonction publique* hétérogène, 4) en expliquant que cet ensemble institutionnel était animé d'un vaste mouvement de *centralisation*, l'intendant étant la préfiguration du préfet, le Conseil du roi annonçant le Conseil d'État. Si l'on réfléchit à chacun de ces mots, on s'aperçoit que le droit public des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles est ainsi exposé à un danger, car il s'agit du vocabulaire juridique du XIX<sup>e</sup> siècle. Il convient tout d'abord de montrer que ces mots, avec le sens que lui donnent les historiens, n'appartiennent pas – mais il y a place ici pour le débat – au vocabulaire institutionnel des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles, ensuite de chercher les raisons de cet emprunt à un vocabulaire commode mais postérieur, enfin de constater que cette transposition du vocabulaire du droit public du XIX<sup>e</sup> siècle aux siècles antérieurs est plus grave qu'elle n'y paraît, parce qu'elle ne transpose pas seulement des mots et des concepts mais aussi tout un monde de représentations postérieur qui bouleverse notre interprétation du droit public de l'Ancien Régime.

*La transposition du vocabulaire du XIX<sup>e</sup> siècle aux XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles.*

A propos du vocabulaire, on peut assez facilement faire le procès des mots *services publics* et *fonction publique* qui, manifestement, renvoient aux catégories du droit administratif du XIX<sup>e</sup> siècle ; ceci est encore assez vrai pour le mot *centralisation* qui, malgré tout le bien qu'on peut penser de Tocqueville, apparaît d'un coup sous la Révolution pour qualifier un phénomène jugé nouveau par les observateurs. Ceci est plus discutable pour les mots *administration* et *judiciaire* car on en use déjà sous les Richelieu, Colbert et Turgot. Mais ont-ils le même sens à l'époque que pour les historiens du droit contemporain ? Non sans doute, à part pour quelques ministres, conseillers d'État et parlementaires d'avant-garde, pour quelques philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, quelques almanachs royaux à l'extrême fin de la période et pour une part réduite de la doctrine. Car, pour le reste, l'administration est rarement un substantif ; c'est l'élément d'une formule qui dans un sens qualifie, de près ou de loin, le gouvernement de la chose publique à la manière d'un *administrateur de biens* ; on parle alors de *l'administration des affaires*, des *affaires d'administration* (le fameux édit de Saint-Germain de 1641), de *l'administration de la monarchie*, de *l'administration de ce royaume*, de *l'administration de l'Etat*. Dans un sens voisin mais différent, les sources usent du verbe *administrer*, par exemple *administrer la justice* ou *administrer la police*, comme on *administre un sacrement* ou *une potion* ; il s'agit alors de *fournir* ou *distribuer* la justice ou la police. En revanche, l'administration, au sens des personnes morales qui réglementent et gèrent les services publics, n'appartient pas encore au vocabulaire des officiers du roi ; le mot comme l'idée flottent dans l'atmosphère.

Il apparaît aussi que *le judiciaire* n'est pas encore distingué du reste. Nous résumerons ici deux études faites l'une à propos du vocabulaire choisi par les archivistes du XIX<sup>e</sup> siècle lors de l'élaboration du plan de classement des archives

d'Ancien Régime, l'autre à propos de la séparation administration/judiciaire dans la perspective de l'émergence des juridictions administratives<sup>26</sup>. La nomenclature des séries des Archives départementales fut, nous le savons, élaborée dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire à une époque très marquée par la rationalisation administrative opérée par Bonaparte. Pour les auteurs et les archivistes, la chose était fort claire : sous le règne de la loi, il y a deux fonctions de l'État : l'administration et la justice. Et ils cherchèrent à faire admettre que l'Ancien Régime, sans y être parvenu tout à fait, s'acheminait vers une telle séparation. Pour les séries B des Archives départementales, on opta donc pour « Cours et juridictions avant 1790 » (excellent titre) ; pour les séries C, on adopta un titre moins pertinent : « Administrations provinciales et contrôle des actes avant 1790 ». Sous couvert de distinguer deux types d'institutions, on cherchait à distinguer le judiciaire (série B) de l'administration (série C). Or, que faisaient, au quotidien, les milliers d'officiers du roi dont on conserve les actes dans les séries B ? Ils appliquaient consciencieusement et sans trop se poser de questions le principe traditionnel suivant lequel « justice et police c'est tout un ». Voilà le mot clef dans les sources. Dans une série B comme celle du Maine-et-Loire, je ne pense pas avoir rencontré une seule fois le mot *administration*, mais celui de *police*. Cela veut dire qu'à tous les niveaux, les cours et juridictions (parlements, sénéchaussées, juges seigneuriaux<sup>27</sup>) qu'on souhaiterait séparer de l'administration, continuent, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, à faire de la police qui discipline, régleme, interdit, contraint, circonscrit dans l'intérêt public. Elles ne sont pas confinées au *judiciaire*, mais elles distinguent en interne – et c'est une précision de taille – l'activité de police des procès ordinaires et extraordinaires.

Vouloir à tout prix séparer l'administration du judiciaire revient sans doute à une mauvaise interprétation du mot *justice*. L'ancien droit, quand il parle de la justice, mêle en effet deux concepts : le premier est la méthode pour régir l'État, le principe de gouvernement, « la prudence de commander en droiture et intégrité » (Bodin, Préface aux *Six Livres de la République*, éd. 1577), la vertu de direction, une manière d'entendre la mission du roi et de ceux, *de tous ceux* (Conseil, ministres, parlements, intendants, sénéchaussées, etc.) qui le représentent<sup>28</sup>. Cette idée est

<sup>26</sup> *Série B des Archives départementales de Maine-et-Loire*, Introduction, à paraître; La justice administrative avant 1790. Retour sur trente ans de découvertes, *Histoire de la justice administrative* (G. BIGOT & M. BOUVET dir.), Litec, 2006, p. 3 et s...

<sup>27</sup> Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle. Dimension et doctrine*, PUF, 1997 et, du même auteur, *La Physiologie des arrêts de règlement du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, PUF, 1999; R. BAREAU, *Les arrêts de règlement du parlement de Bretagne*, thèse droit Rennes 1, 2000, dactyl., 2 t., à paraître aux PURennes; A. LEMAITRE & O. KAMMERER (dir.), *Le pouvoir réglementaire : dimension doctrinale, pratiques et sources, XV<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles* (colloque de Mulhouse, octobre 2002), PURennes, 2005; S. SOLEIL, *Le Siècle...*, ouv. cité, p. 87 s.; F. BRIZAY, A. FOLLAIN & V. SARRAZIN (dir.), *Les Justices de Village. Administration et justice locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution* (colloque d'Angers, octobre 2001), PURennes, 2002, p. 325 s.

<sup>28</sup> Sur les racines médiévales de cette idée : SENELLART, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Seuil, 1995; M. REULOS, « La notion de « justice » et l'activité administrative du Roi en France (XV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle) », W. PARAVICINI & K.F. WERNER (dir.), *Histoire comparée de l'administration (IV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, (colloque de Tours, mars-avril 1977), Artémis, 1980, p. 27 s..

héritée de l'Ancien Testament (notamment les figures de David et Salomon, les psaumes), des Pères de l'Église et des théologiens carolingiens. Et – aussi surprenant que cela puisse paraître – elle demeure active jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Si l'on ouvre, au hasard, le recueil Isambert pour y lire les principes véhiculés dans les préambules des édits, déclarations et ordonnances des années 1777-1778<sup>29</sup>, surprise ! Pas un texte n'échappe à l'idée qu'il est de la justice du roi (ou de l'esprit de justice) de... fixer tel impôt, supprimer tels offices d'intendants, donner tel privilège de librairie, etc. ; toutes choses qui n'ont rien à voir avec le judiciaire. D'où les deux remarques suivantes à propos du vocabulaire d'Ancien Régime.

En premier lieu, l'activité de police qui se distingue peu à peu des procès<sup>30</sup>, reste rattachée à la Justice. Cette Justice (mission royale) assure l'unité de toutes les missions de l'État soit que, traditionnelles, elles s'y rattachent, soit que, nouvelles, elles s'y greffent (voirie, ponts et chaussées, finances, marine, etc.). Les fonctions de police, de finance, de justice (judiciaire), aussi différentes qu'on puisse les concevoir, cherchent toujours en grande partie à réaliser la Justice parmi les sujets du roi; mais aux méthodes anciennes et aux thèmes traditionnels de paix, d'ordre et de concorde viennent se greffer des méthodes et des thèmes nouveaux tels que le bien être, l'abondance, etc.

En deuxième lieu, le fondement de la mission d'un agent du roi est la *jurisdiction* que le roi leur remet avec la lettre d'office, la lettre de commission ou les ordres précis ; *jurisdiction*, c'est-à-dire, au-delà du sens originel et du sens actuel (le tribunal), l'autorité de celui qui va représenter le roi en son absence pour diriger et juger au nom du roi<sup>31</sup>. C'est sur la base de cette *jurisdiction*, que les officiers *rendent la justice* – ils assurent la paix en réparant les injustices – et *font la police* – ils imposent des règles, fixent les devoirs respectifs, contraignent le peuple à vivre en paix et à respecter l'ordre public. Prenons le cas de la voirie. En 1781, les magistrats du présidial d'Angers remontent que, pour confier cette matière aux magistrats ordinaires des sénéchaussées et juridictions seigneuriales d'Anjou : « Sa Majesté déclare que la voirie est *une dépendance de la justice et jurisdiction ordinaire* ; le Roi en assure la propriété et les droits à Monsieur, prince apanagiste et à ses officiers, [et déclare] qu'ils leur appartiennent en conséquence *pour le soulagement des sujets* dans l'étendue de l'apanage [...] » (ADML, 1 B 137). À l'autre bout de la hiérarchie institutionnelle, le procureur fiscal de la baronnie de Candé ne dit pas autre chose en 1786 : « Vous remonte le procureur fiscal que, quoique la voirie soit *une dépendance de la justice et jurisdiction ordinaire* qui appartient au seigneur baron de cette ville dans l'étendue de sa baronnie... » (12 B 119).

Synthétisons l'ensemble de l'approche : 1) le mot *administration* est rarement utilisé dans les sources avec le sens que l'historien du droit lui attribue, 2) le mot *police*, qui est omniprésent dans l'activité des cours et juridictions, reste un

<sup>29</sup> *La justice administrative [...]*, ouv. cité .

<sup>30</sup> On pense notamment au préambule de l'ordonnance de 1667, à propos de la police et de la procédure civile. Par exemple, P NAPOLI, Conclusion, *Le pouvoir réglementaire [...]*, ouv. cité

<sup>31</sup> Sur le concept de *jurisdictio*, pouvoir de dire le droit, de juger et de diriger, voir COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella publicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, 1969 et TIERNEY, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, PUF, 1993, p. 45 s. et la synthèse pertinente de R. COLSON, *La fonction de juger. Etude historique et positive*, thèse droit, Nantes, 2003, p. 17 s..

corollaire de la *Justice* (au sens de la mission royale) et ne se distingue, au niveau local, que progressivement de la *justice* (au sens judiciaire du terme), 3) le fondement de l'autorité des officiers comme des commissaires est la *juridiction* que leur attribue le roi. Nous sommes loin ici d'une administration distincte des organes judiciaires. L'Ancien Régime n'est pas l'organisation révolutionnaire. L'Ancien Régime n'est pas l'organisation napoléonienne<sup>32</sup>.

*Les objectifs de la transposition ;*

Il convient désormais de savoir pourquoi l'historien du droit transpose les mots à venir pour se représenter le passé. Première explication : l'habitude et la simplicité. Avouons à quel point nous sommes habitués à ces mots (et aux thèmes de cours auxquels ils renvoient), véhiculés par des générations de manuels, à partir desquels nous avons fait nos études, et sur lesquels nous avons au moins jeté un coup d'œil pour monter nos enseignements. Admettons aussi à quel point ces cours seraient impossibles à suivre si pour chaque mot, il fallait faire une analyse sémantique, puis nuancer, préciser, mettre en garde. Parler à nos étudiants de l'administration des intendants, de la fonction publique et des services publics a l'avantage de la simplicité et de la cohérence avec leurs cours d'institutions administratives contemporaines. Cependant, après quelques années à répéter les mêmes thèmes, je suis aujourd'hui convaincu que les étudiants sont plus intéressés et par les différences de nature entre le droit public d'Ancien Régime et le nôtre, et par l'atmosphère nouvelle qui surgit dans une certaine doctrine, et par la place qu'occupe l'évolution des mots dans cette affaire.

Deuxième explication : le double souci de rigueur et de pédagogie. Le droit public d'Ancien Régime est impossible à synthétiser et à présenter de façon rationnelle. Nos esprits de juristes s'en trouvent tourmentés sans même y penser. Aussi, plutôt que de lire l'intégrale de Guyot en amphithéâtre – ce qui serait peut-être la seule manière d'être pertinent –, apparaît-il infiniment plus commode de mettre de l'ordre dans ce droit public qui résiste à l'entendement. Nous suivons ici les traces des archivistes du XIX<sup>e</sup> siècle qui, par l'emprunt du vocabulaire de leur siècle, ont repensé les institutions d'Ancien Régime pour mieux reclasser leurs archives. C'est ce à quoi je pense lorsque je relis le 4<sup>ème</sup> chapitre de ma thèse intitulé : le rôle administratif du de la sénéchaussée d'Anjou et présidial d'Angers<sup>33</sup>. Je ne crois pas avoir rencontré une seule fois les termes *administration* ou *administratif* dans les sources, mais j'ai regroupé dans une même catégorie toutes les activités qui, depuis la Révolution et jusqu'à aujourd'hui, seraient qualifiées comme telles : enregistrement et publicité des actes du pouvoir royal, organisation des états généraux en Anjou, convocation du ban et de l'arrière-ban, réception des officiers de toutes les juridictions subalternes, contrôle des corps d'officiers, police urbaine, fondation d'institutions de charité, police de l'économie, du commerce, de la moralité, de la voirie, etc. Toutefois, les mots "enveloppe" *rôle administratif* restent inconnus des officiers angevins, ce qui traduit quelque chose d'essentiel : cette

<sup>32</sup> Sur cette idée, il convient de faire le détour par la bibliographie italienne, et notamment L. MANNORI & B. SORDI, « Giustizia e amministrazione », M. FIORAVANTI (dir.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza & Figli spa, 2002, p. 59 s..

<sup>33</sup> *Le Siège royal de la sénéchaussée et du présidial d'Angers - 1551-1790*, PURennes, 1997, p. 87 s..

représentation leur est sans doute impossible parce qu'elle n'est pas construite dans leur langage qui continue à user d'un vocabulaire complètement éclaté. À l'inverse de cette idée, dans ma thèse, la rigueur et la forme l'ont emporté sur la représentation de la réalité.

Troisième explication : la modernité de l'Ancien Régime. Lassés, au contact des sources, d'entendre parler de la confusion, de l'arbitraire, voire de l'obscurantisme de l'Ancien Régime, notre historiographie a peut-être aussi réagi en le modernisant par les mots, en faisant siennes les idées selon lesquelles la centralisation bourbonnienne annonce la centralisation napoléonienne, les intendants et les agents des bureaux centraux et des Ponts et Chaussées préfigurent la fonction publique contemporaine, le Conseil du roi annonce le Conseil d'État, etc. Il s'agit là en quelque sorte de réhabiliter l'Ancien Régime institutionnel. Reste à mesurer les effets de ce genre de phrases sur la réalité du droit public d'Ancien Régime.

*Les effets de la transposition.*

L'effet apparaît double. Partons, tout d'abord, d'un exemple : « l'intendant préfigure le préfet ». Elle effectue dans l'esprit du lecteur un transfert comme dans une équation mathématique du premier degré où l'on cherche à quel quotient ou racine se rapporte l'inconnue. Dans notre exemple, on transfère l'attention du lecteur sur « le préfet » (la donnée connue) pour définir « l'intendant » (l'inconnue). Or, chacun croit savoir qu'un préfet est chargé seul de l'administration du département (art. 3 de la loi du 8 pluviôse an VIII). De sorte que l'intendant administrait seul son territoire... Bien qu'en réalité, intendant et préfet soient différents tant dans leur nature que dans leur activité concrète<sup>34</sup>. Par l'alchimie de quatre mots, on a fait de l'histoire à l'envers : en parlant d'une institution passée avec des matériaux du futur, c'est du XIX<sup>e</sup> siècle dont il est question. Mais, rétorquera-t-on, si ce transfert n'est pas voulu par le locuteur ? Si la phrase n'est écrite que par souci de pédagogie ? Réponse tirée de la linguistique : la phrase n'appartient pas au locuteur. Elle est communication, elle concerne autant le lecteur (ou l'auditeur) que le locuteur. De sorte que le locuteur reste responsable – et nous savons combien un mot mal choisi peut avoir de conséquences à cause des représentations parfois délirantes qu'il fait naître dans l'esprit de l'auditeur – si le lecteur traduit la phrase de la manière

---

<sup>34</sup> Pour synthétiser, les uns sont des magistrats, les autres des administrateurs; les intendants n'œuvrent qu'en fonction d'une double clientèle à Versailles et en province, clientèle infiniment moins contraignante pour les préfets; les intendants ont une lettre de commission large, mais n'agissent qu'en fonction des ordres précis du gouvernement et des relations avec les institutions et les clientèles locales; enfin, ils animent une institution squelettique. Voir F.-X. EMMANUELLI, *Un mythe de l'absolutisme bourbonnien : l'intendance, du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, PU Aix-en-Provence/Honoré Champion, 1981; *L'unité des principaux Etats européens à la veille de la Révolution* (recherche collective, P. VILLARD & J.-M. CARBASSE dir.), éd. par l'Institut d'histoire du droit de la faculté de droit de l'université René Descartes, Paris V, 1992; S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, 2 vol., t.1 : *La formazione del sistema (1661-1815)*, Giuffrè, 1994; S. SOLEIL, *Le Siège royal [...]*, ouv. cité; L. MANNORI, « Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration » [et] C. MICHAUD, « Centre et périphérie (I). Du hameau à la région et de la province au royaume », dans *L'administration territoriale de la France (1750-1940)* (colloque d'Orléans, septembre-octobre 1993), Orléans, PU, 1998, p. 248 s. et p. 627 s..

suivante : les intendants d'Ancien Régime avaient les mêmes pouvoirs que le préfet. Ensuite, en revenant à la thèse de Sapir-Whorf, on en vient au lien mot/concept. La remarque classique est en effet la suivante : peu importe que le mot se trouve ou pas dans les sources, si l'on y décèle le concept. À voir. Car les mots ne déplacent pas seulement des concepts, mais aussi, avec eux, tout un monde de représentations. Partons d'un autre exemple. Quand Tocqueville parle de la centralisation à propos de l'Ancien Régime, ce n'est pas seulement un mot, un concept, une clef de lecture passionnante, mais encore le déplacement du monde institutionnel du XIX<sup>e</sup> siècle vers les siècles précédents. Il suffit de fermer les yeux pour s'apercevoir de tout ce que véhicule avec lui le mot centralisation : 1) un centre (Paris, les ministères et les bureaux) où est concentrée non seulement l'information (« il faut, exige Montalivet en 1812, qu'au centre, on sache tout ! ») mais encore la prise de décision pour tout le pays, 2) un agent local pourvu des plus larges moyens pour administrer seul son territoire, 3) une organisation institutionnelle uniformisée ayant atomisé les corps et les pouvoirs locaux afin de permettre à la même décision d'être appliquée partout de la même façon, 4) des rapports étroits entre le centre et la périphérie tels que les décrit Chaptal : transmettre « la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique ». Derrière la magie du mot *Centralisation*, toutes ces représentations arrivent en cortège au beau milieu de l'Ancien Régime, si bien qu'elles bouleversent complètement la réalité que ce mot était sensé décrire. Elles vont entraîner à négliger les différences et la singularité radicale du droit public des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles. En substance, c'est d'ailleurs le reproche de Furet à l'égard de la thèse de Tocqueville : toute l'incroyable vitalité des centaines de milliers de corps (parlements de province, états provinciaux, présidiaux, sénéchaussées, justices seigneuriales, corps de ville, paroisses, corporations, confréries, etc.), toute la problématique des divers statuts (offices, commissions) ont échappé à Tocqueville, car d'une part la série F des Archives nationales et l'intendance de Tours à partir desquelles il a écrit son ouvrage ont occupé toute la place, mais encore et surtout le monde qui était le sien et qu'il a transposé aux siècles précédents a bouleversé tous les schémas du réel<sup>35</sup>. Ce monde était étranger à l'ancien, non pas le même monde avec d'autres étiquettes, c'est-à-dire des vocabulaires différents.

Concluons. La différence de sens du mot *administration*, et l'absence des mots *centralisation*, *services publics*, *fonction publique*, ne s'apparente pas une simple question de vocabulaire. Dans un sens, ce vocabulaire, tel qu'il se donne ou se refuse à nous dans les sources, signifie un ordonnancement culturel des formes et des catégories qui analyse le réel. L'absence de ces mots nous apprend que la doctrine n'analyse pas le réel des institutions de son temps avec des catégories juridiques

---

<sup>35</sup> Sur cette remise en cause de la thèse de Tocqueville (« que la centralisation administrative est une institution de l'Ancien Régime et non pas l'œuvre de la Révolution ni de l'empire », *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1967, p. 89), voir S. SOLEIL, « L'Ancien Régime centralisateur ou respectueux des libertés ? », *Décentraliser en France. Idéologies, histoire et prospective* (colloque du Centre de recherche sur l'anthropologie de l'Etat de Caen, décembre 2002), C. BOUTIN & F. ROUVILLOIS (dir.), éd. F.-X. de Guibert, 2003, p. 13 s. et L. JAUME & S. SOLEIL, « Centralisation / Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques », *AJDA*, 2005, p. 760 s..

aussi claires que les nôtres. Les représentations sont intrinsèquement liées à la langue dans laquelle elles ont été cristallisées. Dans un autre sens, l'utilisation massive et désormais classique de ces mots dans notre historiographie brouille la réalité institutionnelle de l'époque. La linguistique et la philosophie du langage peut d'une part nous inviter à les utiliser avec scrupules, d'autre part inciter nos doctorants à consacrer un passage de leur thèse *aux mots pour le dire*, c'est-à-dire à recenser le vocabulaire des sources, à l'interroger grâce à la sémantique, la linguistique et l'étymologie afin d'ouvrir des pistes d'histoire du droit ; ce que rend impossible le procédé qui consiste à plaquer, sans l'expliquer, des mots classiques mais étrangers à leurs sources.

## REFLEXIONS SUR LA COMPRÉHENSION ACTUELLE DE L'HISTOIRE DU DROIT

RUI DE FIGUEREIDO MARCOS

Je viens d'une université européenne multiséculaire, l'Université de Coimbra, dont la fondation remonte au Royaume de D. Dinis, plus précisément, à 1290. Dans l'enceinte de sa faculté de droit, on cultive l'histoire du droit de la patrie depuis 1772, depuis l'époque où, par la faveur du marquis de Pombal, les « Nouveaux Statuts de l'Université de Coimbra » ont été promulgués. Le thème que j'ai décidé d'aborder est lié à quelques réflexions sur la compréhension de l'histoire du droit à cette époque. Je le ferai en tenant compte de la formule du roi portugais D. Duarte selon lequel « En étant sensé, je maintiens ceux qui m'écoutent de bonne humeur ».

### I – LE SENS DE L'ENSEIGNEMENT HISTORIQUE DU DROIT..

À présent, j'identifie l'historien de droit avec le marin qui songe, depuis la proue de son bateau, à la direction à prendre; personne ne le regarde mais il domine parfaitement la ligne d'horizon. Peut-être sent-il sur le visage la caresse astringente du vent de la mer si bien représentée par Hans Thieme. L'historien de droit, a écrit Thieme, est souvent considéré par les juristes comme un bon historien et par les historiens comme un bon juriste. C'est là le motif d'une grande controverse.

Face à l'ineffaçable historicité du droit, son enseignement doit être particulièrement attentif à la façon historique de penser le droit et aux différentes formes dans lesquelles l'histoire a été pensée. Le droit ne surgit pas d'actes solitaires de génie, ni ne disparaît fugitivement du jour au lendemain. Il s'insère toujours dans un certain contexte historique constituant et reconstituant. La nature elle-même du droit veut qu'il soit associé à l'existence culturelle et historique de l'homme. Il est évident que l'historicité du droit ne vit pas étouffée par l'empire du passé et n'est pas seulement étalonnée par les objectivations historico-culturelles. Comme le dit Castanheira de Neves dans une leçon évocatrice, il ne serait pas légitime d'oublier que « le présent fait aussi partie de l'histoire, ou que de la même façon, le présent où nous nous trouvons, reçoit l'héritage du passé ; il est lui-même le passé du futur, il le fait dans la mesure où, précisément, il transcende les objectivations déjà réalisées et leurs donnent un nouveau sens – ces sens qui deviendront après son héritage spirituel ».

Il faut reconnaître que l'histoire du droit contient des éléments pour la compréhension de l'essence historique du droit dont l'intention normative se réalise historiquement. Un auteur comme Mitteis n'a pas hésité à attribuer à l'histoire du droit une valeur vitale (*Lebenswert*). Même si cela a été une pensée formulée il y a

---

*Professeur à l'Université de Coimbra.*

plus de cinquante ans, on ne croit pas qu'il soit déplacé de trouver des références de la discipline dans le contexte présent.

La principale raison d'être de l'histoire du droit vient de son pouvoir formateur qui ne cesse pas de se revigorer au rythme des phases de bouleversement du monde juridique. Une dynamique qui, actuellement, se ravive à la perspective de se diriger vers un droit communautaire uniforme qui réclame aussi une explication le présentant comme un résultat d'une évolution historique, ou, ce qui est encore plus captivant, qui l'intègre dans une lecture historiquement compréhensible d'un deuxième âge du droit commun.

Il est, par excellence, réservé à l'histoire du droit de démontrer que le droit que nous vivons à chaque époque ne constitue jamais une œuvre définitive. Il se distancie ainsi de la norme, ce qui lui permet d'assumer une position de réflexion critique et problématique. L'étudiant en droit recevra toujours de l'histoire une dotation qui l'incitera à un travail de réflexion permanent alors que les disciplines qui se rapportent exclusivement au droit positif tendent, naturellement, à mener le juriste vers l'étroit horizon de l'ordre juridique en vigueur, à la recherche d'un *ius certum* perpétuel.

Le torrent de l'histoire mélange des couches successives d'alluvions juridiques qui maintiennent entre elles des relations de parenté fluctuantes car, en droit, les choses sont historiquement fluides. Le temps corrode les certitudes que les simples exégètes de la loi poursuivent avec ferveur. Même les disciplines de penchant plus dogmatique qui sont plus attachées à ces certitudes ne peuvent pas ignorer l'histoire dans la mesure où l'interprétation de la norme tressaillit encore avec un appel relevant au *ratio* historique, quelle que soit la position prise en matière d'activité herméneutique.

On ne dédaigne pas une conception purement érudite de l'histoire juridique qui est d'un intérêt inestimable en elle-même, et pas seulement pour un petit groupe de spécialistes dédiés à l'explication scientifique de cette importante portion de la réalité puisqu'elle sert aussi au juriste qui s'engage à enrichir historiquement son pécule culturel, souvent nécessaire à l'illustration d'une rhétorique argumentative convaincante. Mais dans le cadre d'un noyau structuré d'une faculté de droit, notre discipline doit être obligatoire et, dans l'embarras d'une coupure, il convient de discerner une perspective qui puisse offrir un angle d'attaque critique et relativiste du droit en vigueur dont les fondements plus ou moins proches méritent un zèle spécial. Ceci signifie que, de nos jours, l'histoire du droit ne peut pas s'imposer par des trésors cachés. Elle doit briller pour être reconnue comme or.

## II — L'HISTOIRE DU DROIT EN TANT QUE SCIENCE HISTORIQUE.

Il faut comprendre l'histoire du droit pour la faire comprendre. C'est la tâche la plus noble qui incombe à l'enseignement. Elle doit être toujours reliée à un discernement qui la consolide de façon positive. La pire des images qui puisse la représenter est celle d'un groupe d'intellectuels découragés et insatisfaits. Mécontents du temps présent, ils se réfugieraient dans l'érudition et la poussière de l'archéologie juridique. L'histoire du droit ne le mérite pas, indépendamment de la direction qu'on veut lui donner. Reconnaissons que cela la compromet en tant que discipline de caractère historique.

L'intérêt du passé pour le droit remonte au XVI<sup>e</sup> siècle. Le mouvement humaniste a

flétri l'absolutisme de la splendeur du droit romain. En les rattachant à un certain milieu historico concret, il a refusé aux normes romanistes une valeur métajuridique et éternelle. C'est ainsi qu'un premier avertissement solennel a été enregistré contre la validité intemporelle du *ius romanum* qui a entraîné sa mission de système juridique pleinement approprié aux sociétés européennes.

Cependant, l'histoire du droit n'atteindra son vrai statut scientifique qu'au XIX<sup>e</sup> siècle lorsqu'il fut déclaré que le droit du passé était inscrit au sein des phénomènes historiques et, dès que la méthode historico critique fut adoptée pour le reconnaître. Aussi bien du côté des historiens que de celui des juristes, le droit constituait une forme de manifestation de la culture, et, par nature, mutable. Indifférent aux différentes interprétations, il réclamerait, sans pour cela tenir compte des exigences méthodologiques de recherches similaires. Un ample recours aux sources et une épuration judicieuse des informations recueillies s'imposaient à tous. Dans le fond, il était devenu possible de déterminer scientifiquement chaque appui à une connaissance historique qui grandissait en rigueur et exactitude.

La science historique a acquis des lettres de noblesse dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle a même voulu assimiler la science juridique, convertie en science historique du droit. Comme nous le savons, l'Ecole historique allemande reconnaissait dans le droit le produit vivant de la culture de chaque nation, qui émergeait, silencieusement, dans la conscience commune du peuple et s'épanouissait dans ce que l'on appelait l'esprit populaire. La croyance suggère que, dans le flot révolté de l'histoire, ne naît que ce qui peut naître et ne se sauve que ce qui doit se sauver. Ainsi, avant tout, il s'agissait de trouver le véritable *ius* et non pas de le créer. La validité du droit ne dépendait que d'une légitimation historique et jamais d'un acte législatif. Pour évoquer les mots concis de Mr. Castanheira de Neves, « le passé n'aurait pas à peine la valeur pédagogique d'une expérience faite, mais une valeur ontologique authentique ».

Il n'est donc pas étonnant que Savigny ait signalé une primauté claire du droit coutumier en relation avec le droit légal. Or, dans la mesure où le premier affirmait un droit en permanent développement, Savigny ne pouvait pas célébrer la codification. Celle-ci apportait dès lors des difficultés au progrès spontané du droit. Ensuite, elle n'irait jamais au-delà de capter une simple phase évolutive du droit populaire, justement celle qui coïnciderait avec le moment de la réalisation du processus codificateur. Et, comme le cours de l'histoire ne s'arrête pas, le droit codifié était condamné à s'éloigner de la réalité juridique vivante.

Dans un climat de scientisme est née la conception de l'histoire génétique, dont les fondements mettent en relief les réflexions kantienne et positivistes. Tout en dévalorisant le genre littéraire et la description pure, on ambitionnait d'user d'explication des phénomènes juridiques du passé insérés dans un procès causal et téléologique. Il fallait trouver des justifications solides pour comprendre le raisonnement souverain de l'histoire qui, à certains moments, recueillait certains principes, institutions et méthodes juridiques et en conjurait d'autres. Après l'approfondissement des questions importantes de recherche philosophique et culturelle qui sont associées à la nature génétique dont l'histoire du droit doit se revêtir, il faut savoir si cela compromet notre discipline en la diluant dans l'histoire générale.

Détachons ici la tendance extrême d'un secteur de l'historiographie qui, en se prévalant d'une attraction irrésistible pour les domaines sociaux et économiques, dédaignait injustement et niait même l'histoire du droit. Marc Bloch la considérait

simplement comme sans signification. En fait, le droit n'est en lui-même qu'une enveloppe formelle de réalités trop différentes pour pouvoir être vu d'une seule façon. Une perspective exclusivement juridique de l'évolution du droit ne mène qu'à des résultats décevants. Marc Bloch considérait néanmoins que, en tenant compte du fait que le droit représente l'œuvre d'un groupe spécialisé d'hommes, avec des traditions distinctes et un mode de penser spécifique, l'histoire du droit pouvait s'identifier avec l'histoire des juristes, ce qui, pour une branche d'une science humaine, n'est pas une manière intolérable d'exister. Malgré tout, Marc Bloch a attribué à l'histoire du droit suffisamment de force pour pouvoir éclaircir des phénomènes très divers.

Ce ne fut pas seulement quelques historiens qui ont voulu assimiler l'histoire du droit et l'intégrer comme une branche spécialisée dans la science de l'histoire. Il y a eu des juristes qui, sous l'emprise d'un positivisme juridique obéissant à la tyrannie des textes et à la reconstruction dogmatique du droit qui auto-subsistait dans l'histoire, n'acceptaient pas qu'il y eut une espèce de rivière qui ne se laissait jamais toucher par les sédiments de la marge qui la bordait. C'est cet esprit qui a incité, notamment, le professeur d'histoire du droit de l'Université de Rome, Bruno Paradisi. Tributaire de l'idéalisme philosophique de Benedetto Croce, il immerge l'histoire du droit dans l'histoire culturelle et sociale. Selon Paradisi, l'histoire n'est que la réalité politique, religieuse, économique et culturelle qui existe à un moment donné. Toute cette réalité dans son voyage dynamique à travers le temps constitue l'histoire. Et le droit représente un signe important de cette immense réalité.

Paradisi ne pouvait donc pas approuver les broderies, encore que scintillantes mais décharnées, d'une historiographie du droit au penchant uniquement philosophique qui, suivant la ligne de l'historicisme positiviste du XIX<sup>e</sup> siècle, s'est prolongée dans plusieurs pays européens quasiment jusqu'à nos jours. Ce n'est pas que Paradisi ne croyait absolument pas à la bonté de la philosophie, mais ses excès vicieux empêchaient l'intégration nécessaire du phénomène juridique dans l'ensemble du mouvement de l'esprit humain dans chaque phase de l'histoire.

Le droit demande une contemplation non autonome. Il réclame, au fond, une perspective qui le voit comme l'un des éléments de la culture d'une société, une culture qui forme un tout inséparable dans des compartiments limités. De là une conclusion criante pour Paradisi.

La vision que l'historien a de l'histoire du droit doit être retirée non du droit mais en-dehors de celui-ci, dans l'immense plate-forme de la réalité historique dans laquelle le droit est inséré. Si la pensée de Paradisi est bien interprétée, on demanderait à l'historien du droit d'avoir l'attention du peintre qui n'est intéressé que par le paysage refait, tel qu'il se présente et l'émotionne dans sa totalité.

Cependant, Paradisi ne suit pas la cohérence absolue de Croce lorsque celui-ci postulait la simple dissolution de l'histoire du droit dans l'histoire en général, car il a toujours reconnu que, en raison de son dessein particulier, elle faisait face à des problèmes bien propres, tout en étant néanmoins reliée à une vision complète de la réalité sociale. Avec clairvoyance, il refuse le sociologisme juridique, aussi sujet à la contamination de paradigmes dogmatiques, de la même façon qu'il répudie n'importe quelle intention structuraliste dans le domaine du droit. Par ailleurs, ne pas faire une délimitation rigide entre le domaine juridique et la sphère sociale n'implique pas l'adhésion à l'indifférence à laquelle l'idéologie marxiste a mené et pour laquelle il n'existe pas une histoire du droit, comme il n'existe pas une histoire

de l'art ou de la religion, mais à peine un seul conglomérat basé sur l'économie.

L'idéalisme philosophique de Paradisi s'est décidément éloigné du vœu de fusion marxiste. L'histoire du droit a gagné une identité dans la mesure où elle garantissait juridiquement une réalité entière, ou, pour mieux dire, elle a constitué une façon d'être juridique de toute l'histoire. C'est-à-dire une toile complexe de la grandeur du monde culturel où le droit et son histoire s'entretissent aussi.

### III — LE DROIT HISTORIQUE COMME SCIENCE JURIDIQUE.

Du côté opposé, l'histoire du droit, étouffée par sa grande volonté de se distinguer de l'histoire générale, a plongé dans les profondeurs de la science juridique conceptualiste. Brunner est considéré comme responsable d'avoir pris le rôle de l'un des plus grands tenants du dogmatisme sous la devise bien connue de « ce qui ne peut pas être conçu dogmatiquement est matière morte pour l'histoire juridique ». Celle-ci enseignait, par excellence, comment le droit s'est développé dès le début et jusqu'à présent. Mais le plus grand défenseur de la position que Brunner proclamait a été, sans aucun doute, le pénaliste allemand Karl Binding pour qui l'histoire du droit ne représentait que la dogmatique juridique dans sa conformation progressive.

L'histoire juridique était ainsi exclusivement absorbée par le droit qui a une nature dogmatique. Les considérations de caractères éthique, politique ou économique ne sont pas des affaires de juristes en tant que tels, a écrit à cette même époque, un homme de grande réputation : Windscheid. L'évolution des institutions juridiques se faisait indépendamment et obéissait à des impulsions autonomes. On n'apercevait donc qu'un angle réduit de vision qui n'allait pas au-delà d'une dogmatique historique ou d'une histoire dogmatique.

L'exacerbation dogmatique provenant des Pandectes a causé la séparation du droit qui avait un autre genre de considérations qui n'étaient pas strictement technojuridiques. Si le droit constitue un système d'institutions et de normes fermé et cohérent qui se maintient au-dessus de la réalité sociale et des relations de vie qu'il discipline, la coupure entre l'histoire et l'histoire juridique s'impose sans aucun doute. Toutefois, le droit ne souffre pas de quiétisme. Au contraire, il y a toujours un mouvement qui est enregistré, même s'il est très faible ou dissimulé. Mais, la contemplation en elle-même du poulx qui l'anime sous le prisme d'une mutation solitaire institutionnelle implique d'ouvrir le chemin au remplacement du panorama historique en faveur d'une phénoménologie naturaliste.

L'assomption de la bonté proclamée de la méthode organique et naturaliste de la reconstruction de l'histoire du droit est d'ailleurs dûe à l'illustre romaniste Bonfante. C'est le seul qui, à travers sa vaste et complexe influence, est arrivé à assurer à la fois la constitution scientifique définitive et l'autonomie de l'histoire du droit. C'est l'aide de la philosophie et de l'analyse positive des institutions, et d'elles seules, qu'il a réussi à effacer de notre horizon ces incrustations illégitimes auxquelles on a donné, à juste titre, le nom de métaphysique juridique.

On considérait que le sentiment du caractère organique du droit n'était pas étranger au véritable juriste. Il conduisait à concevoir le progrès des institutions juridiques soumis à la loi d'un perfectionnement graduel et incessant des normes qui les liaient. Une idée d'imperméabilité du droit excelle ici. La vision caractéristique de Bonfante se trouve dans l'organisation naturelle d'une évolution qui, tout compte fait, provient d'un développement de chacune des parties accolées dans un système.

Comme un tout articulé et ayant une vie propre, il maintient une continuité que l'individu méconnaît.

Le manque de conscience méthodologique a attribué à Bonfante la responsabilité d'avoir permis l'invasion de profanes qui se sont entremis, avec une légèreté perceptible, dans les domaines fermés du droit et de l'histoire du droit. Mais pénétrer dans l'esprit du *ius* représente l'entreprise lente d'une éducation psychologique fatigante, presque artistique. Or, les intellectuels sans éducation juridique ont surmonté n'importe quel obstacle qui pouvait empêcher leur libre abordage.

La science du droit ne pouvait constituer qu'une œuvre de persévérance pour des juristes. La structure des institutions ne pouvait être saisie que par les juristes auxquels on demande toujours de faire, à travers le prisme organique, une étude attentive des origines du droit et, dans tous les cas, une évaluation scientifique de son raffinement historique. Une seule institution évaluée par ce critère offrait assurément plus de mérite à la science du droit que celui d'un immense territoire exploré superficiellement par des inexpérimentés.

La leçon venait de haut. Bonfante, avec toute son autorité, ne cessait de prêcher la non *profanatio* de l'histoire du droit. De même, dans le panorama juridique portugais, le besoin de mener à terme une opération de purification relative à l'histoire du droit a émergé. Ceci a été défendu, entre nous, par l'éminent maître Cabral de Moncada. À ce propos, si je peux me permettre de paraphraser Braga da Cruz qui a synthétisé de manière éloquente la pensée de nos historiens philosophes. Guidé par le dessein de déterminer le critère qui convenait le mieux à la division chronologique de l'histoire du droit portugais, Cabral de Moncada a lutté pour ce qu'il a voulu appeler une purification du concept philosophique de l'histoire juridique.

Un point ne laissait aucun doute. L'histoire juridique a été faite pour élucider les formes juridiques du passé. À chaque époque correspondait une ambiance spécifique conceptualiste. L'historien du droit devrait envisager les faits et les formes juridiques en harmonie avec l'esprit du système auquel ils appartenaient. Cependant, sa mission principale ne repose pas sur l'éclaircissement de faits ou de phénomènes à travers les relations de cause génétique ou sociologique qui les animeraient, mais en « les reconduisant jusqu'à la racine des dernières connexions avec tout l'esprit du système juridique dans son ensemble, dans lequel ils s'encadrent et sur le plan logique des concepts juridiques et des conceptions de l'époque ou période que l'on considère ».

L'histoire juridique ne se confond avec aucune autre étude historique de droit. Ce n'est certainement pas l'histoire des faits sociaux juridiques. Cabral de Moncada approuvait la décontamination de l'histoire du droit, car son véritable registre devait se trouver dans l'histoire des formes juridiques elles-mêmes, détachées, si possible, des amarres sociologiques.

L'historien du droit a l'obligation de se laisser absorber par une ligne de recherche qui le force à se concentrer sur l'alliance caractéristique des formes et des institutions juridiques en tant que concepts constructifs de l'esprit et piliers d'un édifice d'idées qui permettent d'ériger, sous un regard rétrospectif, une mentalité juridique propre. Les questions de nature préjuridique et métajuridique sont au-delà de l'horizon souhaité. Il faut exempter l'historien du droit d'incursions qui le distrairaient de son véritable et unique but qui est de comprendre les systèmes juridiques du passé, en identifiant les relations de nature logique et, surtout, spirituelle dans le

monde de faits et concepts juridiques, au lieu de plonger, génétiquement, les faits juridiques dans une mer d'autres faits humains et sociaux. C'est là le pavillon de la science pure du droit d'inspiration kelsenienne qui resplendissait.

Ce n'est qu'en étant proche de la conception ainsi décrite que l'histoire du droit conserverait un mérite louable dans l'enseignement de la science juridique au sein des disciplines des facultés de droit. Ce n'est qu'en épurant l'objectif de l'histoire du droit qu'on éliminerait la confusion que Cabral de Moncada déplorait tant, c'est-à-dire, le fait que beaucoup d'historiens non juristes prétendaient faire l'histoire du droit véritable et que de véritables historiens du droit s'aventuraient dans les champs d'autrui et cultivaient tout excepté l'histoire juridique.

En assumant avec conviction l'idée que l'étude historique du droit devait être réalisée à partir de la lumière qui rayonnait de la science juridique, Garcia Gallo a aussi soutenu le besoin d'une intervention urgente pour récupérer et libérer l'histoire du droit. Celle-ci en tirerait un bénéfice si elle se détachait de l'histoire générale, vu que son but et ses méthodes sont bien distincts. Garcia Gallo a trouvé le fondement d'une telle autonomie dans la différence qui existe entre l'historicité du droit et celle des autres actes ou phénomènes de la culture.

Donc, en droit, de façon plus accentuée que dans d'autres sphères de l'activité humaine, le passé et le présent reflètent largement la même chose. C'est la persistance bien caractéristique du droit qui, sans pour cela nier son historicité ni son évolution, le réduit cependant à de justes limites. Il faut dire que nous sommes, dans le fond, devant une conception du droit comme objet d'une historicité si particulière qu'elle s'individualise spontanément par l'idée de persistance.

Le droit, par nature, aspire à la continuité, et offre une résistance supérieure aux changements qui le défigurent. De manière persévérante, dans tous les ordres juridiques, il subsiste des noyaux permanents qui s'obstinent à durer. Ce n'est que l'accessoire qui est sacrifié dans les convulsions. Il y a toujours quelque chose de tenace et d'intemporel dans la temporalité de l'histoire du droit, comme si elle rappelait une petite lueur de temps divin qui converge normativement avec le présent.

Le fossé qui sépare, avec un air crispant, les positions de Paradisi et de Garcia Gallo, selon certains points de vue, accroît en apparence la distance qui, en réalité, est bien moindre. C'est sur ce point que s'est tournée l'attention d'Alvaro d'Ors, en trouvant que la différence entre ces deux auteurs était à peine de degré ou de nuance. Tous deux croyaient dans le besoin de tenir compte du social extra-juridique. Mais Garcia Gallo l'envisageait comme un simple complément, protégeant ainsi mieux que Paradisi la substantialité du juridique.

L'histoire a un pouvoir magique fascinant qui transforme en histoire tout ce qui se laisse toucher par elle. Ainsi, pour Alvaro d'Ors, les études historiques spéciales transforment toujours en histoire la matière spéciale qui constitue l'objet de son étude. À l'image, par exemple, de l'histoire de l'économie, de la chimie, et de l'art qui sont, avant tout, histoire, un raisonnement identique devrait être fait en relation à l'histoire du droit. Il n'en est pas ainsi avec la philosophie du droit qui ne reflète que le droit philosophiquement recherché.

Malgré tout, Alvaro d'Ors préserve la substantialité du juridique, bien qu'il le juge objet d'une science historique spéciale. De son point de vue, l'histoire se prend à des « réflexions de conscience humaine exprimées dans des textes sur ce qui lui arrive à lui-même ». De sorte que l'histoire du droit fait un objectif de ces textes qui,

bien que se référant au droit, ne montrent non pas leur pure matérialité mais les réflexions humaines qu'ils envisagent.

#### IV — UNE COMPREHENSION INTEGRALE DU DROIT DANS L'HISTOIRE.

Il n'est pas surprenant que, dans une question d'énorme importance problématique, on tende à faire rouler éternellement le rocher de Sisyphe. Un moyen de dépasser la confrontation que nous venons de retracer dans nos réflexions antérieures serait d'élever l'histoire du droit à un sommet, d'où elle pourrait voir la réalité juridique dans son intégralité réelle. Une vision qui ne coïncide ni avec les lois ni avec les règles juridiques. À mes yeux, ce que l'histoire du droit ne peut aucunement être, c'est un ensevelissement de normes mortes pour vivre d'elles.

Je ne pense pas que la perspective historique d'un ordre juridique admette d'aborder des sujets dans un isolationnisme absolu, en faisant abstraction des conditionnements impérissables qui n'appartiennent pas à la sphère du droit. Disons qu'une conception insulaire du droit dans l'histoire ne recueille pas nos faveurs. Un certain accord historique se dessine toujours, plus ou moins accordé et même sous des aspects apparemment déconcertants, entre le monde du droit et l'univers qui l'entoure.

Déjà dans la ligne romaniste, peu encline aux pures focalisations dogmatiques, on a surpris, très tôt, le besoin de s'occuper de l'arrangement génésique qui lie ce qu'est droit à ce qui ne l'est pas. Rappelons-nous la leçon de Ortega y Gasset qui, ayant pris les idées de Ihering et de Schultz, proclamait qu'il convenait d'élaborer une « *teoría de los complementos extralegales que la ley necessita* », une « *teoría de los complementos existentes en los senos profundos y ultrajurídicos de la sociedad* ». Il faudrait, en vérité, exposer d'une façon ordonnée les forces, les vertus ou les valeurs qui, bien qu'influençant la norme juridique, ne se confondent pas avec elle, jusqu'au point où elles tissent entre elles un ordre unique. C'est ce qui est arrivé à l'époque romano-chrétienne, à travers l'union célébrée entre le juridique et l'éthique. Avec un énorme savoir, Juan Iglesias, souligne donc que « *la genética y funcionalmente, el Derecho está ligado con lo que no es propiamente Derecho* ».

Les institutions et les hommes doivent être compris à la lumière de l'histoire. Il y a mille fils qui lient le droit, à chaque époque, à l'univers culturel humain. Il serait d'une insupportable légèreté d'ignorer les faits qui ont profondément influencé le mouvement du droit, car si ce n'était pas ainsi, le juriste serait privé de comprendre avec clarté la corrélation du droit avec le monde réel dans lequel il trouve sa justification et les conditions de possibilité. Artur Montenegro s'est distingué de façon percutante des conceptions dominantes. Bien qu'il ait déclaré l'importance prééminente de l'étude historique du droit romain, il n'a absolument pas condamné la méthode exégétique, en reconnaissant qu'elle sera toujours un grand éducateur de l'esprit des juristes. Les inclinaisons totalement exclusivistes méritent d'être bannies définitivement. C'est que « ni l'histoire n'a pu se dispenser de la juste interprétation des textes, ni l'exégèse des éléments que l'histoire lui offre ».

D'ailleurs, sonder d'une façon compréhensible le cadre normatif d'un ordre juridique exige que l'on accorde une attention spéciale aux conditionnements. Ceci équivaut, selon les mots savants de Coing, à « comprendre cet ordre comme la solution d'un problème d'organisation de sa propre époque ». Ce n'est pas surprenant,

par conséquent, que Coing ait insisté sur le point que « c'était seulement à partir de conditionnements que l'historien pouvait bien connaître les problèmes auxquels l'ordre juridique qu'il avait investigué essayait de résoudre ». On ne nie pas qu'on ait donné une importance différente aux grands problèmes d'organisation sociale selon leur contexte et leurs particularités. L'importance du thème croîtra naturellement si le chercheur se concentre sur le discernement entre les problèmes d'ordre juridique qu'une époque définie a attesté comme nouveaux et pour lesquels elle a défendu des solutions juridiques innovatrices, et ceux que le temps a jauni et pour lesquels le droit a renoncé depuis longtemps à trouver une solution, à travers des règles consacrées de forme persistante. Les périodes convulsives où le spectacle du démembrement du corps normatif de la société a été jeté dans l'arène de l'histoire ont été rares.

De même Schultz, en constatant que des sentiments économiques et politiques s'installent autant dans la formation du droit que les conceptions de coutume et de moralité, a fait ressortir l'accord génétique et fonctionnel qui lie l'ordre juridique à l'ordre social non juridique. Il a remarqué, précisément, qu'il existait des obligations extrajuridiques d'une grande signification dans le monde romain. Cet illustre auteur entrevoyait donc que le droit historique d'un monde amplifié soit reconsidéré.

C'est dans ces environs que se trouve la perspective adoptée par Riccardo Orestano, qui, nous devons le dire, a reçu parmi nous, à l'exemple de Ruy Albuquerque, un accueil chaleureux. Pour Orestano, la conception la plus fructueuse est celle qui voit l'étude historique du droit comme l'étude de l'expérience juridique dans toute sa riche pluralité. Elle ne constitue pas seulement un terrain de rencontre d'orientations théoriques qui convergent et irradient dans différentes directions, mais surtout, elle représente un seul mode d'envisager le droit sans pour cela l'amputer de sa phénoménologie et de ses manifestations concrètes. Il faut donc ne dédaigner aucun facteur qui exerce une influence sur le cours du droit, pour pouvoir atteindre une connaissance intégrale de l'action humaine qui anime l'expérience juridique. C'est avec celle-ci, dans sa totalité et sa complexité que s'identifie le droit, bien loin de la vision durement unilatérale qui le réduit à un *quid* abstrait, isolé et détaché de la pulsation de l'activité humaine.

L'histoire du droit est loin de se limiter aux moments de conceptualisation et de systématisation. Rien de ce qui pourrait être susceptible d'être rapporté au panorama intégral et omnicompréhensible de l'expérience juridique ne doit être écarté pour être inutile ou inopérant. Il n'est pas rare que des notations relâchées, sorties d'un tourbillon fragmentaire et chaotique de faits et d'idées, aident à reconstituer l'atmosphère d'une époque. Elles acquièrent une valeur et un sens pour cet univers d'expérience juridique, comme l'exprime Orestano avec la belle image de ces petites pierres d'une grande mosaïque en voie d'être exécutée et qui ne révèlent que peu à peu le dessein de l'ensemble et qui, à peine intégrées dans un tout, conçoivent une fonction unitaire.

Il y a une cohérence globale irréfutable dans chaque époque. Il faut comprendre le droit selon un tout historiquement intégré. Comme l'a clairement relevé Castanheira de Neves, « ce tout étant une synthèse historique, à travers ce même tout et son unité, on reconnaîtra la cohérence corrélatrice de la pluralité des éléments, ou dimensions qui les constituent – les uns rendent compréhensibles les autres et sont compréhensibles grâce à ces autres. Cohérence intégrante qui nous permettra même de parler ici de besoin historique : chacun des éléments trouve sa nécessité

(sa compréhension-explication) chez les autres ».

Les sources et les divers témoignages anciens constituent le portique empirique de n'importe quelle recherche historique juridique. Un réseau indispensable auquel on ne peut se soustraire car, d'une certaine manière, c'est là qu'existe toujours un abri contre le pur subjectivisme. On ne rejette pas l'idée que les documents ne répondent qu'en fonction des questions qu'on leur pose. Nous savons, par la fulgurante leçon de Gadamer, que le présent recoupe notre horizon herméneutique du passé. La présence indiscreète de l'historien se fait sentir depuis les questions choisies jusqu'au choix des faits historiquement déterminants.

Le point est que, ayant une conscience critique de la relativité de notre *antiquitatis notitia*, les résultats de la recherche ne sont pas anticipés, ce qui prescrit une structure aux contours définis et que l'on domine avant de connaître. Une advertance qui ne reflète pas un simple appareil théorique. Ainsi, celui qui cède à la tentation d'attacher aux données objectives venues de l'intimité de l'histoire une synthèse compréhensible qui, à priori, était tracée, ne serait pas loin du commettre un grand péché.

Le temps, insoumis à l'ordre abstrait que l'homme veut lui imposer, devient une force incoercible de corrosion, avec le même murmure doux de la mort qui doucement ronge et défigure à mesure qu'elle s'approche. De toute façon, on ne peut refuser une certaine autonomie aux variables du passé. Ce qui continue à être discrédité est, ce que nous osons appeler, sans grande nouveauté substantielle, le radicalisme d'une chronomanie qui persiste à mettre au passé l'image fidèle de la conceptualisation et de la systématique juridique moderne, qualifiant ainsi les notions et les catégories du droit de naturellement intemporelles. Mais l'histoire, si elle intronise des représentations de nature conceptuelle, grâce, aussi, aux coups provenant de la pratique, discrédite les vieux concepts, leur causant ainsi des difformités de sens qui lui font perdre leur caractère.

Face au cadre problématique que nous venons de tracer, je requiers l'aide d'un *simile* précieux emprunté à une œuvre de Rousseau : « tous les hommes sentiront du plaisir à entendre des sons agréables, mais si ce plaisir n'est pas animé par des inflexions mélodiques qui lui sont familières, il finira par ne pas devenir délicieux ni tourner en volupté. Les plus beaux chants, pour plus coûteux que ce soit, feront toujours une impression défectueuse à une oreille qui n'est pas accoutumée à eux : nous faisons face à une langue dont nous devons connaître le dictionnaire ». Or, chaque époque tend à fermer sa propre harmonie juridique. Celui qui n'a pas le soin de l'apprendre ne pourra pas en jouir. Il y a un manque d'étude prolongée qui nous habitue aux échos de son droit. Si nous ne dépassons pas cette phase avec succès, nos oreilles, condamnées aux sons rustiques, ne percevront que de simples bruits.

L'historien, comme l'a soutenu Collingwood, doit reconstruire le passé dans son propre esprit. La mission principale réside dans l'analyse de ce passé qui a laissé des vestiges derrière lui. Si les traces se transforment en mots écrits, il faut donc découvrir ce que ces mots signifiaient pour la personne qui les a écrits, révélant ainsi la pensée formulée par ces mots. Or, quelquefois, l'expression ne convient à l'idée que comme s'il s'agissait de vêtements larges. Et n'importe quelle expérience passée revit dans l'esprit de l'historien, mais à travers une relecture actuelle dans laquelle une tendance poétique impénitente s'infiltré fréquemment.

Le présent, guindé par le critère de recherche, ne doit pas envahir de façon étouffante les structures du passé. Aussi dans le domaine juridique, il faut respecter les

schémas d'entrelacement du passé, pour qu'il ne soit pas entièrement captif d'amarres, de catégories ou de problèmes qui remplissent et font foi du présent de notre droit. En vérité, tout avertit qu'il ne faut pas se laisser aller vers une fusion complète et dépréciative, en empêchant que la réalité historique manifeste, même à travers nous, son mode bien spécifique et certainement bien divers d'être juridique.

En tout cas, le juriste-historien n'a pas besoin de se défaire de ses vêtements ni de vendre tous ses biens juridiques pour suivre le filon pur de l'histoire. La dogmatique se présente comme une discipline ordonnée de principes et constructrice d'un système harmonieux de concepts. Bien que l'esprit supérieur de Shaftesbury signale que « *the most ingenious way of becoming foolish is by a system* », on convient que cela ne constitue pas une hérésie de ranger les faits historiquement épurés à la lumière de la dogmatique moderne. Mais celle-ci ne doit pas être si intense qu'elle nous mène à des visions édulcorées ou au voeu obsédant d'orner les dogmes d'aujourd'hui avec une généalogie chaque fois plus illustre dans son ancienneté. Ruy de Albuquerque a écrit une synthèse magnifique en relation avec ce thème. Allant droit au but, il a montré clairement que « l'application de la dogmatique moderne aux études historiques a un rôle évident, que ce soit dans le surpassement de l'atomisme factuel, presque toujours provenant des sources, ou dans l'étude du développement des institutions. C'est seulement en en tirant profit que l'on pourra surprendre le moment précis de la formation de nos concepts, les séparer des faits antécédents, motivateurs, et établir le rapport avec les institutions qui les ont précédés ».

N'importe quelle science, selon Aristote, se fonde sur ses propres présupposés. Pour se constituer, elle a besoin de les trouver et de les formuler. De plus, en science juridique, les faits ne surgissent jamais désincarnés, c'est-à-dire, dans leur pure cruauté factuelle. Au contraire, il y a des opérations intellectuelles constantes qui se chargent de représenter en mots et en concepts l'immense champ désordonné de la phénoménologie du droit. Une *expositio verborum* détermine toujours un point de départ qui ne peut être pas éliminé. C'est, en effet, de la pure fantaisie de penser que l'on peut se passer d'une certaine médiation conceptuelle. Ce serait peut-être le moment approprié d'apporter à cet écrit les fameuses paroles de Goetheano qui rappelait de manière suggestive qu'un fait est déjà une théorie.

Le tourbillon fragmentaire des faits qui étourdit l'inattentif se vainc à travers les concepts. Par conséquent, il serait d'une suprême légèreté de dévaloriser l'importance d'une formation juridique solide pour l'historien de droit. Si l'on renonçait à la lecture rigoureuse des concepts juridiques, il serait impossible de connaître l'histoire du droit. De la même manière, on n'insistera jamais assez pour qu'une vaste éducation historique puisse être tirée du dogmatique. Celle-ci offre d'énormes possibilités dans l'*interpretatio* des normes, la compréhension des institutions juridiques, la découverte du sens de l'exercice de la fonction judiciaire et la reconstitution de l'application méthodique et pratique du droit.

A l'horizon du droit, il n'appartient qu'aux juristes formés historiquement de pouvoir certifier, avec assurance, l'historicité des concepts dogmatiques dressés pour des fins techniques. C'est que la dogmatique représente aussi un théâtre historique où l'énergie créative de l'esprit juridique s'envole dans le temps et où l'on peut assister naturellement à la naissance et à la disparition d'institutions, à l'ascension et à la chute de doctrines et même au reflet intellectualisé du jeu confus de facteurs d'ordre social qui, bien des fois, interagissent de manière imprévue.

De l'endroit où se place l'historien, on voit un monde qui englobe le droit. Toutefois, le vaste panorama dont il jouit serait-il aussi précieux ? Pas du tout. Le plus grand obstacle auquel l'historien se voit confronter provient de l'immense problème de démarcation des liaisons importantes. Helmut Coing distingue ingénieusement entre la méthode d'enchaînement global d'idées (« *globale Verknüpfung* »), où les solutions inscrites dans un ordre juridique doivent s'entrelacer globalement avec les autres éléments essentiels à la culture correspondante, et la méthode d'enchaînement spécial des idées (« *spezielle Verknüpfung* »), où, au contraire, on voit l'étude des normes et des institutions juridiques comme ayant une relation spéciale avec des phénomènes extra juridiques déterminés et non à travers une vision globalisante.

Considérons ces deux méthodes. La première facilite la sinieuse intromission de préjugés catégoriels aimés de l'historien lui-même. C'est Coing qui le reconnaît tout de suite. La deuxième fuit ce grand risque dans la mesure où elle établit à peine une relation entre une norme spéciale et un élément déterminé de la culture. Pour pouvoir faire cette liaison, avec assurance, on doit partir, selon Coing, du traitement herméneutique des textes qui se penchent sur ce sujet. Cependant, cette orientation, sans aucun doute tendanciellement correcte, succombe lorsque l'on ne trouve pas des attaches convenant aux sources, ce qui rend l'enchaînement spécial d'idées impossible et éloigne la création d'un cadre de liaisons choisies avec un savoir-faire certain.

La mésaventure évoquée ci-dessus nous oblige donc à corriger notre position. Elle renvoie le chercheur vers le panneau, trop générique et souvent peu transparent, de l'enchaînement global d'idées. La méthode opposée, celle de l'enchaînement spécial, est d'une précision plus chirurgicale, bien qu'elle s'en ressente, car, comme le met en évidence Ruy de Albuquerque, « elle n'embrasse pas les phénomènes de grande ampleur ». Ici, il n'y a pas de place pour les adhésions absolues. Si, dans certaines circonstances, la méthode d'enchaînement global d'idées conserve un certain mérite, celle de l'enchaînement spécial, elle aussi, n'assure pas tous ses crédits.

Il est évident que les liaisons doivent être, de préférence, des lignes exactes. Les phénomènes ne portent sur eux aucune étiquette d'identification et encore moins de référence aux liens à révéler. Provenant quelques fois purement de l'intuition, il y a toujours un travail de lucidité intellectuelle qui, après un examen tumultueux de la réalité des choses, détermine un fait comme juridique.

La force vient de la reconnaissance que c'est nous, et seulement nous, qui déduisons certains phénomènes, selon les propriétés structurelles et fonctionnelles que nous y avons découvert. Or, si c'est le juriste historien qui doit juger un fait comme juridique par déduction, c'est lui aussi qui doit tisser le réseau des relations qui pourraient mieux l'éclairer dans cette sombre forêt des apparences. Une tâche qui nécessite une attitude sagace de discernement qui transforme le lien insignifiant en fondement clair et distinct. Et cette chaîne de relations considérées comme indubitables ne se rétablit qu'à travers un procès interprétatif dont le point principal se trouve dans le talent sensé qu'une formation profondément juridique et solidement historique irradie.

Le travail des idées de nature juridique devient donc décisif dans l'affirmation de la singularité du droit en tant que phénomène culturel. Castanheira de Neves l'a bien mis en évidence en soulignant que le « contexte historique intégrant permet, et

impose, une compréhension historiquement globale du juridique, mais ne pourra pas effacer le spécifique constitutif avec lequel le juridique contribue aussi à la formation de ce tout formé du contexte intégrant. L'histoire juridique est l'histoire de ce spécifique dans ce tout ».

Une position qui nous oblige à réfléchir sur deux moments. Dans un premier moment, nous sommes confrontés avec les options problématiques propres de la pensée juridique qui, en leur obéissant, tisse son œuvre de constitution matérielle spécifique. Le second moment conduit à une inévitable insertion historique compréhensible où, loin de s'isoler, le droit est, avant tout, un « conditionné-conditionnant dans le tout historique où il s'est intégré ». On ne peut pas non plus ignorer que l'éclaircissement total des virtualités compréhensibles du monde environnant en relation avec l'aire juridique, même par la voie inquiète des attaches réciproques, présuppose un tout achevé, c'est-à-dire, un terme quelconque ou une consommation historique. Reprenant la belle image de Hegel que Castanheira de Neves a manié habilement, « c'est seulement lorsque les ombres du crépuscule descendent sur un certain moment historique que le hibou de Minerve prend son vol ».

Et nous voilà arrivés, éclairés par les observations antérieures, à une conclusion importante. L'histoire du droit prend, grâce à la particularité épistémologique de cette matière, le rôle de science pleinement juridique, mais qui s'ancre aussi de façon obstinée dans un statut scientifique-historique solide. Si l'histoire du droit est aussi bien le droit historiquement perçu, que la perception du sens historique du droit dans son historicité inéliminable, tout nous dit de poursuivre avec ferveur une compréhension intégrale du phénomène juridique tout en développant une science ambivalente qui étudie les liaisons systématiques et historiques en tant qu'unité. Cependant, ceci ne doit pas obscurcir la perceptive qui nous permettra de voir clairement le juridique dans l'histoire sans pour autant cesser de le dénommer comme juridique pendant qu'il est assimilé et objectivé par une pensée spécifique.



## CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES SUR L'UNIFICATION DU DROIT EUROPÉEN

R.C. VAN CAENEGEM

Ma communication sera divisée en deux parties, consacrées respectivement au droit privé et au droit constitutionnel.

### I – L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ.

Les mots « considérations historiques » dans le titre de ma communication se rapportent au passé, mais l'unification du droit européen appartient à l'avenir plus ou moins lointain. Je me sens donc un peu comme l'ancien roi romain Janus, qui fut doué par le dieu Saturne d'une sagacité si merveilleuse que l'avenir aussi bien que le passé étaient présents à ses yeux. Cette double faculté l'a fait représenter, comme il est bien connu, avec deux visages dans son temple romain.

En effet, je ne m'intéresse pas seulement aux siècles passés, mon propre terrain d'historien, mais aussi à l'avenir de l'Europe et de son droit, ce qui me préoccupe comme citoyen du vieux monde. Nous savons d'ailleurs que le passé et l'avenir forment un processus continu, ou, comme l'a dit Marguerite Yourcenar, poétesse aussi bien que romancière : « nos ancêtres sont déjà ce que nous sommes »<sup>1</sup>.

Quand je parle du droit européen, je ne pense pas aux règles de droit promulguées par les autorités de l'Union Européenne et appliquées par la Cour de Justice de Luxembourg et qui ne constituent qu'un système restreint, qu'on appelle *Europarecht* en allemand, par contraste avec *europäisches Recht*. Ce qui m'occupe ici c'est le champ beaucoup plus vaste du droit privé classique (droit civil et procédure civile), c'est-à-dire le droit des biens, des personnes et des obligations; quant à la procédure, l'unification a fait de bons progrès grâce aux *Draft rules on civil procedure*, rédigés par une commission européenne fondée en 1984 et dirigée par mon collègue gantois, le professeur Marcel Storme.

C'est le 26 mai 1989 que le Parlement européen a voté une résolution historique invitant les États membres et les institutions européennes à entamer les travaux préparatoires menant à la rédaction d'un code commun de droit privé européen. Cette option politique mettait la science juridique devant une tâche herculéenne, dont les chances de succès font l'objet en ce moment même d'un débat vigoureux.

Il était clair, dès le début, qu'il n'y aurait pas d'obstacle insurmontable en ce qui concerne le droit des pays continentaux. La France, l'Allemagne, l'Italie et d'autres encore appartiennent à ce que René David a appelé la famille romano-germanique,

---

*Professeur émérite de l'Université de Gand.*

<sup>1</sup> Vidéo au Musée Yourcenar à St. Jans Cappel près de Bailleul.

consistant de droit romain savant et de droit coutumier d'origine germanique et féodale. Les proportions des ingrédients diffèrent - et le *Bürgerliches Gesetzbuch* est paradoxalement plus romain que le Code civil français - mais ils parlent fondamentalement la même langue, qui est le produit de l'ancien *jus commune*, le droit savant à base de droit romain qui était le droit commun de tous les juristes du continent européen<sup>2</sup>. La création - une sorte de renaissance - d'un droit romano-européen du vingt-et-unième siècle, dont rêvent certains juristes à notre époque, est une proposition plausible<sup>3</sup>.

Il y a toutefois sur cette route un obstacle - et il est de taille - c'est évidemment le *common law* anglais<sup>4</sup>. Ce vénérable fruit de l'histoire anglaise n'appartient nullement à la famille romano-germanique, puisqu'il est aussi ignorant du droit romain que les droits continentaux sont imprégnés de ce célèbre héritage de l'Antiquité. Comment donc l'Angleterre (je ne parle pas de l'Ecosse) peut elle participer à l'unification du droit européen ? Le problème est grave, puisque nous ne nous trouvons pas en face de quelques aspects techniques ou de telle ou telle confusion terminologique qui se résout aisément, mais d'une divergence fondamentale dans l'envisagement même du droit et d'un raisonnement basé sur un système non-codifié et sur des milliers de précédents (*judge made case law*). L'abîme est si profond que la possibilité même de trouver un terrain commun est mise en doute par le monde savant. Il existe, en effet, deux écoles opposées que j'aimerais présenter au lecteur (tout en m'excusant de cette simplification) et que j'appellerai les optimistes et les pessimistes.

Le chef de file des optimistes est sans doute le professeur Reinhard Zimmermann qui, après avoir enseigné à Regensburg, est devenu directeur du Max-Planck-Institut de droit comparé à Hambourg. Après avoir étudié à fond le code civil allemand basé sur le droit romain, il a travaillé en Afrique du Sud où il s'est familiarisé avec le *common law*. Il a publié nombre de livres et d'articles de haute qualité, notamment sur le droit des obligations<sup>5</sup>, qui révèlent une connaissance approfondie du *common law* autant que du *civil law*. Un de ses articles, qui nous intéresse plus particulièrement aujourd'hui, est intitulé « Le caractère européen du droit anglais », paru en 1993, où il a montré avec conviction que les juristes anglais se sont familiarisés au cours des siècles, en commençant avec Bracton, avec l'érudition continentale, qu'ils tenaient en haute estime<sup>6</sup>. Il est indubitable que des

<sup>2</sup> Sur le contexte historique des codes français et allemand de 1804 et 1900 voir R.C. VAN CAENEGEM, *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988.

<sup>3</sup> On trouvera une présentation succincte du *ius commune* et de ses avatars dans l'histoire européenne dans P. STEIN, « The *Ius Commune* and its demise », *Journal of Legal History*, 25, 2004, p. 161-67. Pour une analyse plus détaillée on verra R. ZIMMERMANN, « *Ius Commune*. Europäische Rechtswissenschaft, Vergangenheit und Gegenwart », D. HEIRBAUT et G. MARTYN (eds.), *Un héritage napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, Malines, 2005, p. 377-421.

<sup>4</sup> On notera que, suivant l'argumentation du professeur G. CRISCUOLI (dans *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile* de 1967), je parle du et non de la *common law*, puisqu'il s'agit du droit commun et non de la loi commune.

<sup>5</sup> R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996.

<sup>6</sup> R. ZIMMERMANN « Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 4-51.

savants anglais étaient à la hauteur de la doctrine du *jus commune*. Deux mises en garde sont toutefois indiquées. En effet, tandis que l'Angleterre suivait avec intérêt ce qui se passait sur le Continent, l'inverse n'était pas le cas : les juristes du *jus commune* ignoraient totalement ce qui se passait dans les rangs des *common lawyers*, leur droit étant aux yeux des continentaux une anomalie bizarre. Il faut aussi se rendre compte que l'approche anglaise constituait un intérêt de savants pour des doctrines savantes, plutôt que d'une connaissance de la jurisprudence continentale de la part des praticiens anglais.

Le chef de file des pessimistes est sans doute le professeur Pierre Legrand, qui après avoir enseigné à Tilburg, dans les Pays-Bas, est actuellement professeur à Paris. Il est un Canadien qui s'est familiarisé dans son pays d'origine aussi bien avec le droit des francophones, avec ses racines historiques françaises, qu'avec le *common law* de ses compatriotes anglophones. Il était donc bien placé pour sonder la profondeur de l'abîme qui sépare les deux systèmes. Il en a tiré la conclusion que les différences sont fondamentales au point d'être insurmontables. Dans un article paru en 1996 sous le titre « Les systèmes juridiques européens ne convergent pas », il est arrivé à la conclusion que lesdits systèmes « en dépit de leur proximité dans la Communauté européenne, n'ont pas convergé, ne sont pas en train de converger et ne convergeront pas »<sup>7</sup>. Et l'auteur d'ajouter : « Une telle convergence, même si elle était désirable (ce qu'à mes yeux elle n'est pas) est impossible parce que les différences entre les mentalités du *Common law* et du *Civil law* sont irréductibles au niveau épistémologique » (p. 62). Et de conclure que « la mentalité du *common law* n'est non seulement différente, mais irréductiblement différente de la mentalité du *civil law* telle qu'on la trouve sur le Continent européen » (p.63).

La tension entre le désir d'unification et la diversité existante est analysée par Heinz Mohnhaupt, qui souligne les différences culturelles en Europe et leur effet sur les systèmes juridiques. Il croit néanmoins en la coexistence entre une science juridique commune et la multiplicité des normes juridiques. Il attire l'attention sur le fait que le recul du latin et du *ius commune* a causé la perte d'un ancien moyen de communication<sup>8</sup>.

Réfléchissant sur tous ces arguments, j'ai essayé de me former une opinion personnelle, que je donne pour ce qu'elle vaut. À première vue, je me sentais pessimiste. C'était surtout le cas quand j'écoutais des juristes de la pratique qui étaient aux prises avec la diversité internationale des règles de l'assurance et aussi quand je pensais à ce que sont advenus les plans pour l'unification du droit civil des trois pays du Benelux. Une commission d'experts fut nommée après la Deuxième Guerre mondiale pour rédiger un projet et durant les dernières cinquante années d'éminents juristes se sont régulièrement rencontrés pour mener des discussions intéressantes mais hélas stériles, car, comme vous le savez, le royaume des Pays-Bas vient de promulguer un nouveau code de droit civil, qui est exclusivement néerlandais. Si donc la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg ne parviennent pas

<sup>7</sup> P. LEGRAND, « Les systèmes juridiques européens ne convergent pas », *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 1996, p. 52-81.

<sup>8</sup> H. MOHNHAUPT, « Europäische Rechtsgeschichte und europäische Einigung. Historische Betrachtungen zu Einheit und Vielfalt des Rechts und der Rechtsentwicklungen in Europa », H. LÜCK et B. SCHILDT (eds.), *Recht-Idee-Geschichte. Beiträge für Rolf Lieberwirth*, Cologne, 2000, p. 657-79.

à unifier leur droit, quel espoir peut-on avoir pour l'Europe ? Par moments, j'étais près de désespoir et je me demandais, avec Christian Joerges, si un code civil européen « ne dépassait pas la capacité d'étude et l'imagination productive des juristes concernés »<sup>9</sup>.

Mais par contre, ce n'est pas parce que trois petits pays voisins ont échoué que l'Union Européenne est vouée à l'échec. La volonté politique qui soutient le plan européen est d'un autre ordre que la source d'inspiration pour les agréables rencontres de quelques juristes éminents sur les rives de l'Escaut, de la Meuse et du Rhin. En effet, m'appuyant sur des considérations juridiques aussi bien qu'historiques, j'aperçois de solides raisons d'être optimiste.

Parlant comme juriste, je remarque que le *common law* classique, si cher aux juges conservateurs, a subi à partir des années soixante du siècle passé, un certain nombre de modernisations qui l'ont approché du modèle continental, dont voici un ou deux exemples. L'ancienne règle d'exclusion (*rule of exclusion*) a pratiquement été abandonnée. En effet, tandis qu'auparavant - et ce depuis le dix-huitième siècle - il était inadmissible qu'un juge cherchât à découvrir l'intention du législateur, en usant des débats parlementaires et d'autres matériaux « politiques », à présent cette pratique est généralement appliquée et acceptée officiellement. Les juges continentaux ont depuis longtemps eu recours aux textes pertinents afin de découvrir, en cas d'interprétation douteuse, ce qu'avait été l'intention du législateur. Les juges anglais, par contre, s'en tenaient traditionnellement à la lettre de la loi (*Act of Parliament*) et l'interprétaient selon leurs propres règles très strictes, se méfiant de toute autre source parlementaire, de peur d'être entraînés dans le maelström des luttes politiques et ne croyant pas qu'il fût possible de découvrir l'intention précise du législateur. Ils se demandaient, en effet, qui pourrait réellement dévoiler les considérations et calculs, obscurs ou même contradictoires, des 400 ou 500 députés qui avaient voté la loi en question<sup>10</sup>.

Mon deuxième exemple concerne l'atténuation de l'ancienne règle du *stare decisis*, qui à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avait atteint un paroxysme extraordinaire et intenable lorsque la Chambre des Lords se déclarait liée par ses propres précédents (déclaration révoquée en 1966).

La facilité avec laquelle le *common law* s'adapte aux valeurs nouvelles m'a été révélée - si on me permet une brève digression dans le domaine de la procédure criminelle - en 1985, quand j'ai assisté à un débat à la Chambre des Lords sur l'introduction de l'appel *a minima*, c'est-à-dire l'appel par le ministère public (*Crown Prosecution*) contre une condamnation jugée trop légère. Plusieurs lords rejetaient cette innovation, introduite par la Chambre des Communes, parce qu'elle était contraire à un principe ancien et sacré du *common law*. La *House of Commons* passa outre, la nouvelle procédure devenait loi et fut acceptée aisément par l'opinion publique et le monde juridique.

Un facteur important dans le rapprochement entre le *common law* et le droit continental pourrait être ce qu'on appelle la *Verwissenschaftlichung* du droit anglais, c'est-à-dire le progrès de l'élément académique, savant et théorique dans

<sup>9</sup> C. JOERGES, *On the Legitimacy of Europeanising Private Law*, Maastricht, 2003 (*Ius Commune Lectures on European Private Law*, 6), p. 44. L'article cite un grand nombre de livres et d'articles récents sur le sujet.

<sup>10</sup> Lord LLOYD OF HAMPSTEAD, *Introduction to Jurisprudence*, Londres, 3<sup>e</sup> éd., 1972, p. 734.

l'étude et l'application des normes juridiques<sup>11</sup>. Les juristes continentaux, qui depuis plusieurs siècles ont obtenu leurs diplômes dans les facultés de droit et leurs universités et qui ont consulté couramment les grands commentateurs professoraux comme Savigny, Windscheid, Geny, Planiol et Laurent, sont frappés d'incrédulité lorsqu'ils découvrent qu'aussi tard que le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle l'Angleterre ne connaissait ni des facultés de droit ni un enseignement du *common law* dans des universités ou d'autres institutions d'enseignement supérieur. Juges et avocats en herbe acquerraient les rudiments de leur profession dans la pratique et par le biais d'un apprentissage et nullement à travers une analyse théorique apprise *ad pedes magistri* et en écoutant son explication *ex cathedra* du *Corpus Juris* ou du Code civil. Cette situation a changé à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, mais c'est seulement après la Deuxième Guerre mondiale que l'état de choses actuel s'est établi, où les futurs juges et avocats obtiennent presque invariablement – même s'il n'existe aucune obligation légale – un diplôme en droit auprès d'une université. Il s'ensuivait que pendant des siècles l'impact des professeurs de droit était négligeable, surtout si on le compare au prestige dont jouissaient les juges.<sup>12</sup> Cette situation évoluera nécessairement à mesure qu'une génération de juristes s'élève qui ont obtenu des diplômes en droit et qui ont été instruits par des juristes savants, qui enseignent dans les facultés de droit. Il s'ensuivra, je présume, que les mentalités se ressembleront de plus en plus des deux côtés de la Manche<sup>13</sup>.

Le mouvement anglais dans la direction du Continent n'est nullement en sens unique. En effet, la jurisprudence (*case law*), considérée jadis comme le droit définissant du *common law*, a acquis une importance énorme sur le Continent. On n'a qu'à regarder la masse de *case law* produite par l'application et l'interprétation des fameux articles 1382 et suivants du Code civil pour s'en convaincre. C'est une jurisprudence volumineuse qui est tout à fait comparable aux centaines de *cases* qui forment le droit anglais du *tort*.

Pareillement les juristes continentaux s'intéressent de plus en plus au *trust*, une des constructions les plus anciennes et typiques du *common law*<sup>14</sup>. Et tandis que l'Angleterre s'éloigne de la liberté absolue du testateur et tend à protéger les droits des enfants<sup>15</sup>, certains juristes continentaux, et notamment la Fédération des notaires belges, mettent en question la réserve légale du Code civil (art. 913 suiv.). Tout

<sup>11</sup> Sur le droit comme un art et une science, tous deux compris dans le même terme de *iuris prudentia* dans l'ancien droit Romain on verra : J. WEITZEL, « Recht und Spruch der Laienurteiler – zumindest eine Epoche der europäischen Rechtsgeschichte », LÜCK et SCHILDT, *ouv. cité.*, p. 53.

<sup>12</sup> Il est dès lors tout à fait remarquable qu'un professeur de droit a récemment été appelé à siéger dans la haute magistrature britannique. Voir sur cette problématique : R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*, Cambridge, 1987, p. 87-88.

<sup>13</sup> Récemment encore, citer un juriste vivant ne se faisait par dans une cour anglaise: seuls les savants décédés étaient considérés comme des « auteurs d'autorité ». Dans ce domaine aussi on constate un rapprochement avec le Continent.

<sup>14</sup> Voir par exemple C. DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the civil law*, Bruxelles, 1965. L'auteur est professeur émérite de l'Université de Gand.

<sup>15</sup> L'Angleterre médiévale connaissait des restrictions en faveur des enfants, mais elles avaient disparu dès le 17<sup>e</sup> siècle. Voir R.H. HELMHOLZ, « *Legitim* in English legal history », .H. HELMHOLZ, *Canon law and the law of England*, Londres, 1987, p. 247-62.

récemment, lors de la rédaction du nouveau code civil néerlandais, des voix se sont élevées – mais sans succès – en faveur de l’abolition pure et simple de la réserve légale.

N’oublions d’ailleurs pas que la condification a fait des progrès considérables dans le droit anglais soi-disant non-codifié : plusieurs domaines du droit civil ont fait l’objet de codifications partielles sous la forme d’*Acts of Parliament* compréhensifs. Je pense au *Sale of Goods Act* (vente des biens) (1893), le *Married Women’s Property Act* (1882) et le *Marriage Act* (1949) (concernant le mariage et le régime des biens) et d’autres datant de 1938, 1925, 1989 et 1969 concernant le droit des successions, les biens immeubles et le divorce, qui sont comparables aux grandes ordonnances de Louis XIV et Louis XV en France. La *Law Commissions Act* de 1965 a établi deux commissions – l’une pour l’Angleterre et le Pays de Galles et l’autre pour l’Ecosse – afin de « réviser le droit en vue de son développement systématique et sa réforme, plus particulièrement sa codification et sa modernisation »<sup>16</sup>.

Le droit européen futur, étant une synthèse de *civil law* et de *common law*, peut être considéré comme un « système mixte ». Le phénomène n’est pas nouveau, car certaines régions ont déjà expérimenté ce genre de système de droit. C’est notamment le cas de l’Afrique du Sud et de l’Ecosse, dont le droit a été déduit comme « un exemple particulier de symbiose de droit anglais et de droit continental »<sup>17</sup>, tandis que le droit sud-africain est le résultat d’une symbiose du droit romano-hollandais et du *common law* anglais<sup>18</sup>. Je vois une autre raison d’optimisme dans le fait que les juristes ont déjà travaillé dur pour préparer le terrain d’un droit commun européen futur. Je me borne ici à quelques brèves références. Il y a les *Principles of European Contract Law*, le fruit de la « Commission Lando », qui a travaillé entre 1982 et 1990, le « Projet de Trente » d’un Code commun de droit privé européen, entamé en 1994, la Commission von Bar sur un Code civil européen, fondée en 1998, le projet UNIDROIT, qui envisage un terrain global, et plusieurs autres<sup>19</sup>.

Mais il est temps de me transformer en historien et d’expliquer pourquoi, à long terme, j’aperçois des raisons d’optimisme. En tant qu’historien, je sais très bien que l’homme a réalisé certains plans et rêves qui à première vue semblaient utopiques, aussi vains et absurdes qu’une fois réalisés ils semblaient évidents et longtemps attendus. *L’historia magistra vitae* est pleine d’exemples et je me limiterai à un seul cas. Je veux parler d’une dramatique réalisation du XIX<sup>e</sup> siècle : l’unification de

<sup>16</sup> G.J. HAND ET D.J. BENTLEY, *Radcliffe and Cros. The English Legal System*, Londres, 6<sup>e</sup> éd., 1977, p. 375.

<sup>17</sup> R. ZIMMERMANN, « "Double Cross" : comparing Scots and South African law », R. ZIMMERMANN, D. VISSER et K. REID (eds.), *Mixed legal systems in comparative perspective. Property and obligations in Scotland and South Africa*, Oxford, 2005, p. 1.

<sup>18</sup> Voir pour plus de détails le volume *Mixed Legal Systems*, cité dans la note précédente.

<sup>19</sup> Voir le tour d’horizon récent et détaillé de M. VAN HOECKE, « L’idéologie d’un code civil européen », R. BEAUTHIER et I. RORIVE (eds.), *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles, 2004, p. 467-95. En 1991 la Faculté de Droit de l’Université de Maastricht a organisé une conférence pionnière consacrée à l’avenir d’un droit commun européen et dont les textes sont publiés dans B. DE WITTE et L. FORDER (eds.), *The common law of Europe and the future of legal education*, Maastricht, 1992. Le lecteur consultera aussi A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, J. TAUPITZ, *Europäische Privatrechtsentwicklung heute und morgen*, Tübingen, 1993 et M.G. BAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, 1998.

l'Allemagne et de son droit civil. Lorsqu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle le peuple allemand se mit à parler et à rêver d'une patrie unifiée, d'un État-nation classique à l'instar de la France, la Grande-Bretagne et l'Espagne et doté d'un système juridique commun, ce n'était qu'un mirage. L'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle était une mosaïque d'un empire (si on compte l'Autriche comme faisant partie de la nation allemande), de cinq royaumes (Prusse, Saxe, Wurtemberg, Bavière, Hanovre) et d'une poussière de principautés et de villes libres. Cette situation politique entraînait une multiplicité de régimes juridiques, avec des racines dans les coutumes médiévales, les codes prussien et autrichien datant de l'époque des Lumières, le droit du *Sachsenspiegel* (qui devait mener au cours du XIX<sup>e</sup> siècle à un code civil pour le royaume de Saxe), le code civil français de 1804 qui était en vigueur dans les pays rhénans et, *last but not least*, le droit savant des professeurs - le *jus commune* ou *Pandektenrecht* - qui culminait dans les ouvrages de Bernard Windscheid. Qu'on puisse jamais amalgamer ce fatras, le résultat de forces centrifuges séculaires, en un système unique, s'étendant du Rhin au Memel était, à vrai dire, inimaginable. Et pourtant c'est exactement ce qui est arrivé. En 1871 l'Empire allemand fut fondé - le roi de Prusse étant proclamé empereur allemand - et en 1900, la dernière année du siècle, le *Bürgerliches Gesetzbuch* entra en vigueur dans tout l'Empire. Sans entrer dans le détail des discussions savantes et du débat au Reichstag qui ont précédé le vote final de 1896<sup>20</sup>, j'aimerais poser la question ce que c'est qui a rendu cet étonnant succès possible.

Les conditions permettant l'unification juridique étaient l'unité nationale et la nécessité économique. Les divisions internes avaient condamné la nation allemande à une impotence sans dignité, des pertes territoriales et des occupations étrangères (sous Louis XIV et Napoléon). Le morcellement économique, les barrières douanières internes et la diversité monétaire bloquaient le chemin de la prospérité et d'une expansion digne des possibilités de l'âge industriel. Mais la nécessité n'est pas automatiquement couronnée de succès. Il fallait en outre que l'unification ne fût ni trop radicale ni trop destructive pour les institutions et sensibilités existantes. En effet, en 1871 on n'a pas créé un État unitaire construit sur les ruines des royaumes et principautés abolis. Il n'y avait pas eu de révolution et aucune tête couronnée n'était tombée. Les cinq royaumes restaient en place, avec leurs dynasties traditionnelles, mais ils furent coiffés d'institutions supranationales, avec un empereur, un gouvernement central, un parlement national et une monnaie commune : situation comparable dans une certaine mesure à ce qui se passe en Europe aujourd'hui<sup>21</sup>.

Et l'unification du droit allemand comment s'est-elle faite ? La volonté politique et la nécessité économique étaient les forces motrices, mais qu'en était-il des obstacles techniques ? Il y avait évidemment un substrat commun de coutumes germaniques et de doctrine romaine, comme partout sur le continent européen. Ce qui était plus important toutefois c'était le rôle éminent depuis le XVI<sup>e</sup> siècle dans toute l'Allemagne du *jus commune* savant, qui en 1495 était déclaré le droit commun allemand (la *Rezeption*) et était un facteur d'unification, d'abord sous la forme du *usus modernus pandectarum* et ensuite, au XIX<sup>e</sup> siècle, comme le *Pandektenrecht*

<sup>20</sup> Pour plus de détails on verra : R.C. VAN CAENEGEM, *European law in the past and the future. Unity and diversity over two millennia*, Cambridge, 2002, p. 90-103.

<sup>21</sup> R.C. VAN CAENEGEM, *An historical introduction to Western constitutional law*, Cambridge, 1995, p. 217-29.

des professeurs, que j'ai déjà mentionné. C'est ce dernier qui est devenu la pièce maîtresse du *Bürgerliches Gesetzbuch*, tout comme un nouveau *jus commune* pourrait un jour devenir l'ingrédient dominant d'un futur code européen.

Comment ce nouveau code pourrait-il se présenter? Il n'est pas difficile de deviner qu'il y aura un substrat de doctrine romaine, cette *alma mater* de la science européenne depuis plus de deux mille ans. Le code préférera des principes généraux (du type de l'article 1382 du Code civil) au traitement détaillé (comme le code prussien de la fin du 18<sup>e</sup> siècle) et il laissera le champ libre aux variantes nationales, où le *common law* et le *civil law* sont par trop divergents (comme c'est déjà le cas dans le code européen de procédure civile). Il serait amusant si la procédure commune devenait le pionnier du droit civil, tout comme au XII<sup>e</sup> siècle la procédure des brefs royaux était la source du *common law*, qui selon la phrase de Henry Maine était « du droit substantif... secrété dans les interstices de la procédure »<sup>22</sup>. Les Européens pourraient trouver une source d'inspiration dans la vaste entreprise connue comme le *Restatement of the Law*, où les juristes américains ont formulé les traits communs du droit des États-Unis. Les résultats de leurs travaux constituent une sorte de droit commun américain et ont été promulgués comme lois par plusieurs états. Le lecteur se souviendra aussi du *Uniform Commercial Code* américain de 1964.

Que les droits anglais et continental s'accordent mal est un fait bien établi. Les origines de cette diversité sont par contre très discutées. L'Angleterre et le Continent ont tous les fondements de la culture européenne en commun. Le christianisme, l'Antiquité gréco-romaine, le catholicisme et le protestantisme, l'architecture, les arts, la science moderne, les Lumières, le constitutionalisme et le parlementarisme font intégralement partie de leur héritage commun. Ils ont le même A.D.N. Le droit seul échappe à cette règle. Il s'agit d'un état de choses très ancien et d'une déviation du modèle occidental commun qui demande une explication. Certains s'imaginent, assez naturellement, que c'est le *Volkgeist* qui détient la clef du secret : le droit anglais est si différent parce que le caractère anglais est distinct. Il était normal que la nation anglaise ait produit, comme l'expression de son génie propre, un système juridique correspondant à son caractère spécifique. Cette explication me semble toutefois assez simpliste et le *Volkgeist* ressemble plutôt à un fantôme qu'à une réalité, étant un instrument d'explication vague et franchement inutile et qu'on a appelé « un postulat au mieux romantique et au pire métaphysique » et même « le chapeau du prestidigitateur dont on peut retirer tout ce qu'on y a mis auparavant »<sup>23</sup>. De nos jours, nous préférons mettre l'accent sur les circonstances concrètes et précises qui ont entraîné la naissance du *common law*. Ce faisant, on découvre tout d'abord que celui-ci a, pendant des siècles, été un droit foncier et plus précisément un droit féodal. Or la féodalité n'était pas un produit indigène du sol anglais, mais une importation du Continent, introduite par Guillaume le Conquérant et son armée normande.

Nous notons ensuite que la naissance du *common law* peut être datée avec précision du règne du roi Henri II (1154-1189), créateur des cours royales qui administraient un ensemble de normes nouvelles, commun à tout le pays et à base

<sup>22</sup> H.J.S. MAINE, *Dissertations on early law and custom*, Londres, 1883, p. 389, cité par F.W. MAITLAND, *The forms of action at common law*, éd. par A.M. CHAYTOR et W.J. WHITTAKER, Cambridge, 1962, p. 1.

<sup>23</sup> J.H. SCHRAGE, « Why is English law so different? », M. SCHERMAIER et al. (eds.), *Iurisprudentia Universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Cologne, 2002, p. 694.

d'une procédure fonctionnant avec les brefs royaux et le jury. Sa grande innovation conduisant à la modernisation du droit a été effectuée deux ou trois générations avant que les monarchies continentales prennent, elles aussi, le chemin d'un droit évolué, en abandonnant les techniques archaïques du « premier âge féodal ». C'est à ce moment que le droit romain entre en scène. Au XII<sup>e</sup> siècle les universités, sous l'égide de Bologne, ont découvert la grande compilation de Justinien et ont pris le *Corpus Juris* comme base de recherche et d'enseignement. Ce droit néo-romain des savants a lentement pénétré la pratique des cours de justice en commençant par celles de l'Église, et a conduit au cours des siècles au droit de la famille romano-germanique. C'est ici que l'importance de la chronologie saute aux yeux. La modernisation d'inspiration romaine n'a pas affecté les cours de justice continentales avant le XIII<sup>e</sup> siècle, à une époque où les cours royales de Henri II et leur *common law* avaient déjà pris racine et étaient établis solidement. L'Angleterre avait entamé sa modernisation sans l'apport du droit romain tout en se détournant de ses anciennes coutumes locales. La conclusion inéluctable, c'est que la naissance du *common law* résultait d'un accident de chronologie. Si la modernisation du roi Henri II était arrivée deux ou trois générations plus tard, elle aurait probablement suivi le modèle romain comme en France au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>.

Nos observations sur ses origines lointaines ne diminuent en rien le caractère distinctement anglais du *common law*, qui est devenu au cours des siècles l'orgueil des Anglais et le fondement de leurs fortunes. Est-ce à dire que l'abandon du *common law* signifierait la perte d'un élément essentiel de l'identité anglaise (comme l'abandon de la livre sterling pour l'euro signifierait la perte de la souveraineté nationale) ? C'est une question qui mérite qu'on s'y attarde. Qu'est ce que l'histoire nous apprend au sujet du droit et du caractère national ? Elle montre que les *legal transplants* ne nuisent nullement aux réussites de l'histoire nationale : un système juridique étranger peut être absorbé à cause de sa qualité intrinsèque sans dommager la vie de la nation.

Qu'il me soit permis de présenter un exemple qui confirme ma thèse. Le droit romain classique, comme il est présenté dans le *Corpus Juris*, résultait des efforts d'une galaxie cosmopolitaine de juristes, dont seulement un petit nombre étaient Romains de naissance, la grande majorité étant originaires de régions excentriques de l'Empire. Son aboutissement, le *Corpus Juris*, n'a pas du tout été rédigé à Rome, mais à Constantinople, dans une ambiance grecque et non romaine. En passant par les écoles médiévales, cette compilation byzantine est devenue, à la fin du Moyen Âge, le droit national de l'Allemagne, remplaçant les coutumes anciennes, considérées archaïques. Dans cette quatrième demeure le *jus commune* et son successeur le « droit des Pandectes » ont produit le code allemand de 1900. Mais ce n'était pas encore la fin de l'histoire, car le Japon de la Révolution Meiji a repris le dit code allemand comme le droit adapté à ses ambitions de modernité, de sorte que ce droit romano-byzantino-allemand trouvait sa cinquième demeure au pays du soleil levant.

Il est clair que les *legal transplants* ne sont pas un problème insurmontable et qu'un droit européen nouveau pourrait naturellement devenir le droit d'une nouvelle Europe réunie. Il est toutefois indiqué de considérer cette situation dans la lumière

---

<sup>24</sup> C. VAN CAENEGEM, *The birth of the English common law*, Cambridge, 2<sup>e</sup> éd., 1988.

du débat courant sur le globalisme et le nationalisme <sup>25</sup>. L'internationalisme est une attitude positive, puisqu'elle est basée sur notre humanité commune ainsi que sur la technologie et l'économie globales qui déterminent notre vie de tous les jours. Mais la fraternité universelle n'exclut ni le nationalisme ni le régionalisme. Si nous appartenons à l'humanité entière, nous conduisons également notre vie quotidienne dans le contact immédiat avec nos compatriotes qui partagent nos racines historiques et culturelles. Le sentiment national est une valeur naturelle et positive aussi longtemps qu'il ne soit pas un obstacle aux constructions politiques et juridiques qui surmontent nos anciennes divisions : on pourrait citer Edmund Burke qui encourageait les Anglais « à être patriotes sans toutefois oublier d'être des gentlemen ».

## II - L'UNIFICATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL.

L'Europe connaît un passé commun tellement riche qu'il « apparaît que la Providence avait décidé qu'un héritage si propre et convenable pour une bande de frères... ne devait jamais éclater en une quantité de souverainetés asociales, jalouses et étrangères l'une à l'autre ». Il nous appartient dès lors de convaincre nos concitoyens européens que dans une future constitution fédérale « ils n'abandonneraient nullement la souveraineté de leurs États et ne compromettraient aucune de leurs libertés politiques mais, qu'au contraire, ils les garderaient en sauvant leurs nations de l'anarchie », qu'ils ont connue au cours de deux guerres mondiales. Le lecteur sera étonné d'apprendre que les phrases que je viens de citer entre guillemets et qui se rapportent si bien à l'Europe de nos jours et ses problèmes, sont dues, non à un politicien du vieux continent mais à John Jay, écrivant dans *The Federalist Papers* au sujet de la loi fondamentale américaine de 1787. En effet, le leader américain cherchait à convaincre les électeurs de New York qu'une nouvelle constitution fédérale, créant des instances centrales fortes pour l'ensemble des États-Unis, était nécessaire, en vue des déceptions causées par l'union lâche et faible établie par les *Articles of Confederation* de 1776 <sup>26</sup>.

La similitude entre la présente situation européenne et celle de l'Amérique il y a deux siècles est frappante. Dans les deux cas il y avait un ensemble d'États qui partageaient un passé commun et venaient de former une union - les Américains à l'époque de leur Déclaration d'Indépendance et les Européens après la Seconde Guerre Mondiale - mais désiraient aller plus loin, achevant une « union plus parfaite ». Les Américains cherchaient tout particulièrement une politique étrangère plus efficace: comment pouvaient-ils espérer, comme le disait un de leurs chefs, établir une union avec la France contre la Grande-Bretagne, s'ils n'étaient pas capables d'en établir une entre eux-mêmes ? Pour les Américains en 1787, comme pour les Européens de notre époque, la question se posait comment on pouvait établir

---

<sup>25</sup> Voir l'intéressante collection de communications dans G. THERBORN *et al.* (eds.), *Globalizations and modernities. Experiences and perspectives of Europe and Latin America*, Stockholm, 1999 (textes présentés lors d'une Conférence à Buenos Aires dans l'été des 1998 sous les auspices du Conseil Suédois pour la Planification et la Coordination de la Recherche). La section consacrée aux cultures juridiques est de la main du professeur K.-Å. MODEER

<sup>26</sup> Paroles de Jay citées par T. HELFMAN, « The Law of Nations in The Federalist Papers », *Journal of Legal History*, 23, 2002, p. 107. Voir sa biographie récente dans W. STAHR, *John Jay : Founding Father*, Londres, 2005.

une union solide et efficace sans sacrifier la diversité, l'identité et l'autonomie des États existants et sans créer un super-État oppressif et hypercentralisé<sup>27</sup>. La solution était - et reste - le gouvernement de forme fédérale, où l'on trouve une entité politique qui réunit dans une unité nouvelle un nombre d'États (partageant un gouvernement, un parlement, une constitution et une cour suprême) et qui est compétente pour les affaires étrangères, la monnaie, la défense, les libertés constitutionnelles et le bien-être public. Ce pays fédéral abandonne toutes autres matières aux citoyens des États ou des régions qui le composent, chacun gardant sa propre identité, gouvernement, parlement, lois et cours de justice<sup>28</sup>.

Est-il raisonnable de comparer notre Europe avec l'Amérique du dix-huitième siècle et même de tirer des leçons de l'expérience centenaire outre-atlantique ? Les pessimistes objecteront que « le passé est un pays étranger », que c'est un anachronisme pour l'homme moderne de tirer des leçons d'un passé ancien et que, comme disait René Descartes, la curiosité exagérée concernant les pratiques d'un âge révolu peut conduire à l'ignorance des problèmes du présent. Les optimistes répondront que nous n'avons pas affaire ici à un Moyen Âge ou une Antiquité lointains et exotiques, mais à des Américains progressistes du siècle des Lumières, dont la vision a une résonance familière pour les Européens de notre temps.

Le fédéralisme américain, établi par la Constitution de 1787, signifiait une percée dans l'histoire mondiale. Dans le passé les grands royaumes et empires avaient été fondés sur la conquête et l'assimilation d'éléments existants, qui se trouvaient forcés dans l'uniformité des *superstates* historiques. On n'avait le choix qu'entre la diversité anarchique et l'unité (avec *Gleichschaltung* et oppression). Le fédéralisme était un moyen de combiner unité et sécurité avec liberté et diversité. L'expérimentation américaine – car telle elle était – n'avait des antécédents ni dans l'Antiquité ni dans les royaumes européens. Néanmoins elle ne constituait pas une innovation totale, car elle avait un modèle et un précurseur, dont les Américains avaient conscience, dans la République néerlandaise des Provinces-Unies. Lors de la Révolte des Pays-Bas contre l'absolutisme du roi d'Espagne, Philippe II, les provinces du nord (correspondant environ au présent Royaume des Pays-Bas) ont échappé à la reconquête espagnole et établi leur propre république, dont la souveraineté fut formellement reconnue par les grands pouvoirs en 1648. Cette république n'était pas une nation-État unitaire, avec un président, mais une république fédérale, comprenant sept « provinces unies », qui étaient souveraines, mais partageaient des institutions communes pour les affaires étrangères et maritimes, ainsi que la monnaie et la défense. La République a duré de la fin du seizième à la fin du dix-huitième siècle et fut un grand succès. Elle inspirait les révolutionnaires d'outre-Atlantique beaucoup plus que la Confédération suisse, qui groupait des cantons souverains et ne devint un État fédéral qu'en 1848, mais les Américains avaient noté les points faibles du modèle néerlandais et s'efforçaient consciemment à renforcer les organes centraux de leur jeune république.

Le précédent néerlandais est instructif, puisqu'il va à l'encontre des remarques

<sup>27</sup> Pour un récent tour d'horizon par un éminent politicien et savant on verra M. EYSKENS, « L'Europe : une fédération confédérale », *Revue Générale*, 138, janvier 2003, p. 17-32.

<sup>28</sup> Voir l'analyse compréhensive par un éminent spécialiste de l'Union Européenne dans sa présente constellation post-nationale: W. VAN GERVEN, *The European Union. A polity of states and peoples*, Stanford U. Press, 2005.

négligentes faites par certains politiciens européens, que le fédéralisme est une invention américaine, une importation de l'étranger et par conséquent mal adapté au vieux continent.

Certains lecteurs se demanderont d'où venait l'inspiration pour l'État fédéral hollandais. S'il faut en croire l'éminent auteur d'une histoire vraiment encyclopédique de la République des Provinces Unies, Jonathan Israel, l'État néerlandais fédéral est apparu à l'improviste, comme Ève d'une côte d'Adam ou la déesse Athéna de la tête du dieu Zeus<sup>29</sup>. Je crois, au contraire, que la République néerlandaise et son gouvernement fédéral étaient l'héritage et la continuation des Dix-Sept Provinces de l'empereur Charles Quint : fait historique qui ne diminue nullement les mérites de la République qui était une des gloires de l'Europe moderne. En effet, une analyse sans préjugé montre que celle-ci consistait simplement des sept provinces septentrionales des anciens Pays-Bas bourguignons et Habsbourg, qui avaient échappé à l'offensive de Philippe II. Les Sept Provinces conservaient leurs identités et leurs organes gouvernementaux et judiciaires propres, tout en partageant certaines instances centrales et un élément quasi-monarchique en la personne du stathouder de la maison d'Orange (fonction datant de l'époque de Philippe II). À l'exception de la monarchie sacrée de l'époque des Habsbourgs, la République continuait la forme fédérale du gouvernement des Dix-Sept Provinces de Charles Quint et de Philippe II. Ce nouvel État-nation, perçu comme tel par toute l'Europe, plongeait ses racines dans l'amalgame de duchés et de comtés dans le nord de la France et l'ouest de l'Allemagne que les ducs de Bourgogne (une ligne collatérale de la royauté française) avaient réunis à partir de la fin du quatorzième siècle. Aux origines, ces territoires – Flandre, Brabant, Hollande, Zélande, Hainaut, Luxembourg etc. – ne formaient qu'une union personnelle sous un prince commun appartenant d'abord à la Maison de Bourgogne et ensuite à celle de Habsbourg. Graduellement ces souverains communs créaient des institutions centrales qui coiffaient les provinces sans toutefois les abolir ou éliminer leurs anciennes structures et droits coutumiers. Il n'y avait pas question d'un royaume unitaire des Pays-Bas, mais quand Charles Quint introduisait, par une Pragmatique Sanction, une loi de succession uniforme pour toutes ses terres d'en deça, il était évident qu'une nouvelle nation européenne, représentée par le *Leo Belgicus* dans les gravures de l'époque, était née.

Les terres «belges» de Charles Quint consistaient en dix-sept provinces qui gardaient leur propre identité et nationalité (en Brabant les offices publics étaient réservés aux personnes nées dans le duché), leurs propres cours de justice, gouvernement et parlement (les états provinciaux). Mais l'ensemble était coiffé d'institutions communes, siégeant à Bruxelles ou Malines, notamment les trois conseils collatéraux créés par Charles Quint pour l'administration et le Grand Conseil de Malines comme cour d'appel suprême. Cet État fédéral était, à part le sommet monarchique, le précurseur complètement développé de la République septentrionale dont les «pères fondateurs» auraient préféré, soit dit en passant, garder la monarchie, mais avaient échoué dans leurs efforts pour trouver une personnalité de sang royal convenable.

Notre regard sur le passé a montré que le fédéralisme américain a des racines

---

<sup>29</sup> J. ISRAEL, *The Dutch Republic. Its rise, greatness and fall, 1477-1806*, Oxford, 1995, p. 276.

dans l'expérience européenne plus profondes qu'on ne le soupçonne souvent<sup>30</sup>. En dépit de ces bases anciennes et du succès de la République des Provinces Unies, il est vrai que la forme fédérale n'a pas été reçue chaleureusement dans l'Europe de l'Époque Moderne. Le Royaume des Pays-Bas, établi au début du dix-neuvième siècle, a renoncé à son passé fédéral et républicain pour devenir une monarchie unitaire. En France, le terme même de fédéralisme est suspect et est devenu, depuis la République jacobine, presque une injure, dénotant l'affaiblissement sinon la trahison de l'État et des « valeurs républicaines ». La France révolutionnaire connaissait un « crime de fédéralisme », expression qu'on trouve, par exemple, dans une instruction du 3 brumaire An III envoyée par le Comité de législation aux administrateurs du département de l'Orne à Alençon, expliquant qu'il n'y avait qu'une seule loi pour toute la République et que la référence aux anciennes coutumes consisterait à « rompre l'Unité, et serait un véritable crime de fédéralisme »<sup>31</sup>. Charles-Victor Langlois a mis le doigt sur la plaie lorsqu'il écrivait que le fédéralisme existait « pour les Anglo-Saxons » et qu'il n'avait « guère de chance pour des raisons historiques de s'acclimater en France »<sup>32</sup>. Ce qui est étrange, c'est que ce fédéralisme anglo-saxon était entièrement inconnu en Angleterre. Il n'y était pas décrié, comme en France, il y était inexistant. Dès le dixième siècle, l'Angleterre a été une nation-État unitaire. Au dix-huitième, le Royaume-Uni avait un roi, un gouvernement et un parlement. Et même de nos jours ce qui arrive en Écosse et au Pays de Galles n'est pas appelé « fédéralisme » mais « *devolution* ». Ce qui rend les choses encore plus compliquées, c'est que le terme anglais *federalism* signifie exactement l'opposé du terme français fédéralisme. Pour les politiciens anti-européens anglais *federalism* dénote le grand *superstate* centralisé européen. La raison est qu'ils connaissent l'histoire américaine, où le Parti Fédéraliste favorisait un pouvoir central fort. Pour les Jacobins, au contraire, le fédéralisme était associé à l'autonomie provinciale et une perte de pouvoir de la part des clubs révolutionnaires parisiens. Il n'est dès lors pas étonnant que la présente polémique sur l'Europe fédérale ressemble fort à un dialogue de sourds.

Il y a, en dépit de tout, quelques éléments positifs à signaler. Je pense notamment à la République Fédérale Allemande, un succès européen encourageant pour les adhérents du gouvernement fédéral. Le Saint Empire Romain – l'ancien Reich – n'était pas un État fédéral et personne ne sait ce qu'il était au vrai<sup>33</sup>. Mais la République de Weimar, inspirée par l'exemple américain, l'était sans aucun doute, et tel est le cas de la République Fédérale de nos jours, qui est peut-être

<sup>30</sup> Voir sur cette problématique R.C. VAN CAENEGEM, *Historical considerations on judicial review and federalism in the United States of America with special reference to England and the Dutch Republic*, Bruxelles, 2003 (Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, Academiae Analecta, N.R. 13), p. 27-34.

<sup>31</sup> Passage cité dans C. BLOCH et J. HILAIRE, « Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire », *Études offertes au professeur J. Th. de Smidt*, Amsterdam, 1988, p. 34.

<sup>32</sup> *Grande Encyclopédie*, XVII, p. 117.

<sup>33</sup> En septembre 2001, l'Institut d'Histoire Européenne à Mayence a consacré une conférence à la constitution de l'ancien Reich. Les textes des communications ont été publiés sous la direction de M. SCHNETTGER dans un volume intitulé *Imperium Romanum - irregulare corpus - Teutscher Reichs-Staat. Das Alte Reich im Verständnis der Zeitgenossen und der Historiographie*, Mayence, 2002 (Veröffentlichungen des Instituts für europäische Geschichte, Mainz, Beiheft 57).

appelée à jouer un rôle pionnier dans la discussion qui bat son plein sur l'avenir constitutionnel du vieux monde. Une future Europe fédérale ne sera pas une copie du modèle allemand, pour cela les histoires nationales sont trop divergentes, mais il serait étonnant si l'impact allemand n'était pas considérable. Le passé aussi bien que la réalité actuelle sont pleins de leçons pour les architectes qui tracent les plans d'une fédération européenne.

## TABLE DES MATIÈRES

**PRÉFACE** de Anne LEFEBVRE-TEILLARD, Président de la S.H.D.....7

**INTRODUCTION** par Jacques POUMAREDE.....9

### I - PRÉCURSEURS

Henri GILLES, La place de l'histoire du droit dans l'œuvre des juristes toulousains du XIII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle.....23

Gérard GUYON, L'invention érudite bénédictine (mauriste) de l'histoire du droit...33

Jean-Louis THIREAU, Un historien du droit au grand siècle: Eusèbe-Jacob de Laurière.....47

Xavier GODIN, *L'Histoire du Droit français* de l'abbé Claude Fleury (1674).....61

Maria Gigliola DI RENZO VILLATA, Gabriel Verri et la "passion" pour l'histoire du droit.....77

Jacqueline DAVID-MOREAU, Claude-Joseph de Ferriere, un précurseur ?.....97

### II - XIX<sup>e</sup> siècle

#### FONDATION D'UNE DISCIPLINE

Frédéric AUDREN, Ecrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837).....113

Christian CHENE, L'histoire du droit par la biographie selon Charles Guillaume Hello et sa *Philosophie de l'histoire de France*.....135

Philippe NELIDOFF, Les premiers historiens du droit toulousains (1850-1904)....147

Marc MALHERBE - l'histoire du droit à la Faculté de Bordeaux au XIX<sup>e</sup> siècle...165

Marie-Yvonne CREPIN, Deux historiens des institutions et du droit de la Bretagne : Marcel Planiol et Edmond Durtelle de Saint-Sauveur.....195

Fred STEVENS - Histoire du droit et nationalisme en Belgique au XIX<sup>e</sup> siècle....205

Maria Rosa DI SIMONE, Les débuts et le développement de l'histoire du droit en Autriche.....219

Mircea Dan BOCSAN, Démètre Alexandresco, historien du droit et fondateur de la doctrine civiliste roumaine moderne.....231

**III - FIGURES ET CONTROVERSES**

Jean HILAIRE, Les orientations de l'historiographie de droit prive entre 1850 et 1950.....	239
Jean-Louis HALPERIN, La première génération d'agrégés d'histoire du droit.....	259
Hervé LE ROY, Jean-Baptiste Brissaud, un juriste positiviste entre sociologie et anthropologie.....	267
Jean-Marie AUGUSTIN, Georges Vacher de Lapouge : de l'histoire du droit à l'anthroposociologie.....	283
Nader HAKIM, Julien Bonnecase : historien de la science juridique.....	293
Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE - Marcel Proust, le droit, l'histoire du droit.....	305
Marie Bernadette BRUGUIERE, Jean Dauvillier, historien du droit.....	321
Olivier VERNIER, Aubenas, un méridional au service de l'histoire du droit.....	339
Fernando DE ARVIZU, <i>Histoire et Droit</i> : Considération rétrospective d'une polémique espagnole.....	351
Rosalia RODRIGUEZ LOPEZ, Des historiens pour l'histoire agraire romaine.....	361

**IV - REVUES, SOCIÉTÉS SAVANTES  
ET CHANTIERS DE RECHERCHES.**

Yann-Arzel DURELLE-MARC, La <i>Revue bretonne de droit et de jurisprudence</i> de F. Laferriere (Rennes, 1840-1842) et l'Ecole historique française du droit.....	375
Pierre BODINEAU & FRANÇOISE FORTUNET, <i>Les Mémoires de la Société pour l'histoire du droit des anciens pays bourguignons</i> .....	391
Robert FEENSTRA, l'Histoire d'une revue d'histoire du droit.....	403
Gian Savino PENE VIDARI, Les revues italiennes d'histoire du droit médiéval et moderne.....	411
Olivier THOLOZAN, La problématique de l'histoire du droit du travail dans la <i>Revue d'Economie politique</i> à la Belle Epoque.....	423
Norbert OLSZAK, L'histoire du droit dans la <i>Revue progressiste de droit français</i> de Gérard Lyon-Caen (1952-1956).....	433

TABLE DES MATIERES

Jean-Marie CAUCHIES, Répertoire et éditer des chartes de franchises : réflexions historiographiques à la lumière d'une expérience collective.....441

Germain SICARD, Jean Maillet et la recherche collective en histoire du droit.....451

**V - RÉFLEXIONS ET PROSPECTIVE**

Sylvain SOLEIL & Christophe CAMBY, Histoire du droit et linguistique. Réflexions autour des mots *wergeld* et *monarchie administrative*.....461

Rui DE FIGUEREIDO MARCOS, Réflexions sur la compréhension actuelle de l'histoire du droit.....481

Raoul VAN CAENEGEM, Considérations historiques sur l'unification du droit européen.....489

**TABLE DES MATIÈRES**.....503

