

LE DROIT ROMAIN « DROIT COMMUN DE LA FRANCE »

Jacques Krynen

Presses Universitaires de France | « Droits »

2003/2 n° 38 | pages 21 à 36

ISSN 0766-3838

ISBN 9782130538769

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-droits-2003-2-page-21.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

LE DROIT ROMAIN
« DROIT COMMUN DE LA FRANCE »

On sait la fascination exercée par les compilations justiniennes sur les premiers glossateurs : *ratio scripta, jus per excellentiam, lex generalis omnium*... La conviction s'est ensuite répandue dans les Facultés juridiques et au-delà que ce colossal matériau antique, constamment retravaillé et adapté aux besoins de l'époque par les docteurs en droit civil et en droit canonique, constituait un *jus commune*, un « droit commun » bien distinct et surtout bien supérieur aux statuts, coutumes et privilèges ne formant, eux, que des *jura propria* ou *specialia*¹. Bartole et ses épigones n'ont pas cessé d'œuvrer à la promotion doctrinale et pratique de ce *jus commune*, accentuant la vocation du droit savant à fournir principes, définitions, règles et techniques valant universellement². Tout droit d'origine locale doit y être confronté, et en l'absence de disposition particulière la loi romaine s'applique directement en sa qualité de droit commun³.

1. Parmi les ouvrages les plus récents, M. Bellomo, *L'Europa del diritto commune*, Rome, 1994. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Rome, 2 vol., 1994 et 1995. A. Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa*, I, *Il medioevo*, Padoue, 1995. M. Ascheri, *I diritti del medioevo italiano, secoli XI-XV*, Rome, 2000. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, notamment le chapitre intitulé « Les droits savants, droit commun de l'Europe (XII^e-XV^e s.) », p. 137-185.

2. Universellement, non pas exclusivement, ni uniformément partout. Le *jus commune* « se présente comme un langage commun dont les termes peuvent s'appliquer à une variété de pratiques normatives ». L. Mayali, « Mythes et réalité de la renaissance juridique au XII^e siècle », *El Dret comú i Catalunya. Ius proprium-ius commune a Europa*, A. Iglesia Ferreirós (dir.), Barcelone, 1993, p. 202. Du même auteur, « *Ius civile* et *Ius commune* dans la tradition juridique médiévale », *Droit romain, jus civile et droit français*, J. Krynen (dir.), Presses de l'Univ. des sciences sociales de Toulouse, 1999, p. 201-217. Pour une illustration de cette plasticité, R. H. Helmholz, *The Ius commune in England. Four studies*, Oxford Univ. Press, 2001.

3. M.-F. Renoux-Zagamé, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 10-11 (1990), p. 133-152.

Le rayonnement médiéval de ce droit sans frontières, mis en évidence il y a un demi-siècle par Francesco Calasso¹, les historiens du droit, en France, ont eu longtemps tendance à en douter². Dans un célèbre article paru en 1960, Pierre Petot, examinant les emplois de l'expression « droit commun » chez quelques auteurs coutumiers, principalement Beaumanoir, et s'appuyant sur quelques précoces arrêts du Parlement, estimait qu'ils ne renvoyaient qu'à une réalité purement coutumière, non aux règles romaines. Ne s'autorisant que « des conclusions prudentes et provisoires », il voyait là cependant le départ, dès le XIII^e siècle, d'une prise de conscience d'une unité foncière des coutumes par-delà leur apparente diversité. L'on aurait donc très tôt cherché en France le « droit commun » dans les coutumes elles-mêmes³. Si l'on a par la suite réalisé tout ce que l'érection de la coutume au rang de norme opératoire, et du *jus consuetudinarium* en tant que système, devaient au droit romano-canonique⁴, ce n'est que récemment que Gérard Giordanengo, élargissant la recherche à d'autres sources, a montré non seulement que les jurisconsultes formés à Orléans, Toulouse ou Montpellier n'ont pas donné au *jus commune* une signification différente de celle de leurs homologues italiens, mais aussi qu'au témoignage de nombreux actes de la pratique, voire même des styles coutumiers, on ne peut plus soutenir que *jus commune* ou « droit commun » aient pu, en terre capétienne, désigner généralement autre chose que le droit écrit. « Les juristes d'alors, tout en niant (...) que son utilisation puisse signifier une quelconque soumission à l'Empire, considéraient le droit des Compilations comme la raison écrite et le droit commun de la

1. Voir en particulier son *Medioevo del diritto*, I, Milan, 1954.

2. Par contraste avec leurs collègues italiens, certes, mais aussi allemands, néerlandais, espagnols... Sur quelques raisons de fond, P. Legendre, « La France et Bartole », *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milan, 1961, I, p. 131-172.

3. « Le droit commun en France selon les coutumiers », *RHDFE*, 38 (1960), p. 412-429.

4. Voir dans les *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, 1990, 2^e partie, *La coutume*, les contributions de J. Gaudemet, A. Gouron, L. Mayali et J. Poumarède. Également L. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, Leyde, 1984. A. Gouron, « Sur les origines de l'expression droit coutumier », *Glossae*, 1 (1988), p. 179-188 (aujourd'hui dans *Droit et coutumes en France aux XII^e et XIII^e siècles*, Aldershot, 1993, n^o XIX) ; à compléter avec l'étude de F. Roumy, « *Lex consuetudinaria. Jus consuetudinarium*. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier aux XI^e et XII^e siècles », *RHDFE*, 79 (2001), p. 257-291. Pour une critique de l'idéalisation de la coutume, longtemps caractéristique de l'historiographie juridique française, J. Krynen « *Voluntas domini regis in regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », *El Dret comú i Catalunya*, A. Iglesia Ferreirós (dir.), Barcelone, 1998, p. 59-89 (repris en grande partie dans « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales (XIII^e-XV^e s.)*, 7 (2000), p. 171-187.

France. »¹ Voilà qui confirme, si besoin était, le phénomène d'appropriation du droit romain aux derniers siècles du Moyen Âge. Notre pays n'y a pas échappé². Balde ne faisait-il pas observer que les Français de son temps « *non allegant constitutiones imperatorum, quia imperatorum, sed quia sunt naturales et bonae* » ? Et comme l'a si bien écrit Pasquier, « nous avons naturalisé en nostre France le Droit Civil des Romains »³.

Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XVI^e siècle, dans le contexte de la rédaction et de la réformation des coutumes, et de l'essor concomitant de la législation royale, que jaillissent et grandissent l'idée et la notion de « droit français »⁴. C'est alors seulement, dans un royaume désormais nettement réparti en deux espaces juridiques, qu'en pays de coutumes le droit écrit se voit contesté en tant que droit commun. Tandis que l'Empire germanique reçoit officiellement le droit romain⁵, en France on commence à faire passer ce droit pour étranger au pays. Prenant à contre-pied la doctrine antérieure, Charles Du Moulin lance le mouvement faisant envisager pour seul droit commun dans la partie septentrionale du royaume le « droit commun coutumier », un droit qu'après la réformation de la coutume de Paris en 1580 nombre d'auteurs identifieront avec celui de la capitale⁶. Toutes les conditions intellectuelles et idéologiques sont alors réunies pour que se développe un authentique nationalisme juridique⁷. À tout le moins, laisser subsister la doctrine médiévale du *jus commune*, soit continuer d'appliquer le droit romain comme droit général et subsidiaire en cas de défaillance ou d'obscurité de la coutume, eut été laisser se poursuivre la romanisation juridique du royaume dans les provinces du Nord. Pour une foule de juristes de tout acabit, il n'existe plus aucune obligation de recourir à ce droit, fût-ce à titre supplétoire, ni

1. « *Jus commune et droit commun en France du XIII^e au XV^e siècle* », *Droit romain, jus civile et droit français*, ouvr. cité, p. 232-233.

2. J. Krynen, « Droit romain et État monarchique. À propos du cas français », *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, J. Blanchard (dir.), Paris, 1995, p. 13-23. J.-M. Carbasse, ouvr. cité, p. 228 et s.

3. *In codicis libros commentaria*, à la loi *Nemo* (C. 7, 45, 13) ; cité par A. Guzmán, *Ratio scripta*, Francfort, 1981, p. 56. *Les recherches de la France*, M.-D. Fragonard et F. Roudaut (dir.), III, Paris, 1996, p. 1876 (liv. 9, chap. 39).

4. L'expression « droit français » apparaît (première occurrence ?) dans le *Traité de la réformation de la justice* de Michel de l'Hospital (1560). B. Basdevant-Gaudemet et J. Gaudemet, *Introduction historique au droit, XIII^e-XX^e siècles*, Paris, 2000, p. 166.

5. M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne, 1600-1800*, Paris, 1998.

6. J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1556)*, Genève, 1980, p. 91 et s. V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, 1962.

7. J.-M. Carbasse, G. Leyte et S. Soleil, *La monarchie française du milieu du XVI^e siècle à 1715. L'esprit des institutions*, Paris, 2000, p. 181-197. B. Basdevant-Gaudemet et J. Gaudemet, ouvr. cité, p. 262 et s.

même de le prendre pour critère du caractère raisonnable ou « odieux » de telle ou telle disposition coutumière. Dans la France coutumière, pour ne citer que Coquille, « le droit civil romain n'est pas le droit commun »¹. Mais la marche en avant de la doctrine du droit commun coutumier n'a jamais sonné le départ du droit français de la grande famille des droits romanistes. Les vitupérations antitriboniennes d'un Hotman n'ont pas plus dissuadé de grandes figures de la science juridique, de Doneau à Pothier en passant par Domat, de toujours concevoir le droit romain comme la référence valable en tout temps et en tout lieu, comme le siège de l'équité, l'expression la plus pure du droit naturel, le socle de toute construction normative. L'École jusnaturaliste a perpétué tout en la renouvelant la conception universaliste du droit forgée par les romanistes médiévaux². Quant aux plus ardents sectateurs de la doctrine du droit commun coutumier, refusant pour cause d'extranéité toute primauté au droit romain, eux-mêmes n'en ont pas moins recouru à lui tant dans leur réflexion théorique que dans leur recherche de solutions concrètes. Voilà qui est bien certain et bien connu³.

Moins appréciées, en revanche, l'ampleur et la durée des réactions suscitées par la vague antibartoliste. Réactions passionnées, qui montrent des professeurs, des magistrats, des avocats s'inscrire en faux contre la quête jugée artificielle d'un droit commun coutumier, plaider, contre toute idée d'un droit purement national, le maintien du droit romain comme droit commun de la France. L'opposition, probablement exagérée, en tout cas vite accréditée par Coquille entre les présidents Lizet et De Thou, l'un partisan de tenir le droit romain pour droit commun en France, l'autre « seulement » pour raison écrite⁴, ne rend que faiblement compte d'une querelle qui, loin de s'être assoupie, est

1. Sur la promotion du droit commun coutumier, voir notamment J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, 2001, p. 69-111.

2. M.-F. Renoux-Zagamé, « Domat, le salut et le droit », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 8 (1988), p. 69-111.

3. Cf. P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An Mil au Code civil*, Paris, 1985, p. 132-164 notamment. J.-M. Thireau, *Introduction historique au droit*, p. 212 et s. Pour des exemples d'érosion doctrinale et pratique du droit coutumier, G. Guyon, « Bernard Automne, juriste bordelais (1576-1666) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 20 (1999), p. 197-224. Du même, « Les annotations de la coutume de Bordeaux et la romanisation du droit pénal », *Droit romain, jus civile et droit français*, p. 297-328. Dans le même ouvrage, J. Poumarède, « Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du Parlement de Bordeaux », p. 329-345. Pour une instructive mise au point des orientations de la doctrine française, J.-L. Thireau, « L'alliance des lois romaines avec le droit français », *ibid.*, p. 347-374. On lira avec grand profit, sur la systématisation du *ius commune* en Europe, I. Bircocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turin, 2002.

4. *Les coutumes du pays et comté de Nivernois*, début.

allée grandissant tout le long des XVII^e et XVIII^e siècles¹. Dans son *Histoire du droit français* (1674), l'Abbé Fleury remarquait : « De sçavoir si le droit romain est le droit commun en païs coûtumier, pour les cas qui ne sont point exprimez par les coûtumes ; c'est une question fameuse agitée par les sçavans des derniers temps : le president Lizet tenoit l'affirmative, le president de Thou la négative, et je ne sçache pas qu'elle soit encore décidée. »² Preuve qu'elle ne l'était pas³, et pas près de l'être, le démontre ce plaidoyer fougueusement romaniste, placé en tête de la quatrième édition des *Œuvres* de Claude Henrys (1708), rédigé par l'avocat au Parlement Barthélémy-Joseph Bretonnier : *Préface contenant l'éloge du droit romain et une dissertation pour montrer que le droit romain est le droit commun de la France*⁴. La vingtaine de pages qu'occupe cette « préface » mérite considération. Bretonnier n'est pas un juriste de second rang⁵, au demeurant, placé en exergue des œuvres d'Henrys, ce copieux manifeste ne pouvait au XVIII^e siècle passer inaperçu. Il a incontestablement résonné large⁶, il a surtout été utile à de grands juristes eux aussi mis en demeure, face à la recrudescence des attaques⁷, d'argumenter haut et fort. Mais découvrons cette *Préface*.

1. On se reportera à l'étude, rarement citée dans les travaux français, de V. Guizzi, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo » *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 38, fasc. 1 (1969), p. 1-46.

2. *L'Histoire du droit français* de Claude Fleury, publiée sans nom d'auteur en 1674, réimprimée en 1682, fut dix ans plus tard insérée par Argou en introduction à son *Institution au droit français*, longtemps confondue avec celle de l'Abbé. Cf. *Institution au droit français* par Claude Fleury, publiée par E. Laboulaye et R. Dareste, t. I, Paris, 1858, p. XI et XVII. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 301-302. La citation est extraite de l'édition d'Argou de 1692, p. 83-84.

3. Il est révélateur qu'Arthur Duck, dans son *De usu et autoritate juris civilis romanorum, per dominia principum christianorum* (1653), consacre plusieurs chapitres à l'applicabilité du droit romain en tant que droit commun, et qu'il y fasse grand cas de la controverse en France. Également révélatrice la traduction française publiée à Paris en 1689. Cf. A. Wijffels, « Arthur Duck et le *ius commune* européen », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 10-11 (1990), p. 199 et 210-211.

4. Dans *Œuvres* de M. Claude Henrys, t. I, Paris, 1708, début (non paginé).

5. Son *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit* (1718) connut cinq éditions. Il fut très utilisé par d'Aguesseau pour la préparation de ses ordonnances. Il avait précédemment produit une *Conférence de la jurisprudence de tous les pays de droit écrit du royaume*. Cf. A.-J. Arnaud, ouvr. cité, p. 73, n. 199, et p. 306-307.

6. Notation d'un juriste bourguignon : bien que le droit écrit puisse être considéré comme « le véritable droit commun de la France ainsi que le bretonnier l'établit en sa préface sur henris (...), le droit costumier général de la France mérite assez d'être préféré à toutes les règles du droit romain ». Cité par J. Bart, « Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIII^e siècle », *MSHDB*, 28 (1967), p. 148-149.

7. Celles de Boucher d'Argis et de bien d'autres, avant et après le Code civil. W. Wolodkiewicz, « Affaire Hulot », *RHD*, 73 (1995), p. 333-347. X. Martin, « Images

« Mon dessein dans cette préface est, 1 / De faire voir l'excellence et l'utilité du droit romain. 2 / De prouver que le droit romain est le droit commun de toute la France. 3 / Qu'il doit servir de loi dans les païs coutumiers au défaut des ordonnances et des coutumes. 4 / Que les coutumes ne peuvent pas servir de droit commun à cause de leur diversité et de leur contrariété. 5 / Que les maximes du droit coutumier en général ne peuvent pas composer le droit commun de la Nation, parce que la plûpart sont opposées aux loix et aux mœurs des premiers François. 6 / Je répondrai aux objections que l'on fait ordinairement sur cette matière... »¹

Ces six « propositions », étalées sur quinze pages, Bretonnier les renforce d'une série de *Preuves*, sous forme de notes (pas moins de 95 sur 4 pages en petits caractères) garnies de citations avec renvois précis aux sources. Ce rassemblement final des « preuves », destiné à l'allègement du discours, a tout autant été voulu, insiste-t-il, « pour faire connaître à ceux qui entreprendront de combattre ma proposition, qu'il faut auparavant qu'ils déclarent la guerre à tout ce que l'Antiquité a de plus vénérable ; et qu'ils fassent le procez à tous les heros du Palais »². C'est donc fort d'un dossier et d'une méthode rigoureusement scientifiques que cet avocat au Parlement prétend dénoncer les erreurs de ceux qui en pays de coutumes refusent au droit romain son rôle de droit commun. Que tout démontre qu'ils se fourvoient est le dessein qui traverse ses six propositions. Tout : les autorités et la jurisprudence, les volontés royales, la sauvage origine des coutumes.

LES AUTORITÉS ET LA JURISPRUDENCE

L'excellence du droit romain ? « Je n'aurai pas beaucoup de peine à établir la première proposition : tout ce qu'il y a d'habiles gens au Palais sont d'accord sur ce point ; il n'y a personne qui ne soit persuadé que la science du droit romain est absolument nécessaire aux magistrats et aux avocats qui veulent s'acquitter dignement de leur emploi ; car ce n'est que dans cette source féconde où l'on puise les principes de l'équité naturelle, les préceptes du droit des gens, et les règles de la

négatives de la Rome antique et du droit romain (1789-1814) », *Droit romain, jus civile et droit français*, p. 49-66. En dernier lieu, R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milan, 2002.

1. P. I. Hormis les majuscules, nous conservons l'orthographe de l'éditeur.
2. P. XVI.

jurisprudence universelle, suivant lesquelles l'on peut former des raisonnements solides et tirer de justes conséquences pour décider toutes les affaires qui peuvent naître parmi les hommes : d'ailleurs les livres du droit renferment un nombre infini de décisions particulières, très judiciaires, que l'on peut appliquer et étendre à tous les cas qui se présentent ; il y a plus, la science du droit sert également pour éclairer l'esprit et pour rectifier le cœur ; elle communique tout ensemble la lumière à l'entendement, et la droiture à l'âme ; elle apprend à régler les mœurs, et à remplir les devoirs de la société civile. Enfin, suivant le témoignage de tous les grands hommes, c'est le chef-d'œuvre de la justice, de la sagesse et de la prudence humaine. »¹ Cette manière d'exhausser à l'extrême les propriétés utilitaires autant que spirituelles du droit romain, qui remonte à la Glose², Bretonnier nous montre par citations successives qu'y ont sacrifié Du Moulin, Cujas, Mornac, Coquille, Le Caron, Loyseau, Colombet³.

Plus vaste surgit ensuite son recensement des juristes modernes ayant clairement désigné le droit romain comme le droit commun du royaume : les présidents Gilles Le Maistre et Lizet, Gilles Bourdin, Jérôme Bignon, Omer Talon, Jean Du Tillet, Du Moulin, Tiraqueau, Chasseneux, Pierre Rebuffe, Pontanus, Choppin, Le Caron, Fontanon, Mornac, Loysel, Loyseau, Tronçon, Ricard, Marion, Gautier et l'avocat Le Maistre⁴. Bretonnier, dont les citations sont exactes, a également beau jeu de relever les contradictions de l'« oracle du droit coutumier » et de Choppin qui, dans leurs commentaires, ont effectivement considéré parfois que dans les cas omis par la coutume il fallait décider selon le droit romain⁵. De Thou contre Lizet ? Ce fut une noble dispute : « Mais à dire vrai ce n'étoit là qu'une dispute de nom, car Monsieur De Thou convenoit que dans tous les cas omis par les coutumes, il falloit se régler suivant la disposition du droit, comme étant l'ouvrage de la raison la plus parfaite ; c'est dans cet esprit que dans plusieurs coutumes, à la réformation desquelles ce sçavant magistrat a présidé, il a fait inserer que dans les cas omis l'on suivroit la raison écrite. Je trouve même que Monsieur De Thou faisoit plus d'honneur au droit que Monsieur Lizet ; car l'on peut ignorer et s'écarter quelquefois du droit commun ; mais jamais il n'est permis d'ignorer ni de

1. P. I.

2. Pour des exemples, E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Rome, 2000, p. 229 et s.

3. P. I-II.

4. P. VII-VIII.

5. P. VI. Sur ces incohérences, J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, p. 93-94 et 100-107.

s'écarter de la raison. »¹ Incohérente et surfaite, telle apparaît bien à notre auteur la doctrine du droit commun coutumier.

Et même illicite, eu égard à toutes ces coutumes qui prévoient expressément de pallier leurs lacunes par le droit romain, celle de Bourgogne, de Flandre, d'Auvergne et de Berry. Eu égard aussi à celles de Melun, Sens, Étampes, Orléans et Tours, qui dans nombre de leurs articles prescrivent d'user de la raison écrite. Certes, celle de Paris et bien d'autres ne renvoient jamais à l'une ou l'autre de ces synonymes appellations. Un tel silence a fait croire à quelques-uns que les juges ont la liberté de juger comme il leur plaît². Ne faut-il pas alors interroger la jurisprudence ?

« Ma quatrième preuve est fondée sur les arrêts du Parlement de Paris. Dans les premiers temps de son établissement, cet auguste Sénat tenoit pour maxime que le droit romain étoit le droit commun de tout le royaume ; suivant cet esprit ; il jugeoit que les cas omis dans les coutumes devoient être décidés par le droit romain. Chopin nous apprend que quand il se presentoit une question qui n'étoit pas décidée par la coutume, si elle avoit rapport aux matieres de droit coutumier, le Parlement admettoit les parties à faire preuve ; mais quand la question concernoit le droit civil, quoique les parties alleguassent un usage contraire, la Cour ne les admettoit point à la preuve, parce que l'usage d'une province particulière, ne peut pas déroger au droit commun du royaume. »³ Aujourd'hui encore, sauf rares revirements (pour la fixation de l'âge de tester et de la quotité disponible), les arrêts montrent que loin de s'appuyer sur des coutumes voisines, ou d'étendre à d'autres ressorts les dispositions de la coutume parisienne (ainsi dans les matières visées par les articles 101, 171, 276, 283 et 300), le Parlement continue bien d'appliquer les règles romaines⁴. C'est un fait, en outre, que la coutume de Paris est elle-même « très stérile et très défectueuse ». Non seulement elle n'envisage pas toutes les matières du droit coutumier, mais celles dont elle traite ne comprennent pas tous les cas. La faute n'incombe pas aux grands avocats et savants magistrats qui la firent ou la réformèrent. Seulement, « ils crurent que dans une coutume, l'on ne devoit parler que des matieres convenables à cette coutume, et des cas que l'usage avoit introduit, et que le surplus devoit être laissé à la disposition du droit commun ». De même, parmi le grand nombre de coutumes qui ont été rédigées depuis celle de Paris, « il n'y

1. P. VIII.

2. P. VI.

3. *Ibid.*

4. P. VI-VII.

en a pas une seule qui dise que dans les cas qui ne se trouveront pas décidés, l'on se reglera suivant la coutume de Paris »¹. Impossible, en somme, d'imaginer un Palais gagné par un quelconque droit commun coutumier. Si le droit romain ne devait plus servir de loi en France, pourquoi obliger les juges à le connaître ? Ce n'est pas sur un article de coutume qu'ils doivent répondre à leur réception. Et pourquoi une licence pour l'accès au Barreau² ? Bretonnier passe sous silence la création récente de chaires de droit français...

LES VOLONTÉS ROYALES

Ce qu'il retient de l'édit de Saint-Germain (1679), c'est bien sûr l'article premier portant rétablissement de l'enseignement du droit civil à l'Université de Paris. Juste et bien compréhensible rétablissement quand on sait combien l'article 69 de l'ordonnance de Blois, qui cent ans auparavant en avait interdit l'étude, était... « postiche » : non réclamé par les États généraux, le chancelier de Chiverny l'avait subrepticement ajouté à l'ordonnance pour favoriser la ville d'Orléans dont il était le gouverneur. La bulle *Super speculam* ? « Cette objection a été réfutée tant de fois et par tant de sçavants hommes, qu'il est presque inutile de s'y arrêter. » Rebuffe, tient-il à indiquer, soutient que la prohibition d'Honorius III ne regardait que les clercs qui négligeaient l'étude de la théologie pour s'attacher à celle du droit civil, Du Moulin soutient que le pape n'avait pas le pouvoir de faire semblables défenses, d'autres que le texte est apocryphe : « Il me suffit de remarquer qu'elle n'eut point d'effet, et que l'on continua d'enseigner et d'étudier le droit civil à Paris comme auparavant. »³ Et de rapprocher habilement les éloges du droit romain contenus au préambule de l'ordonnance de juillet 1312, réglementant les études à l'Université d'Orléans⁴, des motifs de l'édit de Saint-Germain⁵.

1. P. X.

2. P. VII.

3. P. II et XIII. Une enquête parmi ces « sçavants hommes » nous aurait épargné au XX^e siècle l'erreur consistant à voir la main du roi derrière l'interdiction pontificale. G. Giordanengo, « Résistances intellectuelles autour de la bulle *Super Speculam* », *Histoire et société. Mélanges offerts à Georges Duby*, Université de Provence, 1992, p. 141-155.

4. Sur l'interprétation de cette ordonnance, J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, p. 182.

5. P. II et VII.

C'est, bien plus, depuis les origines de la Nation que l'on peut vérifier la constante approbation monarchique de ce droit. « En historien fidèle », comme il se déclare, Bretonnier croit devoir rappeler, contre toute gallomanie juridique, que les Gaulois connurent bien vite « la justice des loix romaines », qu'ils « les embrassèrent avec plaisir », que sous l'Empire les lois théodosiennes les gouvernèrent, que les Francs leur laissèrent ensuite l'usage de ces lois, que ces Germains se faisaient eux-mêmes un honneur de se conformer aux mœurs romaines, de parler leur langue et d'imiter leur manière de vivre. Ce qui ne fut d'abord qu'une tolérance vis-à-vis des anciens Gaulois devint bientôt une obligation, comme le prouve un édit de Clotaire (560) ordonnant que dans toutes leurs affaires ceux-ci se verraient appliquer le droit romain. Sous la seconde race, comme l'attestent nombre de formules de Marculfe et de capitulaires, scrupuleusement énumérés et cités, ce droit fut ensuite étendu à toujours plus de personnes et d'espèces¹. S'agissant de la troisième race, il invoque le témoignage des *Établissements de Saint Louis* (confondus avec un recueil législatif officiel) où le droit romain est souvent appelé « le droit », celui de Pierre de Fontaines, vivant dans l'entourage du roi, et dont le *Conseil à un ami* recueille les préceptes des livres du droit, nommé « le commun droit » ; il insiste, toujours en citant, sur l'ordonnance du 23 mai 1302 montrant Philippe le Bel, sur le conseil de Belleperche, ordonner au Parlement de juger les procès en provenance du Midi suivant le droit écrit ; il montre François I^{er} déclarer en trois occasions que le droit romain est le droit commun de toute la France ; il explique enfin que si Henri IV a abrogé le sénatus-consulte velléien tant en pays coutumiers qu'en ceux de droit écrit, c'est bien qu'ordinairement le droit romain peut servir de loi au royaume tout entier. D'ailleurs, trois ans plus tard, dans son édit de mai 1609 concernant la subrogation aux anciennes hypothèques, ce même roi « confirme la disposition du droit romain », qu'il nomme simplement « le droit »².

Imaginer quelque insouciance du « naturel » ou du « génie » français dans cette politique juridique royale serait absurde. « Un peuple pour emprunter les loix d'une autre nation n'est pas pour cela soumis à la nation dont il a emprunté les loix. » On ne dit pas que les Romains furent soumis aux Grecs parce qu'ils leur avaient emprunté la loi des Douze Tables, ni à « l'empire des Rhodiens sur la mer » parce qu'ils appliquaient la *lex Rhodia de jactu*. Quant à l'objection d'une tacite reconnaissance de la supériorité de l'Empire germanique, elle aussi n'a

1. P. IV-V et XIV.

2. P. IV-V et VII.

pas la moindre apparence de raison. L'autorité du souverain allemand est enfermée dans les limites de l'Allemagne, et « le droit civil n'est point l'ouvrage des empereurs allemands ». Suit un florilège de citations médiévales et modernes des proclamations sans cesse réitérées de l'indépendance du royaume de France et de la souveraineté de son roi¹.

À l'opposé d'une quelconque méfiance, « tous nos rois ont toujours considéré le droit romain, comme le droit fondamental de leur royaume, et avec raison ». Cette mise au point mérite d'être longuement citée : « Car c'est véritablement une loi monarchique ; elle donne au Prince un pouvoir absolu sur les personnes et les biens des sujets, elle punit avec une sévérité extraordinaire la fureur de ceux qui osent attenter à sa personne, ou entreprendre sur son autorité, elle étend même la peine sur les enfants du coupable, et poursuit la vengeance d'un crime si execrable jusqu'au tombeau. Cette loi royale a mis entre les mains du Prince tout le pouvoir du peuple ; elle déclare qu'à lui seul appartient de faire les loix et de les interpréter. Cette loi auguste conserve au Prince la même autorité sur les ecclésiastiques et sur les religieux, que sur les laïques ; elle lui donne tout pouvoir sur les biens de l'Église ; elle nous apprend que les ecclésiastiques tiennent leur juridiction, et les religieux leurs privilèges de la concession du Prince, et par conséquent qu'il peut les leur ôter, ou les restreindre quand il le juge à propos (...) ; c'est dans cette même loi que (les illustres successeurs de Pierre de Cuiçnières) ont puisé des raisons pour revendiquer la plus grande partie des droits de la couronne que les seigneurs avoient usurpé, et que les coutumes injustes et ignorantes leur avoient attribué mal à propos ; comme le pouvoir de faire des ordonnances, le droit de faire battre monnaie, les droits d'aubaine, d'amortissement, de bâtardise, et plusieurs autres, qui sont autant d'attentats sur l'autorité royale. »²

LA SAUVAGE ORIGINE DES COUTUMES

L'on dira peut-être que ce n'est point d'une coutume en particulier qu'il faut former le droit commun de la Nation, mais des maximes générales du droit coutumier, un droit, fait-on valoir, « que nos pères auraient sucé avec le lait dans les mœurs et dans les loix des premiers

1. P. XIV et XV.
2. P. V-VI.

François ». Mais si on examine de près cette affirmation, « on découvre que ce que l'on nomme les maximes du droit coutumier est nettement opposé aux mœurs et aux lois de nos premiers pères ». À preuve la loi salique qui disposait que le père ou la mère du fils décédé sans enfant lui succédait dans ses biens sans aucune distinction : la maxime *Propres ne remontent* n'a rien d'originale. Le « trésor » même du droit coutumier, consistant dans la distinction des propres et des acquêts, était chose inconnue des premiers Français qui, comme il ressort des formules de Marculfe, avaient la liberté de disposer de tous leurs biens selon leur volonté. Contrairement à la coutume de Paris et au plus grand nombre des autres, ces formules attestent également que les prélegs n'étaient pas défendus, qu'il était permis aux personnes mariées de s'avantager, soit entre vifs, soit à cause de mort, directement ou indirectement. On peut encore citer l'exemple des « deux plus grandes matières du droit coutumier », la communauté conjugale et le retrait lignager : il n'en est point parlé dans la loi salique, ni dans les capitulaires, et on n'en aperçoit pas de trace sous la première et la seconde race des rois. « Mais en voilà assez, estime Bretonnier, pour justifier que les coutumes ne tirent point leur origine des mœurs ni des loix des premiers François. »¹

Les antiquaires du droit coutumier font fausse route. C'est ailleurs qu'il faut chercher l'origine des coutumes : « Elle n'est pas difficile à trouver, il est certain qu'elles ont pris naissance vers le commencement de la troisième race de nos rois... (lorsque) Hugues Capet pour témoigner sa reconnaissance aux seigneurs qui lui avoient aidé à monter sur le trône, leur laissa un pouvoir absolu dans leurs gouvernements et dans leurs terres ; les plus puissans assujétirent les plus foibles et leurs imposèrent des loix ; ces loix quoique forcées dans leur principe passeront dans la suite en coutumes et en traditions ; parce que l'ignorance étoit si grande et si universelle que personne n'étoit capable de les écrire. Tous les historiens remarquent que les premiers siècles de la troisième race ont été des tems d'ignorance, de barbarie et de violence : voilà pourtant l'époque des coutumes ; je laisse à juger si d'une source aussi corrompue il peut découler des fleuves de justice. »²

Désastreuse conséquence de l'affaiblissement du pouvoir sous les premiers Capétiens, les coutumes ont jailli au pire moment de notre histoire. Elles sont, « dans leur origine », répète notre auteur, « de véritables attentats à l'autorité royale »³. Certes, poursuit-il, lors de leur

1. P. XI.

2. *Ibid.*

3. P. IV.

rédaction et réformation, nombre d'injustices évidentes et d'« obscénités indignes » ont été retranchées. Mais il en reste toujours quelque « mauvaise odeur » tant, Du Moulin, Choppin, Mornac l'ont eux-mêmes signalé, praticiens locaux et commissaires royaux n'y ont pas consacré le temps nécessaire. Une lecture des procès-verbaux suffit d'ailleurs pour s'en persuader. Les grands magistrats, dont on aurait pu attendre qu'ils corrigent les « sentences des praticiens ignorans », sont loin de s'être donnés la peine d'examiner toutes les dispositions des coutumes. Commissaires, « ils ont pour ainsi dire, exécuté leur commission en poste ; ils ne séjournoient sur les lieux que deux ou trois jours, ou huit jours tout au plus ». Le résultat, c'est le désordre des matières, des articles, l'impropriété et l'obscurité des termes. Travail bâclé, en somme, que la rédaction et la réformation des coutumes. Et de donner en outre des exemples de prévention et de complaisance des commissaires...¹.

« Mais quand les praticiens qui ont rédigé les coutumes auroient été des saints ; quand ceux qui ont travaillé à les reformer auroient été des anges ; quand les commissaires qui ont assisté à la lecture et à la publication auroient été des dieux ; quand les coutumes seroient les loix du monde les plus parfaites, elles ne pourroient pas servir de droit commun ; car en un mot ce sont des coutumes, c'est-à-dire, les mœurs et les usages particuliers d'une province qui ne peuvent pas servir de droit commun à toute la Nation ; c'est avec raison que M. Cujas dit qu'il faut porter le même jugement de nos coutumes que le jurisconsulte Neratius portoit du droit introduit par l'usage [D. 1, 3, 21] ; il disoit qu'il ne falloit pas trop en rechercher la raison de peur d'en renverser toute l'économie. (...) Qu'auroit-il dit s'il avoit trouvé des gens qui eussent voulu tirer d'un semblable droit des règles pour en composer de droit commun de la Nation² ? » Il faut à tout le moins garder les coutumes pour ce qu'elles sont : de droit étroit. Les jurisconsultes médiévaux ne pensaient pas autrement.

Tels sont les traits les plus saillants de cette *Préface*. Bretonnier assure ne pas avoir composé une œuvre personnelle : on ne peut « m'imputer ni nouveauté, ni partialité, puisque je n'ai fait que copier ce qu'ont écrit les historiens les plus fidèles, et les plus sçavans jurisconsultes »³. Reste que parmi la foule des auteurs « copiés », il a particulièrement sollicité celui dont il ne se recommande qu'une fois, le nommant simplement « l'auteur de l'Histoire du droit françois », Claude

1. P. XII.
2. P. XIII.
3. P. XVI.

Fleury¹. Ce sont plusieurs des thèses de cet ouvrage qui lui ont permis, au prix souvent d'une forte accentuation, d'imprimer à sa compilation quelques idées maîtresses : la paisible acculturation juridique de la Gaule, l'accueil fait par les Francs à la législation théodosienne, le témoignage des formules, celui aussi des capitulaires qui avait fait conclure à Fleury que sous la deuxième race on observait « surtout la loi romaine »². C'est aussi à partir de cette pionnière histoire du droit français montrant la société de l'époque féodale retomber « dans un état approchant celui des barbares »³, qu'il stigmatise la naissance des coutumes, corrige l'interprétation antiromaniste de la bulle *Super speculam*⁴, dénonce la rédaction et la réformation par trop hâtives des coutumes⁵.

Bâti au moyen d'une vaste et sélective enquête, le plaidoyer de cet avocat ne peut être tenu pour un dernier avatar d'une littérature polémique en voie d'essoufflement. De grandes figures de la science juridique l'ont mis à profit, à commencer par Claude-Joseph de Ferrière qui l'a pillé pour composer deux chapitres de son *Histoire du droit romain* (chap. XXVIII : « De l'usage du droit romain en France » ; chap. XXXI : « De l'excellence du droit romain »)⁶. François de Boutaric l'a démarqué jusque dans les détails dans la préface de ses *Instituts*, prodigués à ses étudiants toulousains, où d'emblée il professe que « le droit romain est le droit commun de la France »⁷. En Bourgogne, d'une publication à l'autre, et avec toujours plus de science et de passion, le Président Bouhier a défendu des convictions identiques contre des praticiens locaux prompts à agiter, pure chimère à ses yeux, les maximes générales du droit coutumier⁸.

Au stade actuel des connaissances, rien ne prouve qu'en bataillant pour le maintien du droit romain en tant qu'unique et véritable droit commun, les Bretonnier, les Ferrière, les Boutaric et les Bouhier aient mené un combat des plus minoritaires, ou encore d'arrière-garde. La

1. Voir *supra*, n. 2, p. 25.

2. Édition de 1692 (par G. Argou), p. 11, 15 et 43.

3. Éd. cit., p. 50.

4. *Ibid.*, p. 75-77.

5. *Ibid.*, p. 12.

6. Sur Cl.-J. de Ferrière, en dernier lieu, G. Antonetti, « Traditionalistes et novateurs à la faculté de droit de Paris au XVIII^e siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2 (1985), p. 37-50. Son *Histoire du droit romain* est publiée en 1718.

7. Ch. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, 1982, p. 226-228.

8. J. Bart, « Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIII^e siècle », *MSHDB*, 28 (1967), p. 152-159 notamment.

« transaction » du Code civil est loin de les avoir désavoués. Eux-mêmes n'auraient-ils pas souscrit à tel propos du *Discours préliminaire*¹, et applaudi à cette « vérité » hautement proclamée encore en 1819, que « si l'on ne connaît pas bien le droit romain, on ne peut bien savoir le droit français ; que, sans le droit romain, on ne sera jamais jurisconsulte »² ?

1. « Le droit écrit, qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe (...). La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent » (*Discours, travaux et rapports inédits sur le Code civil*, par Jean-Étienne-Marie Portalis, Paris, 1844, p. 19).

2. *Discours prononcé à l'ouverture du concours pour une chaire de droit romain vacante dans la faculté de droit de Paris*, par M. Chabot de l'Allier, cité par R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milan, 2002, p. 102.

P. 36 BL.