

LA DOCTRINE CIVILISTE AVANT LE CODE CIVIL

PAR

Jean-Louis THIREAU

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

La doctrine civiliste a peu retenu l'attention des historiens du droit français, à la différence de leurs collègues italiens et allemands. Certes, tous les manuels et ouvrages généraux d'histoire des institutions lui consacrent une place plus ou moins étendue, mais pour ne proposer, à quelques exceptions près¹, qu'un catalogue d'auteurs classés suivant des critères trop généraux². Et si les monographies ne manquent pas sur tel ou tel juriste, avec d'ailleurs de surprenants oublis³, elles sont souvent anciennes et fondées sur une problématique quelque peu dépassée. Bien rares demeurent les travaux qui cherchent à donner de la doctrine une vue d'ensemble, à retracer son évolution, à analyser son esprit, sa méthode, son attitude par rapport aux sources, et surtout à apprécier l'importance de son rôle dans la formation de notre droit. On ne peut guère citer qu'un article ancien, mais toujours utile, d'Edmond

1. Ainsi l'ouvrage récent de Ourliac (P.) et Gazzaniga (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Paris, 1985.

2. En particulier la *summa divisio* entre romanistes, canonistes et juristes coutumiers, qui néglige le fait que certains juristes, généralement parmi les plus importants, ont été tout cela à la fois et ne se prête guère à une appréciation globale de leur oeuvre comme de leur méthode.

3. Par exemple, on trouve peu d'études sur Pothier, dont on connaît pourtant l'influence sur le *Code civil*. Et Cujas, le fondateur de la méthode historique, attend toujours, en France du moins, son historien, depuis la vieille étude de J. Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain, suivie de l'histoire de Cujas*, Paris, 1821.

Meynial⁴, et, plus récemment, la thèse d'André-Jean Arnaud⁵. Maigre bilan sur le plan quantitatif, que ne suffit pas à compenser la grande qualité de ces deux ouvrages, et qu'explique, sans le justifier, le poids des postulats positivistes et légicentristes qui, en France surtout, encombrant la science juridique moderne.

Ces deux études ont, entre autres mérites, celui d'attirer l'attention sur le rôle essentiel de la doctrine dans la construction du droit français. "*Ce droit commun, dont il est facile de saisir toute l'importance dans l'oeuvre d'unification, est dû tout entier à la doctrine*", écrivait Meynial⁶. Quant à A.J. Arnaud, considérant les sources immédiates du Code civil, il y trouvait la doctrine, bien avant la loi :

Or, précisément, si l'on tente de dresser... un tableau des sources de chaque article, quelle surprise de trouver si peu de "textes" ! Presque rien, tout d'abord, qui provienne de la législation intermédiaire. Aussi n'insisterons-nous pas sur ce point. C'est bien à une transaction entre les différentes sources de l'ancien Droit que nous avons à faire ; mais non pas entre les textes romains et coutumiers : plutôt entre les auteurs. Quelques articles du Code civil, il est vrai, nous viennent directement des ordonnances antérieures à 1789. Mais on est stupéfait, lorsqu'on fait le compte des textes législatifs relevant de ce qu'on appelle aujourd'hui le droit privé, de voir que le législateur eut un rôle relativement modeste à jouer sous l'ancien régime. Les quelques édits, déclarations ou ordonnances émanant du pouvoir royal en cette matière, fixent des points essentiellement techniques ; et c'est à ce titre qu'ils ont été repris, plus ou moins textuellement, dans le Code civil. Mais l'ensemble du droit était alors aux mains de la doctrine, un Juristenrecht comme on dit outre-Rhin'.

De fait, à nombre de solutions adoptées par le Code civil demeure attaché le nom de l'un de nos anciens jurisconsultes. A la révocation des donations pour survenance d'enfant des articles 960 et suivants, celui d'André Tiraqueau⁸. A la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution de l'article 1184⁹, à la représentation en matière de solidarité des articles 1205-1207¹⁰, à la réglementation, du reste complexe et confuse, de l'indivisibilité des

4. "Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres", *Revue Générale du Droit*, 1903, p. 326-351, 446-457.

5. *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969.

6. *Précité*, p. 328.

7. *Op.cit.*, p. 4-5.

8. Brejon (J.), *Un jurisconsulte de la Renaissance : André Tiraqueau (1488-1558)*, Paris, 1938, p. 263 suiv.

9. Boyer (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924.

10. Duchon (M.), *De l'idée de représentation dans la solidarité*, Paris, 1907.

obligations par les articles 1217 à 1225¹¹, celui de Charles Du Moulin, même si les rédacteurs du Code n'ont connu ses thèses que par l'intermédiaire de Pothier. L'effet translatif de propriété du contrat de vente de l'article 1583 et la formule bien connue de l'article 2272 : *En fait de meubles la possession vaut titre*, viennent tout droit de Bourjon¹². Liste nullement exhaustive - l'étude article par article des origines du *Code civil* reste d'ailleurs à entreprendre - mais qui fait entrevoir l'importance de la dette que la codification napoléonienne a contractée à l'égard de la doctrine d'Ancien Régime. Certes, celle-ci n'a pas créé *ex nihilo* la plupart de ces solutions ; elle les a dégagées en s'inspirant des lois romaines ou des décisions de la jurisprudence ; mais c'est parce qu'elle a su les formuler clairement, les préciser et les étendre par une analyse rigoureuse, qu'elles ont pu être intégrées sans trop d'efforts dans le Code. De plus, cette dette ne se limite pas au détail de la réglementation. Elle concerne tout autant la forme, puisqu'il est notoire que le plan du *Code civil* dérive de celui des *Institutes* romaines, mais revu et corrigé par les juristes des XVIII^e et XVIII^e siècles¹³. Et, sur un point plus fondamental encore, l'idée même de rédiger un *Code civil* uniforme aurait-elle été concevable, et la réalisation possible, si la doctrine d'Ancien Régime n'avait préalablement proposé des programmes de codification et forgé la notion d'un droit français largement unifié, assis sur des principes communs par-delà l'apparente diversité des coutumes ?¹⁴.

On pressent, dès lors, que la doctrine a trouvé, dans l'ancien droit, un terrain exceptionnellement favorable à son développement et a joué un rôle bien plus considérable que les juristes eux-mêmes, parfois modestes, ne l'avouent¹⁵. Sur le plan des principes, elle pouvait d'abord se réclamer des précédents romains, qui servaient de modèles à défaut d'être immédiatement transposables. On sait que le droit romain classique était, pour une large part,

11. Thireau (J.-L.), "Aux origines des articles 1217 à 1225 du Code civil : l'*Extrictio labyrinthi dividui et individui* de Charles Du Moulin", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 51, 1983, p. 51-109.

12. Martinage-Baranger (R.), *Bourjon et le Code civil*, Paris, 1971, p. 81.

13. Arnaud (A.-J.), *op. cit.*, p. 153 suiv. ; Ray (J.), *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926.

14. Van Kan (J.), *Les efforts de codification en France*, Paris, 1929 ; Vanderlinden (J.), *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, 1967.

15. Etienne Pasquier, au XVI^e siècle, ne mentionnait pas expressément la doctrine parmi les sources du droit français, qu'il plaçait dans la législation, les coutumes, les maximes générales tirées du droit romain et les arrêts des parlements (*L'interprétation des Institutes de Justinian*, Liv. I, ch. 15, Paris, 1847, p. 30 suiv.), mais sous-entendait son intervention pour fondre ces éléments divers en un système cohérent. F. Delaunay, professeur royal de droit français à Paris à la fin du XVII^e siècle, citait le *sentiment des jurisconsultes* au dernier rang de ces sources, que, toutefois, il ne semble pas avoir eu le dessein d'énumérer suivant un ordre hiérarchique (*Institution au droit français*, cité par Lemasne-Desjobert (M.-A.), *La Faculté de droit de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1966, p. 95). La hiérarchisation est par contre plus marquée chez les juristes du XVIII^e siècle, qui accordent valeur prépondérante successivement aux lois et ordonnances royales, aux coutumes, au droit écrit, à la jurisprudence des arrêts et enfin à l'avis des auteurs (Martinage-Baranger (R.), *Bourjon et le Code civil*, p. 27).

création des Prudents et que le *Digeste*, composé de fragments de leurs écrits, avait une origine doctrinale, même si Justinien lui avait conféré tardivement valeur législative. Les opinions de certains jurisconsultes s'étaient même vu reconnaître une véritable autorité officielle par le privilège du *jus publice respondendi* et, ultérieurement, par la loi des citations, qui en faisait d'authentiques sources du droit¹⁶. Dans les faits, la doctrine ne pouvait que profiter de la multiplicité des autres sources du droit, et des faiblesses propres à chacune d'elles. Comme à Rome, la législation, en dépit de progrès à partir du XVI^e siècle, ne touchait guère au droit privé et pour n'édicter, à l'exception des grandes ordonnances de Colbert et de Daguesseau, que des mesures partielles et de circonstance. Les coutumes, en raison du caractère oral qu'elles ont gardé jusqu'au XVI^e siècle, avaient un contenu incertain et se prêtaient mal à la généralisation. Leur rédaction officielle a corrigé le premier de ces défauts, mais sans beaucoup remédier à leur aspect fragmentaire ; de plus, en figeant définitivement leurs dispositions, elle a contribué à les rendre rapidement obsolètes, faute de réformations ultérieures. Le droit romain et le droit canonique eux-mêmes, les traditionnels droits savants, se présentaient sous la forme de compilations de textes tout aussi fragmentaires et parfois contradictoires. Plus que des sources immédiates du droit, qui en découlerait logiquement, c'étaient des matériaux qui servaient à élever des constructions juridiques, mais ce travail d'édification ne pouvait revenir qu'à la doctrine. Enfin, la position de celle-ci paraissait d'autant plus solide que l'ancien droit a longtemps échappé à la domination du positivisme juridique, même s'il en a connu les prémices et les lents progrès depuis la fin du Moyen Age. Le droit positif est longtemps demeuré subordonné au droit divin et au droit naturel, aux principes supérieurs d'équité et de justice, quels que fussent les fondements philosophiques reconnus à ceux-ci, excluant une soumission passive des juristes à son égard. D'ailleurs, des sources que nous serions tentés de qualifier de positives, le droit romain, une bonne partie du droit canonique aussi selon les gallicans, étaient dépourvues, en France, de force coactive et ne pouvaient valoir que pour la raison, pour le caractère juste et équitable des solutions qu'elles rapportaient et qu'il appartenait aux juristes de dûment vérifier.

Cependant, si importante qu'ait été la fonction de la doctrine dans la création du droit, elle s'est toujours exercée en prenant appui sur des autorités, sur des textes. Jamais les juristes n'ont prétendu dire le droit de manière totalement libre. Depuis les précurseurs des XI^e-XII^e siècles jusqu'aux prédécesseurs immédiats du *Code civil*, la doctrine a, certes, considérablement évolué. Ses méthodes, ses idées, les influences intellectuelles qu'elle a subies, les conditions matérielles qu'elle a connues, se sont profondément transformées. Mais ce qui est resté à peu près constant, c'est son attachement aux "lois" qui constituent la base de son travail. L'oeuvre doctrinale, dans la tradition histo-

16. Levy-Bruhl (H.), "Juge et Prudent", *Revue historique du Droit français et étranger*, 1962, p. 5-28.

rique française et, plus largement, européenne¹⁷, est au premier chef d'interprétation de "lois" écrites. Elle a su toutefois se concilier avec une très large liberté d'esprit, que les juristes ont revendiquée de plus en plus fort jusqu'à ce que les progrès concomitants d'une législation autoritaire et du positivisme viennent la restreindre (I). Et à cela ne s'est pas borné son rôle. Face à des sources diverses et hétérogènes, elle s'est trouvée aussi pour fonction d'unifier, de créer un ordre juridique cohérent et même, à partir du XVI^e siècle, systématique, préparant ainsi les voies de la codification (II).

I. - LA DOCTRINE INTERPRETE DES "LOIS"

Sciatis quod... jurisconsultum habere scientiam, quoniam leges scriptae sunt illis tanquam prima principia quae in qualibet scientia pro claris et veris ponuntur.

C'est en ces termes qu'un juriste italien de la fin du XV^e siècle, Andrea Gammaro¹⁸, justifiait la place du droit parmi les sciences : science, le droit l'est bien puisque les lois écrites, entendons les lois romaines, sont là pour fournir les principes premiers, les vérités claires et certaines sur lesquelles toute science doit se fonder. La science juridique se confond ainsi avec l'interprétation des lois ; la jurisprudence, en prenant le terme dans son acception traditionnelle, est avant tout connaissance des lois, *notitia legum*¹⁹. C'est là, assurément, son caractère le plus constant : elle le doit au fait qu'elle s'est, dès l'origine, constituée à partir des compilations de Justinien, récemment redécouvertes, et sur le modèle de la théologie, qui ne pouvait être conçue que comme interprétation des Ecritures. Mais constance ne signifie pas immobilisme, car il existe bien des façons de pratiquer l'interprétation, et autant, sans doute, de comprendre les "lois" qui en font l'objet, terme dont le sens est longtemps resté vague. Les juristes médiévaux, glossateurs et bartolistes, qui ont joué un rôle déterminant dans la formation de la science juridique, ont su, malgré les différences qui les séparent, concilier l'attachement aux textes, entourés d'un respect quasi religieux, avec une grande liberté créatrice, qui leur a permis d'adapter à leur temps les règles romaines (A). Les juristes modernes, tout en recueillant une part de l'héritage de leurs prédécesseurs, se sont engagés sur des voies différentes, voire divergentes : les uns développant une interprétation historique qui leur permettait de plus grandes libertés à l'égard des textes ; les autres se ralliant à une exégèse plus stricte, derrière laquelle se profile l'influence croissante du positivisme (B).

17. On ne vise ici que l'Europe continentale, marquée par l'influence déterminante du droit romain, non l'Angleterre, dont la tradition juridique est fort différente.

18. *De extensionibus*, dans *Tractatus universi juris*, t. XVIII, Venise, 1584, f° 248 r°, cité par Piano Mortari (V.), "Il problema dell'interpretatio juris nei Commentatori", *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Naples, 1976, p. 208.

19. Orestano (R.), *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turin, 1961, p. 34.

A) *L'héritage de la tradition médiévale*

Entre le XIII^e et le XV^e siècle, la science juridique médiévale a vu se succéder deux grands courants : celui des glossateurs, puis celui des bartolistes ou commentateurs, la transition entre les deux étant assurée par les post-glossateurs de l'école d'Orléans. Deux courants assurément différents sur bien des points, mais dont la succession présente cependant plus de continuité que de rupture, qui ont en commun d'avoir pris appui sur les "lois" romaines pour édifier un droit nouveau, avec plus d'audace toutefois chez les bartolistes que chez les glossateurs.

1) *Les glossateurs, fondateurs de la doctrine civiliste*

C'est chez les glossateurs des XII^e et XIII^e siècles, pionniers de la science juridique européenne, qu'il faut chercher l'origine des plus anciennes traditions de la doctrine civiliste, et en particulier de son attachement aux "lois", que plusieurs facteurs ont contribué, dès le départ, à élever au rang d'un véritable dogme²⁰. D'abord l'immense prestige, la vénération même, des compilations de Justinien, redécouvertes après des siècles d'oubli, dans des circonstances qui leur conféraient une sorte de caractère providentiel et les faisaient comparer aux Saintes Ecritures. A leur propos, la Glose n'hésitait pas à employer les expressions de *sanctio sancta*, de *sacratissimae leges*, de *donum Dei* ; les juristes, à affirmer que les lois romaines sont des *præceptes divins exprimés par la bouche des princes*, qu'il faut croire que *l'Esprit Saint a parlé en elles*, que les législateurs ont reçu pouvoir de Dieu...et qu'on peut donc dire que les lois ont été faites par Dieu²¹ ; et à prétendre pour eux-mêmes, en conséquence, à la qualité de *ministres des choses sacrées*²², au même titre que les théologiens. C'est, en second lieu, la nécessité où se sont trouvés les premiers romanistes, de rendre autant que possible leur pureté originelle à des textes que le haut Moyen Age avait profondément altérés et surchargés de commentaires parasites, mais aussi de résoudre les contradictions internes que comportait l'oeuvre de Justinien. C'est enfin l'influence intellectuelle des *artes* médiévaux, du *trivium* qui avait présidé à la formation scolaire des glossateurs et dont ils ont fait application au droit²³.

20. Kantorowicz (H.), *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge University Press, 1938, réimp. Aalen, 1969 ; Koschaker (P.), *Europa und das römische Recht*, 3^e éd., München, 1958, cit. d'après la trad. ital., *L'Europa e il diritto romano*, Florence, 1962, p. 103-151 ; Calasso (Fr.), *Medio evo del diritto*. I, *Le fonti*, Milan, 1954, p. 521-555 ; Piano Mortari (V.), "Lineamenti della dogmatica giuridica medievale", *Dogmatica e interpretazione* (*op.cit.*), p. 11 suiv., et les travaux réunis dans les *Atti del Convegno internazionale di Studi Accursiani*, Bologne, 21-26 octobre 1963, 3 vol. Milan, 1968.

21. Textes cités par Orestano (R.), *op.cit.*, p. 126-127. Cf. Calasso (Fr.), *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1970, IV, *Il diritto comune come fatto spirituale*, p. 137-180.

22. L'expression est d'Irnerius, l'un des premiers glossateurs (fin XI^e - début XII^e siècle), cité par Piano Mortari (V.), "Il problema dell' interpretatio juris..." (*préc.*), p. 166.

23. Wieacker (Fr.), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^eme éd., Göttingen, 1967, p. 52 suiv.

Aussi les glossateurs ont-ils inauguré une méthode fondée sur la stricte exégèse textuelle. Elle commence par la *lectura* de chaque fragment, préalable indispensable que prolonge un commentaire mot à mot, la glose, visant à éclairer le sens du texte à travers la lettre de celui-ci. Contre les errements de l'époque précédente, où les quelques vestiges qui subsistaient du droit romain avaient été obscurcis par une pratique ignorante, la glose fournissait l'instrument d'un retour aux sources, le moyen de retrouver, en travaillant directement sur les textes du *Digeste*, les solutions, les idées véritables des jurisconsultes de Rome²⁴.

Pendant l'exégèse textuelle, la glose, si caractéristique qu'elle soit de la méthode des glossateurs, qui lui doivent leur nom, ne fournit jamais que le point de départ de l'interprétation. Les compilations de Justinien, en particulier le *Digeste*, sur lequel ils concentraient leurs efforts, n'étaient pas conçus par eux comme des collections de textes isolés, sans rapport les uns avec les autres, mais comme des ensembles cohérents, à qui ils prêtaient une homogénéité qu'ils étaient en fait loin de posséder en raison des nombreuses obscurités, répétitions ou contradictions qu'y avaient laissées les compilateurs. Leur étude appelait donc un travail non seulement d'explication de chaque texte, mais aussi de confrontation des différents fragments relatifs à une même matière et de résolution des contradictions qu'ils pouvaient présenter. Une telle perspective conduisait nécessairement à un certain détachement à l'égard de la lettre de la "loi", à envisager la matière dans son ensemble. Il convenait, ainsi qu'y invitaient les jurisconsultes romains eux-mêmes²⁵, de rechercher, à travers une exégèse littéraire qui n'avait que valeur d'instrument, la force, la vis de la loi, c'est-à-dire son sens propre, et aussi sa *potestas*, sa puissance, sa potentialité, sa capacité normative, son aptitude à régir d'autres situations, d'autres cas que ceux expressément visés par son auteur²⁶. Il fallait pour cela argumenter, distinguer, enchaîner les syllogismes, faire usage de toutes les ressources de la logique et de la dialectique qu'offrait la philosophie contemporaine. Chaque difficulté sur un point de droit donnait matière à une dispute, à une *questio* : *questio disputata* née de la contradiction suscitée par l'opposition des prétentions fictives de deux plaideurs, en litige sur un point de droit, dans un cas concret, ou *questio legitima* fondée sur les oppositions entre deux lois différentes, qui ouvrait un large débat dialectique. Après l'exposé du *casus* ou des textes controversés venait celui du problème qu'ils soulevaient, puis la discussion, où s'échangeaient arguments *pro* et *contra* ; enfin la *solutio*, la résolution de la question, avec d'ailleurs bien des nuances de forme d'un auteur à l'autre²⁷. Solution qui, bien plus qu'à la lettre, faisait appel à

24. J. Flach (J.), "Cujas, les glossateurs et les bartolistes", *Nouvelle Revue historique du Droit français*, 1883, p. 205-227.

25. *Dig.* 1, 3, 17 (Celse, *lib. XXVI digestorum*) : *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

26. Calasso (Fr.), *Medio evo...* (*op. cit.*), p. 530.

27. Chevrier (G.), "Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux au XIII^e et au XIII^e siècle", *Archives de Philosophie du Droit*, XI, 1966, p. 115-148 ; Kantorowicz (H.), *Studies in the Glossators...* (*op. cit.*), et "The *quaestiones disputatae* of the Glossators", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVI, 1939, p. 1-67.

l'esprit de la loi, à la *mens legis*, que devait dégager la doctrine, ce qui impliquait pour elle une certaine faculté de distanciation et lui laissait une assez grande liberté à l'égard des textes.

Cette liberté s'est manifestée aussi dans le goût, plus prononcé chez les glossateurs que chez les Prudents, pour les définitions, la généralisation, la systématisation. Une part de leur activité a consisté à extraire des "lois" romaines des principes généraux, *regulae* ou *generalia*, exposés sous forme d'adages, de brocards réunis en recueils²⁸ ; une autre, à composer, en prenant le plus souvent pour base le *Code de Justinien*, des ouvrages qui visaient à l'exposition systématique de toute la matière juridique, des *summae*, imitées de celles des philosophes et des théologiens²⁹. Mais tous ces genres littéraires, si divers dans leur forme, laissent transparaître ce que Georges Chevrier décrivait comme l'un des aspects les plus originaux et les plus constants de la logique juridique médiévale : le perpétuel esprit de controverse, né de la variété et de la diversité, voire des contradictions internes des sources romaines et attisé par les rivalités entre les écoles, l'hésitante quête de la vérité au milieu des thèses divergentes que la qualité de leurs auteurs rendait particulièrement recommandables, la difficile élaboration d'une solution qui, parfois fait défaut et se présente comme une opinion simplement probable, quand elle n'affecte pas l'allure tranchée d'une sentence doctorale, coupant court, tel un jugement, aux incertitudes issues de la controverse³⁰.

L'étendue et les limites de la liberté que se reconnaît la doctrine vis-à-vis de l'indispensable support que sont les "lois" romaines, se situent au cœur de la longue controverse sur l'équité qui a divisé les glossateurs dès le XIII^e siècle. Le droit romain, suivant la tradition aristotélicienne, admettait le recours à l'équité comme correctif de la loi, mais la désignait aussi parfois, chez Cicéron notamment, comme le fondement du droit. Ses premiers interprètes médiévaux ne manquèrent pas de se prévaloir de ces principes, mais aussi de s'interroger sur leur portée pratique. Pour tout un courant, représenté par Martinus Gosia et ses disciples, le recours à l'équité allait jusqu'à permettre au juriste de subordonner l'autorité de la règle de droit à son propre sentiment de la justice : cette équité brute, *aequitas rudis*, en quelque sorte intuitive, pouvait ainsi prévaloir sur la lettre et même l'esprit des textes. Certes, elle risquait d'ouvrir la porte à l'arbitraire, mais elle s'est aussi révélée féconde en un temps où la remise en vigueur du droit romain nécessitait son adaptation à une société nouvelle, à des situations différentes. Elle a permis ainsi à Martinus, en dépassant les solutions romaines, de poser la règle moderne de la représentation parfaite ; à ceux qui se sont inspirés de sa doctrine, de faire accepter les techniques de la clause à ordre et de la lettre de

28. Calasso (Fr.), *Medio evo...* (*op.cit.*), p. 532 suiv.

29. *Ibid.*, p. 534 suiv.

30. "Sur l'art de l'argumentation..." , p. 117.

change³¹. Ce n'est pourtant pas à l'avis des *Gosiani* que devait se rallier la commune opinion des glossateurs, mais à une solution moyenne, vraisemblablement proposée par Johannes Bassianus, selon laquelle la rigueur des lois ne pouvait être corrigée que par l'*aequitas constituta* ou *scripta*, l'équité constituée ou écrite, c'est-à-dire déjà reçue et consacrée par le législateur, présente à ce titre dans les compilations de Justinien, d'où on pouvait l'extraire par l'interprétation d'une loi, ou mieux de la législation dans son ensemble, et qui s'identifiait ainsi très largement à la *mens* ou à la *ratio legis*, à l'esprit général du droit écrit³². Solution qui sauvegardait le principe de la supériorité de la loi sur ses interprètes mais ménageait à ceux-ci un rôle important, puisque c'est à eux qu'il revenait d'extirper de la masse confuse des textes cette équité écrite et d'en formuler les principes.

Ainsi les glossateurs sont-ils à l'origine d'une double tradition qui a durablement marqué la science juridique : l'obligation, pour la doctrine, de se fonder sur des textes de "lois", en l'occurrence ceux qu'avaient rassemblés les compilations de Justinien ; mais aussi, déjà une certaine liberté dans l'interprétation. Un héritage que leurs successeurs, à qui il a été transmis principalement par l'intermédiaire de la *Grande Glose* d'Accurse, rédigée dans la première moitié du XIII^e siècle, n'ont pas manqué de faire fructifier.

2) L'apport des bartolistes

Aux glossateurs ont succédé, après une brève transition assurée par les post-glossateurs de l'école d'Orléans, les bartolistes des XIV^e et XV^e siècles, que les historiens du droit italiens désignent plus couramment et plus justement sous le nom de *commentatori*. Commentateurs, voilà une appellation qui souligne bien que leur méthode, comme celle de leurs devanciers, prend toujours appui sur les textes, sur les "lois" romaines. Mais qui ne doit pas dissimuler toutefois que, sur cette base immuable, ils ont su développer des procédés d'interprétation et de raisonnement plus rigoureux, faire preuve de vues plus larges et surtout montrer un sens plus aigu de la pratique, qui leur a permis à la fois d'assouplir la rigueur des règles romaines et d'utiliser celles-ci pour édifier des constructions juridiques nouvelles. Si bien que c'est à eux, plus qu'aux glossateurs, qu'est généralement reconnu le mérite d'avoir créé, pour la première fois depuis la disparition de la jurisprudence romaine, un authentique *Juristenrecht*, dans un contexte que l'influence de la philosophie aristotélo-thomiste et la naissance de l'esprit laïque rendaient éminemment favorable³³.

31. Boulet-Sautel (M.), "Équité, justice et droit chez les glossateurs du XII^e siècle", *Recueil des Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens Pays de Droit écrit*, II, 1951, p. 1-11.

32. *Ibid.*, p. 9-10.

33. Villey (M.), "Saint Thomas dans l'Histoire des Sources", *Études d'Histoire du Droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, I, Paris, 1965, p. 385-395 ; Lagarde (G. de), *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Age. I, Secteur social de la scolastique*, 2^e éd., Louvain-Paris, 1956.

La glose cherchait avant tout à éclairer la *littera*, la lettre des textes : elle était *unius verbis vel nominis interpretatio* ; le commentaire bartoliste vise à en pénétrer le sens : *est expositio verborum juncturam non considerans sed sensum*³⁴. L'opposition, même s'il convient de n'en point trop forcer les termes, met bien l'accent sur l'évolution qui s'est accomplie d'une école à l'autre. Pour les commentateurs, la science juridique reste conçue comme une interprétation et la référence aux textes des compilations de Justinien demeure le point de départ obligé de tout raisonnement. On les voit attacher parfois une attention extrême à un mot, lui assigner un sens précis, une force particulière, une *vis*, une *energia*, en fonction de sa nature, de son genre ou de son mode, de sa place dans la phrase³⁵. Ou accorder à l'étymologie un intérêt qui peut sembler excessif. Autant de traits qui, aux yeux d'observateurs superficiels, ont pu les faire passer pour des positivistes. Pourtant, sans être absents, l'exégèse, le commentaire littéral, jouent chez eux un rôle bien plus réduit que chez les glossateurs, que le caractère novateur de leurs travaux contraignait à un incessant défrichage des textes. Ce qui prend le plus d'importance, c'est le raisonnement dialectique, conduit selon les principes rigoureux posés par les théologiens scolastiques et qui tranchent singulièrement sur les procédés bien plus souples, encore rudimentaires et presque intuitifs, de leurs prédécesseurs. Un raisonnement qui permet de s'élever très au-dessus des textes, de les dépasser, de créer par conséquent des solutions qui sont bien plus que de simples développements des lois romaines, qui constituent un droit nouveau, oeuvre de la doctrine.

Le commentaire bartoliste s'ouvre logiquement par une *declaratio legis*, qui vise à préciser la signification et la portée de la loi. Dans cette phase, l'examen exégétique et grammatical n'occupe qu'une place généralement limitée et l'interprète, s'il doit d'abord s'attacher à dégager le sens littéral, ne reste pas prisonnier de celui-ci. Les *verba* ne sont en effet qu'un simple moyen d'expression de la raison profonde de la loi, de la *mens legis* ; un instrument du reste imparfait, qui pouvait ne la traduire qu'incomplètement ou même la trahir, et dont la déficience ne devait pas faire obstacle à la découverte du juste. L'esprit de la loi, qui doit prévaloir sur la lettre, est invoqué avec bien plus d'audace et d'ampleur que chez les glossateurs : il autorise à rechercher, à travers les textes mais à l'occasion aussi contre eux, l'intention véritable qui animait son auteur, et également la présence des principes fondamentaux de justice et d'équité, la conformité au droit divin et au droit naturel, sans lesquelles une loi ne serait pas une loi et ne mériterait guère de considération. Interpréter implique ainsi un jugement de valeur, dont dépend étroitement la portée attribuée au texte : selon qu'elle sera estimée favorable ou odieuse, la solution pourra faire l'objet d'une interprétation extensive ou restrictive, recevoir une application bien plus large que ce que semblaient permettre la lettre ou la volonté du législateur, ou se trouver au contraire réduite à son

34. Calasso (Fr.), *Medio evo...* (op.cit.), p. 528-529, 564.

35. V. à titre d'exemple : Thireau (J.-L.), *Charles Du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, 1980, p. 170 suiv.

sens littéral le plus strict. Enfin, et c'est là que se situe le progrès le plus décisif, l'extension des dispositions romaines peut se faire, et se fait fréquemment chez les bartolistes, à des situations nouvelles chaque fois que l'on peut découvrir une certaine analogie avec celles qu'elles visaient, ou que la nécessité, les besoins, l'*utilitas publica*, qui servait déjà à étayer l'argumentation des juriconsultes latins, semblent le justifier³⁶.

Mais la *declaratio legis* et les diverses extensions qui la prolongent, dont on a constaté qu'elles étaient loin de se résumer à une interprétation purement déductive, n'occupent pas la place la plus grande dans les commentaires de Bartole et de ses disciples : elles ne constituent qu'un préalable. La méthode des commentateurs, plus encore que celle des glossateurs, est marquée par le goût de la discussion, de la controverse ; elle est, pour reprendre les expressions de Michel Villey³⁷, casuistique et polyphonique, ce en quoi elle s'accorde à celle des juristes romains dont ils utilisent les textes. L'élément essentiel en est la *quaestio*, déjà connue de leurs prédécesseurs mais utilisée bien plus systématiquement dès que surgit une difficulté, un doute sur le sens d'une loi ou sur l'opportunité de l'appliquer à une situation déterminée. D'où l'aspect caractéristique que revêtent leurs ouvrages : celui d'une longue série de questions, donnant lieu parfois à d'interminables débats où s'accumulent les arguments et les citations d'autorités, et sur lesquelles peuvent venir se greffer des questions incidentes. La ressemblance s'impose avec les débats judiciaires et révèle les liens étroits que conserve la doctrine médiévale avec la pratique. L'usage systématique de la question s'accorde aussi à la conception du droit qui semble avoir prévalu dans la Rome classique et que la scolastique médiévale avait remise à l'honneur avec la philosophie aristotélicienne. Il repose sur l'idée, exprimée par les Prudents et reprise par les bartolistes, que le droit ne se déduit pas de la règle (*Jus non a regula sumatur*), qu'il ne se laisse pas enfermer dans des principes généraux mais réside dans la solution juste (*jus, id quod justum est*) qu'il faut découvrir dans chaque cas déterminé et qui doit être le plus exactement possible adaptée à la situation ; qu'il prend ainsi naissance dans les faits (*Jus ex facto oritur*). Ce n'est donc pas une donnée qui tiendrait tout entière dans des principes préétablis et abstraits, mais le résultat d'une recherche à effectuer dans chaque cas d'espèce. Une recherche où les lois jouent un rôle, mais qui est simplement celui d'auxiliaires : elles sont trop nombreuses, trop fragmentées, trop générales ou trop particulières, souvent trop contradictoires aussi, pour proposer des solutions toutes faites. Ce qu'elles donnent, ce sont des indications, des guides, des garde-fous, qui servent de tremplins pour s'approcher du juste et évitent de s'égarer dans l'arbitraire. Leur interprétation permet de découvrir des éléments de la solu-

36. Sur les méthodes des bartolistes, outre les ouvrages précités de Fr. Calasso et P. Koschaker, v. : Piano Mortari (V.), *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Milan, 1956, et "Il problema dell' *interpretatio juris* nei Commentatori" (*préc.*), ainsi que le recueil d'études : *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario*, 2 vol., Milan, 1962.

37. "La méthode du droit naturel", *Seize essais de Philosophie du Droit*, Paris, 1969, p. 263-281.

tion, non la solution elle-même : trouver celle-ci est la fonction du juriste, non celle de la loi, et il s'en acquittera en sachant comprendre le sens et la portée de ces indications que lui propose la législation, en opérant parmi eux un tri pour ne retenir que les mieux adaptés à la situation, en les confrontant entre eux et en confrontant aussi les interprétations qu'en ont proposées ses collègues. Car le juriste, pas plus que le théologien dont il partage les méthodes, ne peut découvrir la vérité par ses seules lumières ; il doit s'aider de l'expérience acquise : de celle, irremplaçable, des Prudents, dont le *Digeste* a consigné les résultats, mais aussi de celle de ses prédécesseurs plus proches ou de ses contemporains. Le recours aux autorités, dans la vraie tradition bartoliste, n'a rien d'un procédé mécanique qui dispenserait de tout effort de réflexion personnelle ; c'est un moyen d'éclairer le jugement, de décider en toute connaissance de cause : dans le procès fictif que constitue la question, les références aux lois et aux opinions des juristes viennent comme autant de témoignages et, au terme des débats, c'est le point de vue le mieux fondé en raison qui doit l'emporter. C'est seulement chez les commentateurs tardifs, influencés par le nominalisme, qu'apparaît une nette propension à accorder la préférence absolue soit aux opinions des maîtres, Bartole ou Balde, soit à la commune opinion³⁸, soit encore, après avoir exposé les avis les plus divergents, à inviter le lecteur à choisir lui-même, justifiant ainsi les sarcasmes des humanistes³⁹.

Au total le bartolisme a considérablement accru les fonctions de la doctrine. Sans se départir de la traditionnelle fidélité aux "lois", il a donné une plus grande liberté à leurs interprètes : interprétation est devenue synonyme d'adaptation, de transformation. La philosophie aristotélicienne et thomiste, très influente au XIII^e siècle, avait favorisé une telle évolution en mettant l'accent, contre l'augustinisme jusque là dominant, sur les forces naturelles de l'homme et sur sa liberté ; en répandant une conception du droit naturel fondé sur la nature des choses, qui justifiait le rôle autonome des juristes, le recours à une classe de savants ou d'experts investis du soin de lire la nature et d'en extraire les normes qu'elle recèle en son sein⁴⁰. La situation paradoxale faite au droit romain, à la fois considéré comme législation en vigueur mais largement inadapté à la société médiévale, la rendait inéluctable. Le droit romain, comme l'a souligné Paul Koschaker⁴¹, n'a jamais été reçu directement mais sous la forme que lui ont donnée ses commentateurs, et le rôle de ces derniers se révélait d'autant plus grand que l'on cherchait à lui trouver des applications pratiques, nécessitant tout un travail d'adaptation. Les textes du *Digeste*, ceux qui avaient la préférence des bartolistes, pouvaient bien avoir

38. Ourliac (P.), "Droit commun et commune opinion", *Studi clasice*, t. VII, *Mélanges Nicolau (M.)*, Bucarest, 1965, p. 103-107. Sur l'argument d'autorité en général : Piano Mortari (V.), "L'*argumentum ab auctoritate* nel pensiero dei giuristi medievali", *Dogmatica e interpretazione (op.cit.)*, p. 77-91.

39. On connaît l'appréciation de Cujas sur les bartolistes : *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*. Cité par Calasso (Fr.), *Medio evo...* (*op.cit.*), p. 595.

40. Villey (M.), "Saint Thomas..." (*préc.*), p. 387 suiv.

41. *Op.cit.*, p. 118 suiv.

reçu force de loi de Justinien ; ils n'en demeuraient pas moins, dans la forme comme dans le fond, des extraits d'ouvrages de juristes classiques, de praticiens adeptes d'une méthode casuistique, qu'opposaient de nombreuses divergences et que séparaient, dans les cas extrêmes, jusqu'à six siècles. Ces caractères, joints au fait que leur rédaction remontait à plus d'un millénaire et était intervenue dans un contexte profondément différent, faisaient obstacle à leur application directe. Dès lors, la doctrine bartoliste pouvait se poser en intermédiaire indispensable, et son autorité s'affirmer égale, voire supérieure, à celle des lois romaines.

De fait, dans les débats dialectiques qu'affectionnaient les commentateurs, on a constaté une attention de plus en plus grande portée à la doctrine, au détriment du droit romain lui-même, qui se trouve quelque peu éclipsé, relégué au second plan. Parmi les autorités citées dans les *quaestiones*, les juristes de l'École figurent en grand nombre et c'est sur leurs opinions, sur les interprétations qu'ils proposent des lois romaines plus que sur celles-ci directement, que portent les discussions. Et c'est aussi leur avis qui, bien souvent, emporte la décision. La tâche d'actualisation du droit romain, dans le but de le rendre apte à répondre aux besoins du temps, était trop considérable pour que l'on pût négliger les efforts qu'avaient déjà déployés en ce sens d'autres juristes. Si bien que les lois romaines sont vite apparues indissociables des commentaires bartolistes, des constructions juridiques édifiées sur elles et sans lesquelles elles ne pouvaient recevoir application dans la société médiévale. La doctrine bartoliste utilisait et commentait le droit romain, mais pour le dépasser, pour construire son propre droit. En témoigne la littérature juridique à laquelle elle a donné naissance : aux gloses et aux sommes de leurs prédécesseurs, qui, bien que de plus en plus étoffées, restaient de simples accessoires des textes, elle a substitué des commentaires bien plus amples, des traités plus dégagés des lois, et aussi des recueils de *responsa* ou de *consilia* liés aux activités de praticiens de ses représentants⁴², souvent au service d'une clientèle privée, parfois aussi conseillers de princes, de grands seigneurs ou de villes⁴³.

Si décriés qu'ils aient été par leurs successeurs, les commentateurs ont eu le mérite considérable de permettre l'union, somme toute harmonieuse, de la théorie et de la pratique, et d'assurer la promotion de la doctrine au rang de véritable source du droit, voire au premier rang de ces sources, puisque c'est elle qui a édifié un droit nouveau sur le droit romain. Si cet apport essentiel demeure, en France du moins, trop méconnu, la responsabilité en incombe aux juristes modernes, particulièrement aux humanistes, tant par les critiques souvent injustes dont ils les ont accablés que par leur attitude fondamentalement différente à l'égard du droit romain.

42. Kisch (G.), *Consilia. Eine Bibliographie der juristischen Konsiliensammlungen*, Bâle, 1970.

43. Gouron (A.), "Le rôle social des juristes dans les villes méridionales au Moyen Âge", *Annales de la Faculté des Lettres et Sciences Humaines de Nice*, 1969, p. 55-67, reproduit dans *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londres, 1984 ; Sbriccolli (M.), *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milan, 1969.

B) Les divergences de la doctrine moderne

Jusqu'au XVI^e siècle, l'unité de la doctrine avait toujours été préservée. Si plusieurs écoles s'étaient succédé au Moyen Age, elles avaient rassemblé, les unes après les autres, les principaux Docteurs de leur temps, liés par une attitude commune à l'égard des sources, par l'utilisation des mêmes méthodes, par le même engagement dans la pratique. L'époque dite moderne, qui débute au XVI^e siècle, voit au contraire apparaître les premières divergences et même une véritable scission entre théoriciens et praticiens, dont les buts, comme les méthodes, s'opposent. Les premiers, liés à l'humanisme, continuent en majorité à s'appuyer sur le droit romain mais en le considérant de manière différente, plus historique et plus systématique. Les seconds, tout en restant par bien des côtés plus proches des procédés des commentateurs, se détournent du droit romain pour se consacrer aux coutumes et à la législation, dans un esprit de plus en plus marqué par le positivisme.

1) L'interprétation historique des humanistes

Les transformations intellectuelles du XVI^e siècle ont touché assez tardivement mais profondément le droit. L'humanisme juridique a connu des débuts hésitants, qui ont vu la doctrine tenter de concilier, sans grand succès d'ailleurs, ses enseignements avec les traditions bartolistes. Son influence n'est devenue forte que dans les années 1540 et ne l'a emporté définitivement que dans la seconde moitié du siècle. Elle a fait pénétrer dans les milieux juridiques des conceptions bien différentes de celles qui avaient dominé le Moyen Age : à la place de la philosophie scolastique, du droit naturel aristotélicien conforme à l'ordre du cosmos, de l'esprit corporatiste, un stoïcisme rénové, pour qui la nature était celle de l'homme, placé artificiellement au centre de l'Univers, le rationalisme, le volontarisme, l'individualisme, auxquels les influences nominalistes du bas Moyen Age avaient déjà préparé le terrain. Dans ces bouleversements, un élément, pourtant, paraissait stable chez les juristes, à l'exception d'un courant tardif qui s'est voué tout entier à la défense du droit français : l'attachement au droit romain. En réalité, le droit romain des humanistes n'était plus celui des bartolistes. Si son étude demeurait la base de toute science juridique, elle devait viser des buts bien différents, utiliser de tout autres méthodes, plus en accord avec les exigences culturelles, politiques et sociales de la Renaissance⁴⁴.

44. Sur l'humanisme juridique : Villey (M.), *Formation de la pensée juridique moderne* (op.cit.), p. 397-551, et "L'humanisme et le droit", *Seize essais de Philosophie du Droit* (op.cit.), p. 60-72 ; Calasso (Fr.), *Introduzione al diritto comune* (op.cit.), p. 183-205 ; Koschaker (P.), *L'Europa...* (op.cit.), p. 183-213 ; Orestano (R.), *Introduzione...* (op.cit.), p. 50 suiv. ; Cavanna (A.), *Storia del diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milan, 1982, p. 172-190 ; Piano Mortari (V.), *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Naples, 1980, p. 307-375, et *Diritto, Logica, Metodo nel secolo XVI*, Naples, 1978 (recueil d'articles) ; Wieacker (Fr.), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (op.cit.), p. 88 suiv., 146 suiv., 161 suiv. Sur l'anti-bartolisme : Legendre (P.), "La France et Bartole", *Bartolo da Sassoferrato* (op.cit.), t. I, p. 131-172.

L'un de ces buts prioritaires était de moraliser et de rationaliser le droit. Erasme, reprenant des thèmes chers à Cicéron et inspirés du stoïcisme, avait insisté sur la nécessité de débarrasser la matière juridique de ses excès de technicité, de sa complexité et de ses obscurités, dont il rendait responsable la doctrine médiévale. A l'opposé, il fallait révéler les grands principes moraux, conformes à la nature de l'homme raisonnable dont les grandes figures de l'Antiquité présentaient tant d'illustrations édifiantes, et sans lesquels le droit ne pouvait être qu'injustice. L'équité, opposée à la technique juridique, était appelée à jouer un rôle important dans un tel programme, repris avec enthousiasme par les nombreux juristes disciples d'Erasme⁴⁵.

Un second objectif, très vite compris comme le prolongement naturel du précédent, consistait à retrouver le droit romain historique, au lieu de l'envisager d'un point de vue pratique et utilitaire. L'humanisme est féru d'histoire et on le considère unanimement comme le fondateur de l'historiographie moderne. Guillaume Budé avait montré l'exemple en cherchant à replacer les lois romaines dans leur contexte originare, à en éclairer le sens en tenant compte des témoignages contemporains, des enseignements de la littérature, de la philosophie, de la philologie⁴⁶. Les juristes humanistes l'ont suivi, par goût de l'érudition mais aussi parce qu'ils trouvaient dans ces essais de reconstitution l'occasion de montrer toute la valeur morale et intellectuelle qu'ils prêtaient au droit romain, de prouver sa conformité avec l'idéal érasmien du droit, puisé dans les mêmes sources qu'ils utilisaient à titre de témoins : les écrits de Cicéron et des stoïciens latins.

L'interprétation des lois romaines reste donc bien la préoccupation majeure de la doctrine humaniste, mais dans un esprit profondément différent de celui de ses prédécesseurs. Ces derniers avaient vu dans le droit romain une législation pleinement vivante, un instrument apte à répondre aux besoins juridiques de leur temps. Ils n'avaient éprouvé aucun scrupule à y recourir même dans des matières qui lui étaient aussi étrangères que celle des fiefs⁴⁷, à l'adapter, à le transformer. *A fortiori* ne se souciaient-ils guère de son évolution historique : peu leur importait que le *Digeste* ait artificiellement rapproché des textes dont la composition s'était échelonnée en fait sur six siècles, puisque la sanction de Justinien leur avait conféré en bloc la même valeur législative et le même caractère providentiel, qui interdisaient d'attribuer aux uns ou aux autres une autorité différente. Les divergences entre eux ne pouvaient être qu'apparentes et il revenait aux interprètes de découvrir le moyen de les concilier. En abordant le droit romain sous son aspect historique, les humanistes étaient conduits, au contraire, à faire éclater l'unité du *Corpus juris civilis*, à insister sur les différences chronologiques qui séparaient ses élé-

45. Kisch (G.), *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Bâle, 1960 ; Thireau (J.-L.), "Cicéron et le droit naturel au XVI^e siècle", *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, 1987, n° 4, p. 55-85.

46. Delaruelle (L.), *Guillaume Budé. Les origines, les débuts, les idées maîtresses*, Paris, 1907, réimp. Genève, 1970.

47. Giordanengo (G.), *Le droit féodal dans les pays de droit écrit. L'exemple de la Provence et du Dauphiné, XII^e - début XIV^e siècle*, Rome, 1988.

ments, et aussi à rejeter tout ce qui ne semblait pas s'accorder avec la vision idéalisée que leur avaient donnée de lui les témoignages littéraires.

Rejet d'abord de l'oeuvre des commentateurs, accusés d'avoir dénaturé le droit romain par ignorance ou par intérêt, d'en avoir fait un chaos, un maquis inextricable, par les constructions parasites qu'ils lui ont adjointes. Les humanistes, qui, en cela, se rapprochent des glossateurs, prônent le retour aux sources, le réexamen direct des textes romains, que les récents progrès de la culture devaient rendre d'autant plus fructueux, à la place des commentaires de commentaires dans lesquels s'égarèrent, selon eux, les bartolistes.

Rejet aussi du travail des compilateurs, de Justinien et de ses commissaires. Nourris des écrits de Cicéron, de Sénèque, de Plutarque, les humanistes se sont mis en tête de retrouver le droit existant au temps de ces auteurs, ce qu'on appellera plus tard le droit classique, quand ce n'était pas celui des Douze Tables. Et ils ressentaient ce besoin d'autant plus impérieusement que le *Corpus* justinien leur semblait décevant, bien éloigné de la haute idée qu'ils se faisaient des lois romaines, avec ses textes trop nombreux, trop fragmentés, ses maladresses de style, ses obscurités, ses redondances et ses contradictions. Nul doute, à leurs yeux, que ces défauts ne fussent imputables aux compilateurs, à ces Byzantins vénaux, ignorants des vraies traditions romaines, qui avaient arbitrairement mutilé les oeuvres des Prudents dont ils n'avaient su comprendre ni la valeur technique ni la portée morale. La mission prioritaire de la doctrine humaniste consistait donc à rendre au droit romain sa pureté perdue, en identifiant et en éliminant les interpolations introduites par Tribonien et ses collègues, puis en s'efforçant de reconstituer le texte primitif à l'aide d'autres sources, principalement littéraires, puisque bien rares sont les fragments d'ouvrages juridiques classiques à nous être parvenus autrement que par l'intermédiaire du *Digeste*⁴⁸. Aussi, avant toute interprétation proprement dite, devait-on procéder à l'*emendatio* de chaque texte, à son examen critique, mené avec érudition, qui permettait d'effectuer les corrections et restitutions éventuelles⁴⁹.

Les humanistes ont incontestablement fait progresser la connaissance du droit en prenant en compte la dimension historique de celui-ci, en refusant de s'enfermer dans une spécialisation étroite, en faisant bénéficier la science juridique de l'expérience d'autres disciplines : l'oeuvre d'un Cujas, le fondateur de l'histoire du droit, est là pour en témoigner. Il n'est pourtant pas sûr que leur bilan soit entièrement positif. La politique de la table rase qu'ils pratiquaient en refusant en bloc les interprétations des juristes médiévaux et même les transformations apportées par les Byzantins, c'est-à-dire tous les efforts d'adaptation du droit romain à des réalités nouvelles, était de nature à soulever de graves difficultés, sauf à considérer ce droit comme une législation

48. Pallazzini Finetti (L.), *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Juris giustiniano*, Milan, 1953.

49. Mesnard (P.), "La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique", *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 1950, p. 521-537.

morte, ce à quoi bien peu de juristes humanistes acceptaient de se résigner. Certes, leur historicisme, si exacerbé qu'il paraisse, avait ses limites, et un pur historien comme Budé était somme toute peu représentatif des tendances majoritaires. A la vénération du Moyen Age pour un *Corpus juris civilis* providentiel, ils ont substitué une admiration à peine moins nuancée pour le droit antérieur à Justinien, paré de vertus plus ou moins imaginaires, devant lequel s'arrêtait la critique historique et qu'ils brûlaient de remettre en vigueur :

A bien considérer l'approche critique, philologique, de la jurisprudence humaniste, et plus encore celle de l'école historique, entre les dernières décennies du XIX^e siècle et les premières du XX^e, on s'aperçoit qu'elle diffère peu au fond, en raison même de son purisme et des intentions qui l'animent, des précédentes mises à jour opérées par les remaniements byzantins, par la glose bolognaise ou par les commentaires. La chasse aux interpolations dissocie chaque fragment du Digeste en un puzzle où se distinguent le noyau jurisprudentiel primitif d'un côté, les altérations, les gloses qu'a subies le texte de l'autre. Or cette alchimie sert à isoler deux strates au moins dont l'une est mise à distance, rejetée comme impure et seule se prête, significativement, à une analyse historique : c'est le droit de Justinien qui, chez le juriste, mobilise pour la première fois l'historien ; le droit romain, dégagé de ses scories, est quant à lui réapproprié. Sous son ultime version romanistique, à travers le filtrage savant qui en garantit l'authenticité, il est proposé à l'usage des juristes contemporains. De cette opération qu'il serait faux de croire d'inspiration antiquariste, le maître d'oeuvre n'a cessé d'être le jurisconsulte au service du droit. La critique interpolationniste restitue en fait un patrimoine dogmatique qui est celui-là même du pandectisme à cette différence près qu'il ne s'induit plus du texte de Justinien mais de la jurisprudence désormais qualifiée de classique⁵⁰.

La différence n'est cependant pas négligeable. A ses interprètes bartolistes, le *Corpus* offrait des textes sûrs, ou considérés comme tels : on pouvait à l'infini en discuter le sens ; nul ne se permettait d'en corriger la lettre. La méthode humaniste et celle des écoles historicistes qui l'ont continuée, fondées sur la défiance à l'égard des compilations et la volonté de retrouver le droit antérieur, légitimaient au contraire la manipulation des textes. Certes, les meilleurs auteurs surent les utiliser avec une grande rigueur scientifique. Mais même chez eux, et *a fortiori* chez d'autres moins savants ou moins scrupuleux, ces précautions ne pouvaient suffire à lever les incertitudes ainsi introduites sur le sens véritable des lois romaines : car rien ne semble plus aléatoire que le repérage des interpolations, si ce n'est la reconstitution des textes jugés interpolés. De plus, ce droit classique, à supposer qu'il ait pu être reconstitué avec la plus grande exactitude, était celui d'une société depuis longtemps disparue et, à ce titre, largement inapte à répondre aux besoins

50. Thomas (Y.), "La romanistique et la notion de jurisprudence", *Droits. Revue française de théorie juridique*, IV, 1986, p. 149-160, spéc. p. 151.

présents : très révélateur et presque caricatural est l'exemple de Cujas et de ses disciples, qui devaient de revenir au formalisme étroit de la stipulation et des contrats de droit strict, que l'influence des canonistes et les nécessités des affaires avaient fait progressivement abandonner⁵¹, et il tend à montrer que l'historicisme ne va pas forcément de pair avec un sens historique très développé. Il est vrai que les humanistes, en toute bonne foi sans doute, se livraient eux aussi, sur le droit classique qu'ils reconstituaient, à ce même travail d'adaptation qu'ils reprochaient tant à leurs prédécesseurs d'avoir pratiqué sur le *Corpus*. Ils le faisaient plus ou moins inconsciemment en le reconstruisant, sous couvert d'interprétation historique, selon leurs vues, selon leurs désirs, en lui attribuant des caractères qu'il n'avait jamais eus, ou pas à un tel degré, dans la réalité. C'est aux humanistes et à leurs successeurs, les juristes de l'École du Droit naturel au XVII^e et XVIII^e siècles, les Pandectistes au XIX^e, que l'on doit le mythe d'un droit romain classique résolument individualiste, rationnel et systématique, voué à la protection de droits subjectifs, et particulièrement de la fameuse propriété "romaine", dont le droit romain historique n'avait pourtant jamais entrevu l'existence⁵². Adaptation donc, mais dont il est clair qu'elle n'était plus commandée, comme au Moyen Age, par les besoins concrets de la pratique juridique mais par les conceptions philosophiques et morales dominantes.

Aussi la méthode humaniste, surtout en France où elle s'est particulièrement développée au point de prendre le nom de *mos gallicus*, par opposition au *mos italicus* des bartolistes, a-t-elle généré une grave crise de la doctrine en sapant tous les fondements sur lesquels celle-ci s'était édifiée depuis le Moyen Age : ni les textes ni les procédés traditionnellement utilisés pour les commenter n'avaient plus cours. Cette crise a été partiellement surmontée par une dissociation croissante entre doctrine et pratique. A l'égard de cette dernière, l'humanisme juridique fait preuve d'une grande réticence, que traduit le discrédit qui frappe le genre des *consilia*⁵³ ; il lui oppose les impératifs moraux, les normes supérieures de justice et d'équité qu'il serait impossible au juriste d'observer lorsqu'il se met au service des intérêts de ses clients. Certes, tous les humanistes ne se tinrent pas à l'écart de la pratique : Cujas lui-même donnait à l'occasion des consultations de droit féodal⁵⁴. Mais ce n'était pour eux qu'une activité secondaire et sans lien avec leurs travaux scientifiques. Totalement indépendante, la doctrine humaniste n'avait plus à se soucier de la satisfaction de besoins juridiques immédiats ; elle pouvait s'adonner sans remords à des investigations historiques ou à des construc-

51. Ourliac (P.), J. de Malafosse, *Histoire du droit privé, I, Les obligations*, 2^eme éd., Paris, 1969, p. 112.

52. Villey (M.), "Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne", *Publications de l'Institut de Droit romain*, VI, Paris, 1950, p. 187-225 ; "Les origines de la notion de droit subjectif", *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 2^e éd., Paris, 1962, p. 221-250 ; "Notes sur le concept de propriété", *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, 1976, p. 187-200 ; *Le Droit et les droits de l'Homme*, Paris, 1983.

53. Calasso (Fr.), *Medio evo...* (op.cit.), p. 593.

54. Mesnard (P.), *préc.*, p. 536.

tions théoriques. Elle a donné naissance, selon Paul Koschaker⁵⁵, à un *Professorenrecht* dont l'influence sur la pratique fut à peu près égale à zéro. En France, la scission s'est trouvée facilitée par le recul du droit romain, principal objet de la science juridique, face aux sources positives nationales - coutumes et lois royales -, sur lesquelles allait dorénavant s'appuyer la pratique. A côté d'une doctrine romaniste qui s'orientait ainsi dans des directions nouvelles, qui prenait de grandes libertés avec les textes en en corrigeant la lettre et en les réinterprétant à la lumière des conceptions philosophiques dominantes, la tradition des commentateurs a été, en partie du moins, continuée par des auteurs praticiens, mais appliquée à d'autres sources qu'au droit romain.

2) *L'interprétation exégétique des praticiens*

L'époque moderne a connu la transformation des méthodes, mais aussi des sources du droit et des conceptions que l'on s'en faisait. Le Moyen Age avait assuré la primauté, au moins théorique, du droit romain, le seul, avec le droit canonique, à avoir fait l'objet d'études savantes. Mais tout en lui attribuant l'autorité la plus haute, il ne l'avait pas assimilé à ce que nous appelons un droit positif, notion qui, du reste, ne se situait pas au coeur du système juridique médiéval. Parmi les fondements que lui assignaient les Docteurs, on trouve bien le fait qu'il émanait des empereurs, qu'il était formé de *leges impératives*. *Mais le pouvoir de validation que détient cette autorité lui vient moins de sa puissance effective que des fins qu'elle poursuit*⁵⁶ : c'est parce que l'existence de l'Empire romain-chrétien répondait aux desseins de Dieu, que le droit créé par cet Empire, le droit romain, doit être observé. Et l'on ne manquait pas d'invoquer un second argument tiré, lui, de la valeur intrinsèque des lois romaines, de leur conformité à la raison naturelle, qui justifiait leur supériorité sur les autres droits. Dans les royaumes comme la France, qui refusaient de reconnaître l'autorité universelle des empereurs germaniques, leur prétention à se poser en successeurs des empereurs romains et, par voie de conséquence, la force impérative du droit romain, celui-ci ne pouvait se prévaloir que de ce second fondement. Le juriste italien Balde, au XIV^e siècle, comparait ainsi l'autorité du droit romain en France à celle de la jurisprudence des tribunaux : les jugements rendus par une juridiction n'obligent pas les autres, mais celles-ci peuvent s'y conformer spontanément si elles jugent bons, pour la raison qui est en eux ; de même les Français n'observent pas les lois romaines parce qu'elles viennent des empereurs, auxquels ils ne sont pas assujettis, mais parce qu'elles sont "naturelles et bonnes", qu'elles

55. *Op.cit.*, p. 201. Constatations identiques de Thieme (H.), "Les leçons de Zasius", *Pédagogues et Juristes. Congrès du Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de Tours : Été 1960*, Paris, 1963, p. 36 : *Ainsi le mos gallicus de Zasius et de son école restait une affaire de science pure, bonne pour les universités, et ne valant rien pour la pratique* ; et de Wieacker (Fr.), "Éclipse et permanence du droit romain", *Ibid.*, p. 66.

56. Renoux-Zagamé (M.-F.), "Le droit commun européen entre histoire et raison", *Droits, XIV, L'Europe et le droit*, 1991, p. 34.

*procèdent de la raison naturelle et de la source d'équité*⁵⁷. Comme l'écrivait au XVIII^e siècle le juriste anglais Arthur Duck, ils les respectent *non ratione imperii, sed imperio rationis*⁵⁸. Quant au droit directement créé et imposé par la puissance publique, comme les statuts municipaux, il demeurait, pour les bartolistes, un droit spécial, subordonné au droit commun, c'est-à-dire, pour l'essentiel, au droit romain⁵⁹.

La situation a profondément changé à partir du XVI^e siècle avec l'affirmation progressive des sources positives du droit et des doctrines positivistes. Sous l'influence du nominalisme et du stoïcisme s'est imposée l'idée que le droit était le produit de la raison, de la volonté, qu'il prenait la forme de préceptes impératifs dictés par une puissance supérieure⁶⁰. Le droit romain, édicté par des autorités depuis longtemps disparues et qui ne pouvait même plus se réclamer de l'appui d'un Saint-Empire en pleine décrépitude, pouvait conserver sa valeur d'exemple, demeurer un modèle de raison et d'équité, mais non passer pour une source positive : il avait, comme l'a bien vu Bodin⁶¹, encore valeur de *jus*, ce que tout le monde, d'ailleurs, n'admettait pas, non de *lex*. Dans les pays déjà soumis à une forte organisation politique, comme la France, il était condamné à battre en retraite devant l'essor d'autres sources du droit qui tiraient de la contrainte étatique l'essentiel de leur vigueur. Les coutumes d'abord, certes traditionnelles mais dont la rédaction officielle, comme le soulignaient de nombreux juristes, avait profondément modifié la nature : homologuées et promulguées par le roi, c'est de lui qu'elles tenaient désormais leur caractère obligatoire⁶². La législation ensuite, longtemps demeurée à l'écart du droit privé⁶³, mais qui connaît maintenant un incontestable développement en ce domaine, couronné par les ordonnances de Colbert

57. Cité par Thireau (J.-L.), "Le comparatisme..." (*préc.*), p. 156 n. 18.

58. Wijffels (A.), "Arthur Duck et le *jus commune* européen", *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1990, n° 10-11, p. 193-221.

59. V. *infra*.

60. Villey (M.), *Formation...* (*op. cit.*), p. 517 suiv. ; Bastit (M.), *Naissance de la loi moderne*, Paris, 1990.

61. *Les Six Livres de la République*, I, ch. 8, éd. Paris, 1583 (réimp. Aalen 1977), p. 155.

62. Ainsi pour Louis Le Caron (Charondas), *Pandectes ou Digeste du Droit français*, Lyon, 1596, p. 12-13 : "*Leur force (des coutumes) despend de la souffrance et permission du Prince souverain, ... tellement que l'auctorisation et homologation d'icelles procède du Roy, lequel aussy par ses lettres patentes déclare et ordonne expressement qu'elles seront d'oresnavant gardées et observées comme Loy et edict perpetuel et irrevocable*". D'autres juristes du XVI^e siècle, Du Moulin, Coquille, insistent au contraire, de manière plus traditionnelle, sur l'origine populaire des coutumes, mais ne semblent pas représenter le courant majoritaire.

63. Gouron (A.), "Législateur et droit privé dans la France médiévale", *Diritto e potere nella storia europea. Atti... in onore di Bruno Paradisi*, Florence, 1982, p. 211-230, réimp. dans la *Science du droit dans le Midi de la France au Moyen-Age*, Londres, 1984 ; Rigaudière (A.), "Loi et Etat dans la France du bas Moyen-Age", *L'Etat moderne, le droit, l'espace et les formes de l'Etat*, éd. par N. Coulet et J.P. Genet, Paris, 1990, p. 33-59 ; Giordanengo (G.), "Etat et droit féodal en France (XII-XIV^e siècles)", *Ibid.*, p. 61-83 ; "Du droit civil au pouvoir royal : un renversement (XII^e - XV^e siècle)", *Politiques et management public*, 1987, p. 9-25 ; "Le pouvoir législatif du roi de France (XII - XIII^e siècles). Travaux récents et hypothèses de recherche", *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 1989, p. 283-310 ; Gouron (A.) et Rigaudière (A.), dir., *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Montpellier, 1988.

et de Daguesseau. La doctrine n'est pas restée étrangère à ces changements : elle les a accompagnés, peut-être même accélérés, en consacrant des commentaires toujours plus nombreux aux sources coutumières et, un peu plus tard, législatives.

L'évolution de la doctrine coutumière illustre bien la quasi-impossibilité pour la science juridique de se développer en l'absence de textes sur lesquels elle pouvait prendre appui. Tant que les coutumes sont demeurées orales, elle n'a guère dépassé un stade embryonnaire. Certes les auteurs des coutumiers du Moyen Age avaient déjà, d'un certain point de vue, fait oeuvre doctrinale dans la mesure où leurs ouvrages ne se bornaient pas à décrire mais opéraient une sélection parmi les usages dont ils constataient l'existence, y mêlaient à plus ou moins bon escient des notions romaines ou canoniques et y ajoutaient parfois un commentaire personnel⁶⁴. Mais, malgré quelques travaux de valeur, comme les *Coutumes de Beauvaisis* de Beaumanoir au XIII^e siècle, le *Grand Coutumier de France* de Jacques d'Ableiges au XIV^e, le *Commentaire de la coutume d'Auvergne* de Masuer au XV^e, ces purs praticiens ne sont pas parvenus à hisser les coutumiers au rang des ouvrages de droit savant, et la doctrine médiévale est restée l'apanage des romanistes et des canonistes.

C'est la rédaction officielle des coutumes qui a permis l'essor d'une véritable doctrine coutumière. Disposant désormais de textes aussi fermes et sûrs que pouvaient l'être, ou le paraître, ceux du *Corpus juris civilis*, les commentateurs des coutumes ont pu leur appliquer les méthodes déjà éprouvées par les romanistes. Il est significatif de constater que les premiers d'entre eux, les Chasseneuz, Tiraqueau, Du Moulin, bien que déjà touchés par l'influence humaniste, sont restés fondamentalement bartolistes et ont commenté les coutumes exactement comme la faisaient, pour le droit romain, les disciples de Bartole⁶⁵. Non qu'ils fussent, comme on l'a dit parfois, des attardés mais parce que les techniques du commentaire et de la question utilisées par les juristes médiévaux constituaient des instruments indispensables à la formation d'une science coutumière. Une exégèse serrée, inspirée de la glose, permettait de dégager le sens littéral de chaque article de la coutume ; un commentaire plus large, correspondant à la *declaratio legis* bartoliste, d'en montrer le sens logique, la *ratio* ou *mens*, et de l'étendre, le cas échéant, à des situations analogues ; enfin une série de questions, résolues au terme de longues controverses, d'en préciser autant que possible toutes les applications pratiques. Et ce n'est pas seulement sur la forme des commentaires de coutumes mais aussi

64. Sur les coutumiers en général : Van Dievoet (J.), *Les coutumiers, les styles, les formulaires et les "artes notariae"*, Turnhout, 1986 (*Typologie des sources du Moyen-Age occidental*, fasc. 48). Sur la part de choix et d'interprétation de leurs auteurs : Thireau (J.-L.), "Droit des nobles et droit des roturiers dans les coutumiers angevins du XIII^e siècle", *Histoire du Droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, 1989, p. 519-527.

65. Chr. Dugas de la Boissonny, *Barthélémy de Chasseneuz (1480-1541)*, Thèse Droit. Dijon, 1977 (dactyl.), p. 63 suiv. ; Brejon (J.), *André Tiraqueau... (op.cit.)*, p. I suiv., 225 suiv. ; Thireau (J.-L.), *Charles Du Moulin... (op.cit.)*, p. 130 suiv., 156-187.

sur le fond que la science romanistique a exercé son influence : dans l'interprétation de chacun des articles, dans les discussions auxquelles ceux-ci donnaient lieu, les concepts de base du raisonnement et la plupart des arguments étaient empruntés au droit romain directement ou aux doctrines de ses interprètes médiévaux. La constitution d'une doctrine coutumière digne de ce nom s'est traduite paradoxalement par une forte romanisation des coutumes.

Pourtant le droit coutumier a pris progressivement ses distances à l'égard du droit romain. L'évolution, qui s'est poursuivie tout au long du XVI^e siècle et au-delà, a été pour une part la conséquence de cette romanisation : en intégrant dans les coutumes les emprunts qu'elle faisait au droit romain, la doctrine, relayée par les magistrats réformateurs, a rendu moins nécessaires les références aux textes du *Corpus* ; elle a permis, selon l'expression d'Etienne Pasquier⁶⁶, la naturalisation des règles romaines que l'on jugeait dignes d'être conservées. L'influence humaniste a joué dans le même sens en disqualifiant les procédés bartolistes, en coupant le droit romain de la pratique et, sous sa forme tardive, en exaltant les particularismes nationaux. A la fin du XVI^e siècle s'est répandue la conviction qu'il existait un droit français totalement distinct du droit romain, adapté au "naturel", à l'esprit et aux besoins de la France. Les juristes purent établir en conséquence une nette séparation entre les sources de ce droit français, principalement coutumes et lois, véritable droit positif ayant valeur impérative, et le droit romain, simple raison écrite dénuée de tout caractère obligatoire, qui ne saurait faire l'objet d'une réception globale mais auquel on peut recourir facultativement pour y puiser des idées ou des solutions techniques⁶⁷. Différences de force et de contenu, qui justifiaient l'application de méthodes distinctes : face aux préceptes de plus en plus généraux et impératifs des coutumes et de la législation, il y avait de moins en moins de place pour les longues controverses, les interrogations sur la portée des textes, la multiplication des distinctions et des exceptions, auxquelles les lois romaines ouvraient la porte par leur excessive fragmentation, leur aspect casuistique et leurs nombreuses contradictions ; d'autant que l'humanisme exaltait la brièveté, la clarté, la simplicité : *L'intelligence et la pratique de nos coutumes*, affirmait Guy Coquille⁶⁸, *doivent être traitées simplement, sans grand apparat, sans y appliquer des fanfares de distinctions, limitations, fallences et autres discours, qui sont plus de fard que de substance*. Aux traditionnelles disputes, aux procès fictifs dont débattaient les bartolistes à longueur de pages, à l'approche prudente et contradictoire de la vérité, tendaient ainsi à se substituer une pure exégèse envisagée non plus comme moyen mais comme fin, et une logique strictement déductive.

Sans doute la transformation s'est-elle opérée assez lentement. Au

66. *Les Recherches de la France*, Liv. IX, ch. 33, *Oeuvres d'Etienne Pasquier*, Amsterdam, 1723, I, col. 975.

67. Guzman (A.), *Ratio scripta*, Francfort-sur-Main, 1981 (*Jus commune, Sonderhefte* 14) ; Thireau (J.-L.), "Le comparatisme..." (*préc.*), p. 167 suiv., 183 suiv.

68. *Commentaire sur les coutumes de Nivernais*, Introduction, dans *Oeuvres de Guy Coquille*, Paris, 1646.

XVII^e siècle et jusqu'au XVIII^e, on trouve encore dans les commentaires et surtout dans les traités, plus propices à la prolixité, des controverses approfondies et des analyses casuistiques, mais elles se font de plus en plus rares. Toujours plus nombreux sont les ouvrages dont le contenu se limite à des déductions sommaires, à des indications brèves et souvent péremptoires sur la portée pratique des dispositions coutumières ou législatives. Pour apprécier la profondeur du changement, il suffit de comparer le *Commentaire de la Nouvelle Coutume de Paris* de Claude de Ferrières, paru en 1679, avec celui que Du Moulin avait donné de l'Ancienne Coutume quelque cent quarante ans auparavant⁶⁹. Si la loi du genre impose, dans les deux ouvrages, une explication article par article, des développements appelés par un mot ou un membre de phrase, ceux-ci ne constituaient chez Du Moulin, comme chez ses modèles bartolistes, qu'une large introduction, alors que, chez Ferrières, ils sont la substance même du commentaire. Car au lieu d'être suivis, comme chez le premier, de discussions profuses et parfois confuses, mais toujours riches et nuancées, ils n'ont pour complément que quelques sèches précisions sur les difficultés pratiques soulevées par le texte et un exposé tout aussi succinct des décisions jurisprudentielles intervenues à leur propos. Et quand, par exception, il est fait état d'une incertitude ou d'une divergence entre juristes, elle est rapidement tranchée, sans discussion approfondie.

Ces caractères se trouvent encore accentués au siècle suivant chez François Bourjon, du reste bien supérieur à Ferrières, qui, dans son *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, en 1749, se fait ouvertement l'apologiste de la simplicité, le pourfendeur d'une méthode qui consisterait à ergoter sans cesse, à douter de tout, et écarte délibérément de son ouvrage hypothèses d'école et controverses :

Je ne pense pas qu'il y ait de projet plus vain, plus chimérique que cet amas d'exemples enfantés par l'imagination, parce que, malgré leur multitude ils seraient toujours insuffisants, vu que la passion et les bizarreries varient, multiplient les espèces à l'infini et en font paraître auxquelles on n'aurait jamais pensé : amas d'autant plus inutile que, malgré la variété, toutes les espèces doivent se rapporter aux règles générales. En effet, pourquoy y aurait-il des lois, des décisions, si elles n'avaient pas leur application, ou que leur application fut soumise à un jugement arbitraire, ou qui deviendrait tel, s'il était permis de le fonder sur quelques particularités de fait ?... Ce n'est que par passion, ce n'est qu'en s'écartant de la sagesse du législateur qu'on peut penser que presque tous les cas sortent de la règle générale ; tous au contraire y rentrent, si l'on s'attache à cette sagesse et au bien qui en résulte⁷⁰.

Qu'un juriste comme Bourjon, par ailleurs excellent praticien, ait pu professer des opinions aussi radicalement opposées à celles qu'avaient parta-

69. Ferrières (Claude de), *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, nouvelle éd. par M. Sauvan d'Aramon, Paris, 1751, 2 vol.

70. Cité par Martinage-Baranger (R.), *op.cit.*, p. 17.

gées les romanistes du Moyen Age et même les premiers commentateurs des coutumes rédigées, donne toute la mesure du changement intervenu en deux siècles. Désormais le droit ne naît plus du fait, il est censé tenir tout entier dans la règle posée par l'autorité supérieure. La science juridique repose toujours sur l'interprétation, mais celle-ci n'a plus la même fonction : elle ne consiste plus à rechercher dans les lois des éléments d'une solution qui dépendra très largement des circonstances de l'espèce ; elle n'est que le développement des préceptes dictés par le souverain. Vient le temps de la "règle générale" omnipotente, présumée capable de fournir la clé de tous les problèmes, de la "sagesse du législateur" derrière laquelle se retranchent les juristes, en un mot du positivisme. En affectant, avec Bourjon, le plus grand dédain pour les faits et les situations concrètes, pour se consacrer exclusivement à l'application mécanique de principes généraux qui lui sont imposés de l'extérieur, la doctrine a définitivement renoncé à la fonction que, depuis la Rome classique, elle partageait avec la magistrature : la "prudence", l'art de découvrir le juste dans chaque cas déterminé. Abandon qu'a enregistré l'évolution du vocabulaire : le terme "jurisprudence", en français mais non dans les autres langues européennes, a vu son sens se restreindre pour ne plus désigner que les seules décisions de justice, à une époque qu'il conviendrait de préciser davantage⁷¹. Sous l'Ancien Régime, il est vrai, ce courant dogmatique a rencontré des obstacles à son plein accomplissement dans le développement encore faible des sources positives du droit privé. Mais lorsque la Révolution aura exalté sans mesure la puissance de la loi, et le *Code civil*, unifié sous l'emprise de celle-ci les règles jusque là dispersées du droit privé, il pourra s'épanouir sans réserve dans l'Ecole de l'Exégèse, vouée tout entière à l'interprétation des lois positives⁷².

Toutefois, l'interprétation des lois considérées isolément n'avait jamais constitué qu'un aspect, assurément essentiel mais non unique, de la fonction doctrinale. Une autre tâche, au départ accessoire mais appelée à prendre de plus en plus d'importance, a consisté à construire avec ces lois un ordre juridique cohérent.

71. Il ne semble pas que le changement soit intervenu complètement avant la fin du XVIII^e siècle. Le *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence* de Guyot, v^o Jurisprudence, t. IX, Paris, 1784, p. 667-668, donne au terme ses deux sens : *Jurisprudence. C'est la science du droit. On entend aussi par le terme Jurisprudence, les principes qu'on suit en matière de droit dans chaque pays et chaque tribunal ; l'habitude où l'on est de juger de telle ou telle manière une question, et une suite de jugemens uniformes qui forment un usage sur une même question. Ce qu'il appelle plus loin "la Jurisprudence des arrêts"*.

72. Bonnecase (J.), *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants*, 2^eme éd. Paris, 1924. Cf. la tentative de réhabilitation de Rémy (Ph.), "Eloge de l'exégèse", *Droits*, I, 1985, p. 115-123.

II. - LA DOCTRINE, CREATRICE D'UN ORDRE JURIDIQUE

Le souci de dépasser la stricte interprétation des lois pour envisager celles-ci dans un cadre plus vaste, pour parvenir à une vision globale du droit civil et la traduire en d'amples constructions intellectuelles, est presque aussi ancien que la science juridique elle-même. Il n'était pas inconnu à Rome, où Cicéron l'avait érigé en programme dès la fin de la République ; mais dans la jurisprudence classique il n'avait encore qu'une importance secondaire et répondait surtout à des intentions didactiques⁷³. Il n'était pas absent non plus chez les glossateurs et les bartolistes du Moyen Age, qui, confrontés à des sources multiples, éprouvaient le besoin de les ordonner en une hiérarchie cohérente. Mais il s'est surtout développé en liaison avec les progrès de l'esprit moderne, avec la volonté de rationaliser le droit et de l'exposer sous une forme rigoureusement systématique, qui l'ont hissé progressivement au premier rang des préoccupations de la doctrine juridique.

Ainsi, dans un premier temps, il a répondu exclusivement à un besoin d'unité. C'est pour parvenir à cette fin que les juristes du Moyen Age ont créé la notion de *jus commune*, fondée principalement sur le droit romain, et leurs successeurs, dans un cadre géographique plus restreint, celle de droit français (A). A partir du XVI^e siècle, sans que disparaisse cette volonté unificatrice, elle s'est trouvée absorbée dans un programme plus vaste de mise en systèmes du droit, qui a conduit aux codifications modernes (B).

A) La doctrine à la recherche de l'unité

L'unification du droit, tant que les codifications officielles ne sont pas venues l'imposer, a constitué pour les juristes une tâche indispensable non seulement d'un point de vue théorique mais même pour satisfaire les besoins de la pratique. La doctrine se trouvait dans la nécessité de classer, d'ordonner, de hiérarchiser des règles que leur diversité d'origine et d'inspiration ne rendait pas immédiatement conciliables. Dans l'Europe médiévale, elle a cherché à réaliser cette unité grâce à la prééminence reconnue au droit romain, appelé à former la base d'un droit commun, d'un *jus commune* (1). Dans la France moderne, avec la restriction progressive des horizons juridiques au seul cadre national, elle a voulu plutôt la découvrir dans un droit commun résultant d'une synthèse des sources juridiques proprement françaises (2).

1) La construction du *jus commune* médiéval

La pénétration du droit romain, à partir du XII^e siècle, s'est effec-

73. Villey (M.), *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, 1945 ; Wolodkiewicz (W.), *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, Wrocław, 1978.

tuee en des territoires qui avaient déjà leur propre droit. En outre, elle s'est accompagnée d'un progrès d'ensemble du droit, elle a entraîné une "émergence" générale de celui-ci, qui a profité aussi aux autres sources, droit canonique et droits autochtones, comme les statuts municipaux et les coutumes⁷⁴. Elle s'est donc traduite par une juxtaposition de normes et, très vite, il a fallu résoudre les difficultés que ne manquait pas de soulever un tel pluralisme.

La solution a été recherchée, comme il se devait, dans le droit romain lui-même. Les textes du *Digeste* employaient à plusieurs reprises l'expression *jus commune*, dans des sens d'ailleurs divers : tantôt comme synonyme de droit naturel ou de droit des gens par opposition au droit civil de chaque cité ; tantôt pour désigner un droit à vocation générale face aux exceptions que lui apporte un *jus singulare*⁷⁵. Les glossateurs ont été les premiers à identifier le droit romain au *jus commune*, au motif que, constituant le droit d'un Empire considéré comme universel, il avait bien vocation à s'appliquer universellement. Mais ils n'ont guère approfondi la question de ses rapports avec le droit canonique, universel lui aussi puisque droit de l'Eglise, et avec les statuts municipaux et coutumes, qu'ils tendaient à assimiler au *jus singulare*. Pour eux, le droit romain était le droit par excellence, l'expression de la justice et de l'équité, et l'admiration qu'ils lui portaient les conduisait à affirmer sa supériorité en tous lieux et en tous domaines, sans trop se soucier des difficultés qui pouvaient naître de son opposition avec les autres droits. Aussi leur doctrine est-elle restée sur ce point quelque peu rudimentaire et embarrassée : pour certains d'entre eux, en cas de divergences, le droit romain devait toujours l'emporter ; selon d'autres, plus nuancés, comme Albert de Gandino, les statuts pouvaient apporter des dérogations valables, mais à la condition que celles-ci fussent contraires uniquement aux solutions du droit civil, non aux principes du droit naturel contenus dans les lois romaines⁷⁶.

Les commentateurs ont repris la question de manière plus approfondie et ce sont eux qui ont élaboré la doctrine la plus complète et la plus logique du *jus commune*. De celui-ci, ils ont eu une vue bien plus riche et nuancée : conscients du déclin de l'Empire et du progrès corrélatif des royaumes et des cités, plus sensibles à la pratique, ils ont su faire une place plus grande et reconnaître davantage d'autonomie aux droits particuliers. De ce fait, ils ont été amenés à préciser les fonctions du *jus commune* et à donner à celui-ci une signification technique qu'il était loin de posséder en droit romain et même chez les glossateurs. Il ne jouit plus chez eux d'une prééminence absolue : que les dispositions statutaires ou coutumières contraires au droit commun soient néanmoins valables ne fait guère de doute à leurs yeux. Mais sa vertu unifica-

74. Gouron (A.), "Aux origines de l'émergence du droit : glossateurs et coutumes méridionales (XII^e - milieu du XIII^e siècle)", *Mélanges Jacques Ellul*, Paris, 1983, p. 255-270, reproduit dans *La science du droit...* (*op.cit.*).

75. Renoux-Zagamé (M.-F.), "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*, 1990, n° 10-11, p. 139-140.

76. Calasso (Fr.), *Introduzione al diritto comune* (*op.cit.*), p. 63. Cf. Gouron (A.), "Aux origines..." (*précité*), p. 255 suiv.

trice n'en prend que plus de relief. Car ces droits particuliers, si disparates par leurs origines et leur contenu, qui ne parviennent à embrasser que des parties limitées et étroitement spécialisées du droit, ne peuvent se suffire à eux-mêmes : ils n'existent, ne s'appliquent que par référence au droit commun. Celui-ci sert d'abord à combler leurs lacunes, puisqu'il a pleine autorité tant qu'aucune disposition spéciale ne vient y déroger. Mais il commande aussi toute leur interprétation. Dans la théorie des statuts forgée par Bartole et ses disciples, le recours au droit commun s'impose non seulement en cas d'obscurité des règles statutaires, mais même de manière générale, puisque c'est de lui, de leur conformité ou de leur opposition à ses principes, que doit dépendre la portée qu'on leur reconnaît : opposé au droit commun, le droit spécial s'applique, mais restrictivement, aux seules situations qu'il vise expressément ; conforme, il est susceptible d'une interprétation extensive, dépassant la signification de ses termes ou même l'intention vraisemblable de son auteur⁷⁷. De ce fait, la méthode bartoliste du *jus commune* impose une incessante confrontation entre les diverses sources du droit : plus qu'à l'exclusion de l'une par l'autre, des statuts ou des coutumes par un droit romain identifié au droit commun, elle pousse à les appliquer conjointement, à les rapprocher, à rechercher leur concordance et finalement à incorporer au droit commun, sans pour autant leur faire perdre leur spécificité, une bonne partie des règles particulières⁷⁸. Au XV^{ème} siècle, le juriste italien Jason de Maino pourra écrire que *sub appellatione juris communis venit etiam jus statutarium*⁷⁹, témoignant ainsi des progrès du droit nouveau, statutaire ou coutumier.

Le *jus commune* bartoliste repose donc bien sur le droit romain, lui emprunte son autorité, mais ne se réduit pas à lui. Il est plus que cela, une construction de la doctrine, qui a défini les règles d'interaction réciproque entre lui et les droits particuliers, l'a enrichi des apports de ces derniers et a harmonisé l'ensemble par ses interprétations et ses développements : *vulgariter loquendo*, affirmait le bartoliste tardif Casaregis, *per jus commune semper intelligitur quoque omnis Doctorum interpretatio* ; et d'ajouter que : *sub appellatione juris communis non solum venit jus Romanorum sive leges existentes in corpore juris civilis, sed omnes limitationes, ampliaciones, declarationes, quas recipit jus commune in eadem materia*⁸⁰. Il relève largement du domaine des croyances, il est un fait spirituel⁸¹, un phénomène de foi, à étudier comme tel chez ceux qui s'en voulurent et s'en dirent les prêtres, les

77. Calasso (Fr.), *Introduzione...* (*op.cit.*), p. 64 suiv.

78. Renoux-Zagamé (M.-F.), "Le droit commun européen...", (*préc.*), p. 32-33. Cf. Paradisi (B.), "Notes critiques sur le problème du droit commun", *Revue historique de droit français et étranger*, 1980, p. 423-440.

79. Cité par Calasso (Fr.), *Introduzione...*, p. 74.

80. *Ibid.*, p. 74 et 84. Cf. Mayali (L.), "La notion de statutum odiosum dans la doctrine romaniste au Moyen Age. Remarques sur la fonction du Docteur", *Jus Commune*, XII, 1984, p. 57-69.

81. Calasso (Fr.), *Introduzione...* (*op.cit.*), ch. IV : "Il diritto comune come fatto spirituale, p. 139 suiv.

*Sacerdotes*⁸², autrement dit chez les Docteurs eux-mêmes. Mais une croyance qui fut largement partagée au Moyen Age et même au-delà dans certains pays. En France même, malgré la traditionnelle méfiance à l'égard du droit romain, trop lié aux prétentions impériales, son influence est demeurée forte jusque dans les premières décennies du XVI^e siècle, tant que le bartolisme est resté dominant, bien que les historiens du droit français l'aient quelque peu sous-estimée. Pour nos juristes le *jus commune* est demeuré longtemps la suprême référence, l'expression de la raison. Ainsi le pensait Pierre Lizet, premier président du Parlement de Paris de 1529 à 1549 et commissaire du roi pour la rédaction de nombreuses coutumes, qui, aux dires de Coquille, "tenoit le Droit Civil Romain pour nostre Droit Commun, et accommodoit en tant qu'il pouvoit nostre Droit François, et réputoit estre de droit estroit et à restreindre ce qui est contraire audit Droit Romain"⁸³. Il faudra les effets conjugués de l'humanisme et du nationalisme dans la seconde moitié du XVI^e siècle, pour opérer une rupture définitive avec le bartolisme et substituer au *jus commune* un nouveau concept unificateur, mais cette fois dans le cadre du seul royaume : le droit français.

2) La formation du droit français

Née au Moyen Age, la notion de *jus commune* européen s'est perpétuée à l'époque moderne dans de nombreux pays⁸⁴. Elle se heurtait pourtant à l'affirmation croissante des Etats et des sentiments nationaux, aux progrès du positivisme, au sens de la relativité historique et géographique aiguë par l'humanisme. En France particulièrement, ces facteurs nouveaux sont venus renforcer les réserves formulées de longue date sur la réception du droit romain. Une partie de la doctrine civiliste française, constituée surtout autour de magistrats et d'avocats parisiens, au moment même où, sous l'influence humaniste, elle s'ouvrait volontiers sur d'autres domaines, notamment sur l'histoire, et élargissait dans le temps ses perspectives, a réduit au contraire celles-ci dans l'espace en se mettant à concevoir le droit dans un cadre non plus européen mais strictement national, en rejetant l'idée même d'un droit commun à une multitude de peuples pour ne plus l'envisager que comme propre à la seule nation française, sans renoncer à toute ambition unificatrice mais en la limitant au royaume, voire aux pays coutumiers⁸⁵. A l'inverse, les doctrines commercialiste et pénaliste sont restées bien plus longtemps, jusqu'au XVIII^e siècle au moins, sous l'influence du droit commun européen⁸⁶.

82. Renoux-Zagamé (M.-F.), "La méthode..." (*op.cit.*), p. 138.

83. Guy Coquille, *Commentaires sur les Coutumes du pays et comté de Nivernais*, Introduction, dans *Oeuvres de Guy Coquille*, Paris, 1646.

84. Wijffels (A.), "Arthur Duck..." (*préc.*), p. 193-221.

85. Thireau (J.-L.), "Le comparatisme et la naissance du droit français", (*préc.*), p. 153-191.

86. Hilaire (J.), "Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français", *Droits. Revue française de théorie juridique*, XIV, p. 39-48 ; Laingui (A.), "La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècles)", *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, n° 13, 1992, p. 75-89.

Chez les civilistes, le tournant décisif s'était produit dès le milieu du XVI^e siècle, à l'initiative de Charles Du Moulin. Dans la première version de son *Commentaire de la coutume de Paris* rédigée en 1539, celui-ci acceptait sans réserve le *jus commune* bartoliste. Mais en remaniant cet ouvrage vers 1554, il y introduisit de nouveaux développements dans un sens totalement opposé. Du Moulin s'en prenait en effet à ce qui constituait le fondement de l'application en France du droit commun : l'assimilation des coutumes françaises aux statuts italiens. Assimilation criticable, selon lui, en ce qu'elle méconnaissait le caractère spécifique de nos coutumes, qui ne formaient pas, au contraire des statuts d'Italie, un droit spécial créé pour compléter les lois romaines, donc inséparable de ce *jus commune* supérieur, mais un droit totalement indépendant, qui avait son esprit propre, qui constituait le *jus peculiare et commune Francorum et Gallorum*. Le seul, le vrai droit commun de la France, c'étaient donc ses coutumes, chacune dans son propre ressort⁸⁷. Nombre de juristes de la seconde moitié du siècle ont abondé en ce sens, en développant l'idée typiquement humaniste que le droit, modelé par un rigoureux déterminisme historique et géographique, était nécessairement propre à chaque peuple, dont il reflétait fidèlement le génie et les traditions : aux Italiens le droit romain, qui peut leur servir de droit commun ; mais aux Français il faut un droit différent, comme sont différents leurs sentiments et leurs besoins⁸⁸.

En pratique, cette position conduisait à dénier au droit romain, considéré comme étranger, et aux commentaires des Docteurs ultramontains qui s'étaient surajoutés à lui au point d'en paraître indissociables, leur double fonction de droit supplétoire et de critère général d'interprétation des coutumes, donc à se priver du seul instrument d'unification dont disposait la doctrine face à des sources hétérogènes. Affirmer que chaque coutume avait valeur de droit commun dans son ressort, laissait en suspens la question de l'existence d'un droit commun supérieur apte à remplacer les lois romaines dans ce rôle. Aussi constate-t-on bien des flottements sur ce point dans la doctrine française. Du Moulin lui-même se bornait parfois, en cas de lacune ou d'obscurité d'une disposition coutumière, à recommander le classique recours aux coutumes voisines ou encore à des coutumes "princesses" réputées supérieures, notion du reste fort mal définie⁸⁹. A côté de ces remèdes partiels, il crut un temps trouver la panacée dans un projet ambitieux mais sans doute irréaliste de codification générale, qui aurait unifié en une coutume unique toutes les coutumes du royaume⁹⁰. A défaut d'une telle réforme, c'est une fois de plus à la doctrine qu'allait revenir la tâche de créer un nouveau droit com-

87. Guzman (A.), *op.cit.*, p. 71-80 ; Thireau (J.-L.), *Charles Du Moulin (op.cit.)*, p. 95 suiv., et "Le comparatisme..." (*précité*), p. 160-161.

88. Thireau (J.-L.), "Le comparatisme..." (*préc.*), p. 167 suiv.

89. Thireau (J.-L.), *Charles Du Moulin*, p. 98 suiv., 122 suiv.

90. *Ibid.*, p. 114 suiv. ; Van Kan (J.), *Les efforts de codification... (op.cit.)*, p. 38-42 ; Gaudemet (J.), "Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e - XVIII^e s.)", *La Formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florence, 1977, t. I, p. 157-194.

mun, spécifiquement français celui-là, bien que, sur un plan théorique, il doive manifestement beaucoup à son prédécesseur, le *jus commune* bartoliste.

Elle s'en est acquittée d'abord en se livrant à un travail systématique de comparaison des coutumes entre elles. Du Moulin ne soutenait-il pas, assurément à tort, que toutes les coutumes françaises dérivait d'un tronc commun primitif, que des études comparatives permettraient de retrouver : *Lesdites coutumes conviennent tellement ès points principaux que semble d'ancienneté n'avoir esté qu'une coutume uniforme, dont tant plus facile est la réduction*⁹¹. Ce comparatisme intercoutumier, qui n'était d'ailleurs pas nouveau mais prenait alors un tour plus systématique, a permis d'isoler bien des éléments communs, mais qui ne suffisaient pas à édifier un système juridique complet. Aussi les juristes qui s'y livraient devaient-ils y ajouter d'autres solutions qui ne s'imposaient pas d'emblée par leur généralité, qui pouvaient n'être propres qu'à un groupe restreint de coutumes ou même à une seule, mais leur semblaient dignes de recevoir une application plus large du fait de leur caractère équitable ou rationnel, ou simplement de leur intérêt pratique. Ils les complétaient également par des emprunts à la jurisprudence, au droit canonique et surtout au droit romain, qui, s'il n'avait plus la qualité de droit commun, restait la raison écrite, un modèle d'équité et une source inépuisable d'inspiration tant qu'il n'allait pas à l'encontre des usages ou des besoins des Français⁹².

Ce droit commun, ou droit français, ne formait donc pas, en lui-même, un ensemble homogène. Il ne s'identifiait pas à une coutume unique, ne se laissait pas enfermer dans un texte précis : il y eut bien un fort courant pour trouver sa meilleure expression dans la nouvelle rédaction de la coutume de Paris, réformée en 1580 et qui reprenait dans ses articles les principales innovations doctrinales et jurisprudentielles du XVI^e siècle, mais celle-ci demeurait cependant trop lacunaire, à mesure surtout que passait le temps, pour assumer seule ce rôle⁹³ ; et pas davantage les grandes ordonnances royales du XVII^e siècle, elles aussi incluses dans le droit français mais trop spécialisées pour en être plus qu'un simple élément. Il ne se réduisait pas non plus à la synthèse, à "l'extrait mathématique" des coutumes existantes, amputées des particularismes trop accentués et ramenées à leurs traits communs⁹⁴. Seule la doctrine, les praticiens éclairés des XVI^e-XVII^e siècles, relayés au XVIII^e par les professeurs royaux de droit français⁹⁵, pouvait mener à bien ce travail complexe de confrontation des solutions coutumières, les interpréter, retenir les meilleures ou les plus générales, choisir aussi ce qui, dans la juris-

91. Cité par Thireau (J.-L.), "Le comparatisme..." (précité), p. 177.

92. *Ibid.*, p. 183 suiv.

93. *Ibid.*, p. 182-183.

94. Meynial (E.), "Remarques..." (préc.), p. 328-329.

95. Reulos (M.), "L'importance des praticiens dans l'humanisme juridique", *Pédagogues et Juristes*, (op.cit.), p. 119-133 et "L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique)", *La Formazione storica...* (op.cit.), t. I, p. 281-288 ; Olivier-Martin (Fr.), "Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français", *Mélanges dédiés au Professeur Sugiyama*, Paris, 1939, p. 263-281.

prudence et dans les droits savants, permettait de les compléter. Seule, surtout, elle pouvait fondre tous ces éléments en systèmes cohérents, tels ceux qu'ont exposés, dès le début du XVII^e siècle, les *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel, l'*Institution au droit des Français* de Guy Coquille, les *Maximes générales du droit français* de Pierre de L'Hommeau ; plus tard, les *Arrêtés* du Président de Lamoignon et, au siècle suivant, le *Droit commun* de Bourjon, les traités de Pothier et les cours, dont certains furent publiés, des professeurs de droit français⁹⁶.

De cette manière, la doctrine, dont l'oeuvre fut officiellement consacrée par l'édit de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1679 instituant un enseignement du droit français dans les Facultés de Droit, a fait considérablement progresser l'unification juridique de la France. Sans doute celle-ci est-elle demeurée incomplète et elle n'a réalisé que l'unité dans la diversité. Elle s'est heurtée à la résistance des particularismes provinciaux⁹⁷, tandis que le droit romain conservait lui aussi des partisans⁹⁸. Et seule une codification étatique, abrogeant et remplaçant d'autorité les différents droits en vigueur, pouvait promouvoir une unification intégrale. Mais sans le travail des juristes du droit français, sans les patientes synthèses qu'ils ont su réaliser, deux siècles durant, entre les coutumes elles-mêmes mais aussi entre elles et les autres sources, particulièrement le droit romain, une telle codification eût été impossible à accomplir, au moins dans un bref délai, comme le montre le lamentable échec des tentatives révolutionnaires, qui se voulaient coupées de toute tradition⁹⁹. Mieux avisés, les rédacteurs du *Code civil* de 1804 n'eurent le plus souvent qu'à emprunter aux traités de Bourjon et de Pothier, c'est-à-dire au droit français élaboré par la doctrine, des solutions toutes prêtes pour les transformer en règles impératives. De même qu'ils purent s'inspirer, pour donner forme à leur ouvrage, des systèmes qu'avaient su également édifier les juristes d'Ancien Régime.

B) La systématisation du droit par la doctrine

La mise en systèmes de l'ensemble du droit, le désir d'ordonner l'ensemble de la matière juridique autour de quelques concepts généraux, n'ont pris rang qu'assez tard, à partir du XVI^e siècle, parmi les préoccupa-

96. Chêne (Chr.), *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, 1982, p. 142 suiv.

97. Van Kan (J.), *op.cit.*, p. 188 suiv. ; X. Martin, "L'unité du droit français à la veille de 1789 : une aspiration modérée ?", *Rivista di Storia delle idee politiche e sociali*, III, 1986, p. 319-328.

98. Guizzi (V.), "Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVII, 1969, p. 1-46 ; Bart (J.), "Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIII^e siècle", *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, XXVIII (1967), p. 141-171.

99. Halperin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, Paris, 1992.

tions majeures de la doctrine : promotion qui a traduit une profonde évolution du rôle de celle-ci et une transformation non moins radicale de la conception du droit. Jusqu'à cette époque, les juristes s'étaient montrés fort peu systématiques : leur fonction, semblable à celle du juge, était avant tout de résoudre des questions pratiques, de dégager dans chaque cas la solution juste, et, si systématisation il y avait, elle consistait seulement à étendre, à généraliser cette solution aux situations comparables, à la muer en règle, et à regrouper par matières les règles ainsi dégagées. Ainsi avaient procédé, à Rome, les Prudents, et également les juristes du Moyen Age, dont la méthode analytique s'était pleinement accommodée de la structure du *Digeste*. C'est seulement dans les manuels destinés aux étudiants, les *Institutes*, que les jurisconsultes romains avaient sacrifié à une systématisation plus poussée, cherché à organiser toute la matière en fonction de principes plus ou moins généraux dans un but d'initiation, mais tout porte à croire que ces exercices relevaient pour eux d'un genre mineur, vraisemblablement considéré comme bien inférieur à la résolution des questions de droit, où ils devaient montrer toute leur science et leur habileté¹⁰⁰.

Certes, il y avait les écrits de Cicéron pour offrir une vision différente du droit, qu'ils préconisaient de constituer en *ars*, en une véritable science entièrement ordonnée autour de principes fondamentaux, à l'imitation d'autres disciplines comme la musique, la géométrie, l'astrologie, la grammaire : l'un d'eux, le traité *De jure civili in artem redigendo*, aujourd'hui perdu, était même exclusivement consacré à l'exposé d'un tel programme. Mais celui-ci, inspiré de préoccupations de rhéteur plus que de juriste, ne paraît guère avoir retenu l'attention des Prudents, comme le montrent le caractère fort peu systématique de leurs oeuvres, *Institutes* mises à part, et le fait que le traité de Cicéron ait été rapidement oublié¹⁰¹.

Pour qu'enfin il vienne au premier plan, il a fallu de profondes mutations dans l'esprit des juristes et dans la conception qu'ils se faisaient du droit, consécutives aux orientations nouvelles de la pensée philosophique et à l'influence croissante de celle-ci sur la science juridique. Il a bénéficié des convergences qui l'unissaient au mouvement humaniste, lui-même pétri de thèmes stoïciens, tout acquis, on le sait, aux objectifs de moralisation et de rationalisation du droit, qu'il réduisait à un ensemble de vertus sociales dont le principe même s'inscrivait au plus profond de la nature humaine, et qu'il assimilait ainsi à la *recta ratio* des philosophes. De fait, les écrits de Cicéron ont joui d'une immense popularité tout au long du XVI^e siècle. Les thèses qu'ils véhiculaient et qu'avait reprises Erasme, conduisaient à dépouiller le droit de ses aspects les plus techniques, abandonnés à de simples praticiens considérés avec autant de méfiance que de dédain, pour exalter sa valeur éthique, pour le ramener à des préceptes généraux accordés à la raison natu-

100. Villey (M.), *Formation...* (*op.cit.*), p. 538 : "Rome n'accordait que peu de poids à ses ouvrages didactiques ou systématiques ; le cœur de sa jurisprudence était dans les études de cas". V. aussi les ouvrages cités *supra*, note 73.

101. *Ibid.*, p. 530.

relle et directement tirés de la philosophie morale, qui, seuls, paraissaient dignes de l'intérêt de la doctrine humaniste¹⁰². Précisément parce qu'il prenait directement naissance dans la nature rationnelle propre au genre humain, le droit devait rester accessible à tous, se présenter comme une évidence au moins pour tout homme raisonnable. Dès lors des tâches nouvelles s'offraient à la doctrine : révéler, exprimer ces grands principes de morale sociale que chaque être humain porte en lui mais qui peuvent être obscurcis par l'ignorance ou les passions, et surtout ordonner, exposer la totalité du droit en fonction de leurs enseignements, en suivant une logique déductive, en allant toujours du général au particulier, du connu à l'inconnu, de manière à ce que la matière dans son ensemble s'impose aux yeux de tous avec la même évidence que les principes fondamentaux sur lesquels elle repose. Au milieu du XVI^e siècle, l'un des précurseurs de l'humanisme systématique, François Connan, distinguait nettement, dans l'activité des juristes, la *prudentia* et la *scientia* : la première, qui se consacre à la résolution des cas d'espèce et des procès, à la pratique, à l'action, en représente l'aspect le plus traditionnel ; la seconde orientée vers la théorie, la spéculation, la mise en systèmes du droit, sa constitution en *ars*, l'élément le plus novateur¹⁰³. Et l'évolution postérieure n'a fait qu'accentuer ce clivage. Les orientations encore hésitantes des humanistes se sont trouvées confortées par d'autres influences : celle de la Néo-Scholastique espagnole ; au XVII^e siècle, celle de Descartes, qui a contribué à donner à l'exposition du droit une rigueur quasi mathématique. Elles se sont pleinement épanouies dans l'Ecole du Droit de la Nature et des Gens, qui a dominé toute la pensée juridique moderne.

Ses intentions, la doctrine systématique du XVI^e siècle les a exposées dans divers traités méthodologiques¹⁰⁴, mais elle s'est surtout efforcée de les mettre en oeuvre dans des traités ou commentaires de droit civil inspirés de la méthode nouvelle¹⁰⁵. Les plus audacieux de ses représentants, comme Pierre Grégoire de Toulouse et Jean Bodin dans sa *Juris universi distributio*¹⁰⁶, ont cherché à édifier des systèmes juridiques directement sur les préceptes du

102. JThireau (J.-L.), "Cicéron..." (préc.), et v° "Stoïcisme moderne", *Dictionnaire de Philosophie politique*, sous la dir. de S. Rials et Ph. Raynaud (à paraître).

103. Piano Mortari (V.), "La sistemática come ideale umanistico nell'opera di Francesco Connano", *Diritto, Logica, Metodo* (op.cit.), p. 303-317.

104. Piano Mortari (V.), "Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del secolo XVI", *Annali di Storia del diritto*, I, 1957, p. 293-401 = *Diritto, Logica, Metodo* (op.cit.), p. 115-264.

105. Wieacker (F.), *Privatrechtsgeschichte...* (op.cit.), p. 92 ; R. Orestano, *Introduzione...* (op.cit.), p. 55 suiv. ; Cavanna (A.), *Storia...*, p. 187 suiv. ; Carpintero (Fr.), "Mos italicus, mos gallicus et el Humanismo racionalista. Una contribucion a la historia de la metodologia juridica", *Jus Commune*, VI, 1977, p. 108-171 ; Piano Mortari (V.), "Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI", *Diritto, Logica, Metodo* (op.cit.), p. 267-300, et "Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duareno", *Ibid.*, p. 367-404.

106. Jean Bodin, *Exposé du droit universel*, éd. P. Mesnard, *Oeuvres philosophiques de Jean Bodin*, Paris, 1951 (*Corpus général des Philosophes français. Auteurs modernes*, V, 3), p. 69-80 (texte latin) et 81-97 (trad. franç.) ; éd. W. Wolodkiewicz, Naples, 1985 ; éd. S. Goyard-Fabre, Paris, 1986.

droit naturel ou du droit des gens, c'est-à-dire sur les conceptions philosophiques du moment, au demeurant sans grand succès. Plus sagement, la majorité a continué de se fonder sur le droit romain, considéré à la fois comme la meilleure expression du droit naturel et comme une législation toujours en vigueur : ainsi François Connan, le Toulousain Jean de Coras, et surtout les principaux membres de l'École de Bourges, François Le Douaren, Eguinard Baron et Hugues Doneau. De ce point de vue, ils peuvent sembler encore proches de la tradition des commentateurs, et effectivement, en Italie et en Allemagne, il y eut une évolution sans heurt du bartolisme vers la systématisation du droit. Mais ils s'en séparaient par leur manière, fortement influencée par l'humanisme, d'envisager le droit romain : pas plus que les représentants du courant historique, ils ne pouvaient se satisfaire des compilations de Justinien et, comme eux, ils se proposaient de reconstituer le droit antérieur ; mais c'est sur la forme, plus que sur le fond, que se portait leur attention. Le droit romain classique, ils le voyaient bien plus dogmatique et systématique qu'il ne l'avait été réellement, à travers le prisme déformant du programme cicéronien, à travers aussi le plan des *Institutes*, dont ils exagéraient vraisemblablement l'importance au détriment du *Digeste* et du *Code*, et qu'ils présentaient sans doute à tort comme le modèle des ouvrages juridiques latins¹⁰⁷. Et c'est à partir du plan des *Institutes* de Gaius et de Justinien, mais dans un esprit très différent, qu'ils préconisaient d'ordonner leurs systèmes¹⁰⁸.

Très caractéristique à cet égard apparaît l'oeuvre de Doneau, dont les *De jure civili commentaria* offrent, dans le genre, la plus belle réussite du XVI^e siècle. Bien avant Domat, Doneau faisait reposer sa doctrine sur le postulat de la parfaite rationalité du droit romain, de sa conformité au droit naturel, du moins en ce qui concerne le fond. Car la forme, héritée des remaniements des compilateurs, lui semblait au contraire très défectueuse, en ce qu'elle éparpillait à l'excès des questions que la logique commandait de rassembler. C'est donc une remise en ordre de l'ensemble du droit privé romain qu'il s'assignait comme but, en s'inspirant du plan tripartite de Gaius : personnes, choses, actions, mais en lui prêtant une signification et une portée qu'il n'avait pas, tant s'en faut, chez le juriste romain. Ce qui, chez ce dernier, n'était qu'un procédé d'exposition didactique, *un classement, plus que du droit, de ses règles et de ses solutions, des choses que le droit régleme*¹⁰⁹, devient chez Doneau l'expression d'un véritable système fondé sur la notion de droit subjectif, dont il a été l'un des premiers à donner une formulation précise¹¹⁰. Partant de l'idée qu'il existe, une fois pour toutes, des droits inhérents à la nature immuable de l'homme au sens stoïcien, ce sont ces droits

107. Orestano (R.), *Introduzione...* (*op.cit.*), p. 58 suiv. Villey (M.), *Formation...* (*op.cit.*), p. 533 suiv.

108. Il convient de rappeler que, si le manuscrit des *Institutes* de Gaius n'a été retrouvé qu'en 1816, le plan en était connu depuis longtemps par les références qu'y faisaient les *Institutes* de Justinien (II, 12) et le *Digeste* (I, 5, 1).

109. Villey (M.), *Formation...* (*op.cit.*), p. 529.

110. Waider (H.), " *Ars juris und suum in persona ipsa bei Hugo Donellus. Ein Beitrag zur Geschichte der Methodologie und der Lehre von den Menschenrechten*", *Archiv für Geschichte der Philosophie*, t. 43, vol. 1, 1961, p. 52-69.

qu'il se propose de classer : en commençant, dans une première partie, par ceux qui tiennent à la personne elle-même, indépendamment de toutes les choses qui lui sont extérieures, comme la vie, l'intégrité physique, la liberté, l'honneur ; en traitant ensuite, dans une seconde partie, des droits exercés sur les choses extérieures à la personne mais qui appartiennent néanmoins à celle-ci et apparaissent comme son prolongement, comme la propriété, les droits réels, leurs modes d'acquisition et les droits nés d'obligations ; enfin, dans une troisième partie, des actions, définies comme les moyens juridiques ouverts à chacun pour faire reconnaître et protéger ses droits¹¹¹. C'est bien le cadre des *Institutes* qu'emprunte Doneau, mais pour y ranger des concepts bien différents : non plus des choses mais des droits, qui plus est des droits subjectifs, notion qu'avait toujours ignorée le droit romain¹¹².

En France pourtant, le mouvement de systématisation du droit romain, si bien lancé par les humanistes, a tourné court dans l'immédiat. Il a été rapidement tari, tant par les contingences politiques du temps - les guerres de religion ont provoqué la disparition ou la dispersion de ses principaux adeptes, dont beaucoup avaient adhéré à la Réforme protestante - que par l'émergence du droit français, qui refoulait le droit romain et semblait rendre vaines les tentatives de mise en ordre dont il faisait l'objet. Dès la fin du XVI^e et le début du XVII^e siècle, c'est plutôt vers le droit français que se sont orientés les efforts de systématisation inspirés des *Institutes*, dont témoignent, bien qu'ils soient encore fortement teintés d'empirisme, des ouvrages comme les *Institutes coutumières* de Loisel et l'*Institution au droit des Français* de Coquille¹¹³. C'est en Allemagne et aux Pays-Bas, où Doneau, exilé à Heidelberg puis à Leyde, a fait école, qu'il a trouvé des continuateurs¹¹⁴.

Car la continuité est bien certaine entre les humanistes du XVI^e siècle et les juristes hollandais et allemands de l'École du Droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles, qui ont prolongé et élargi les voies ouvertes encore un peu timidement par les premiers : *Grotius surtout... prolonge l'humanisme hollandais, est l'humaniste par excellence. Il est conscient d'achever l'oeuvre des auteurs systématiques du XVI^e siècle. Après Grotius vient toute l'école du droit naturel, Pufendorf, Thomasius ou Wolff, Leibniz ; en France Domat, Pothier ; une multitude d'autres encore dans tous les pays d'Europe. Et cette entreprise a conduit aux codifications modernes, c'est-à-dire à une mutation*

111. *De jure civili commentaria*, lib. I, cap. 1, § 2, *Opera omnia*, Rome, 1828, t. I, col 3. Cf. Eyssell (Th.), *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon, 1860, réimp. anast. Genève, 1970 ; Villey (M.), *Formation (op. cit.)*, p. 543 suiv. ; Thireau (J.-L.), "Cicéron..." (préc.), p. 77 suiv.

112. Villey (M.), "Les *Institutes* de Gaius et l'idée du droit subjectif", *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 2^e éd., Paris, 1962, p. 167-188.

113. Reulos (M.), "L'importance des praticiens..." (préc.), p. 130 suiv. ; Sève (R.), "Le discours juridique dans la première moitié du XVII^e siècle", *L'Etat baroque (1610-1652)*, sous la dir. de H. Méchoulan, Paris, 1985, p. 119-145.

114. Feenstra (R.), "Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVII^e siècle : l'influence de son "système" sur l'évolution du droit privé avant le Pandectisme", *Jacques Godefroy (1587-1652) et l'Humanisme juridique à Genève, Actes du Colloque Jacques Godefroy*, Bâle-Francfort, 1991, p. 231-243.

radicale de la forme du droit, qui désormais se présentera dans un ordre logique...¹¹⁵. Chez Grotius et ses successeurs, avec assurément bien des nuances mais de plus en plus exclusivement, les thèmes entrevus et exprimés parfois confusément par l'humanisme s'affirment clairement et s'érigent en concepts fondamentaux de la pensée juridique moderne : le positivisme, le droit subjectif, la construction d'une science du droit purement rationnelle, entièrement dégagée des faits, reposant sur un système clos de règles produites par la seule raison, sur de véritables postulats permettant des déductions d'une rigueur toute mathématique¹¹⁶. Leur progression a conduit à s'affranchir de plus en plus des modèles romains pour construire des systèmes de droit naturel entièrement neufs, directement fondés sur les principes de la "nature" et de la "raison"¹¹⁷.

C'est l'influence de l'École du Droit naturel, complétée par celle du cartésianisme et du jansénisme, qui a vraisemblablement permis le renouveau en France d'une doctrine systématique assoupie depuis près d'un siècle. Dans ce genre en plein essor outre-Rhin, le XVII^e siècle français n'avait connu, dans ses deux premiers tiers, la publication d'aucun ouvrage notable ; dans son dernier, il a vu la naissance de plusieurs traités exposant sous forme systématique et axiomatique soit le droit romain, soit un droit français qui réalisait un large amalgame de règles coutumières et romaines. Dans la seconde catégorie se placent les *Arrêtés* de Guillaume de Lamoignon, l'*Institution au droit français* de Gabriel Argou et l'ouvrage du même titre, mais qui ne fut pas publié, de Claude Fleury ; dans la première, les célèbres *Loix civiles dans leur ordre naturel* de Jean Domat.

Domat, comme Doneau un siècle plus tôt, vouait une profonde admiration au droit romain, considéré comme l'expression la plus achevée de la raison naturelle. Comme lui aussi, il dénonçait toutefois la forme défectueuse du *Digeste*, qui ne répondait plus aux exigences de la logique rationaliste et déductive de son temps, et se proposait de recomposer l'ensemble de la matière selon un plan différent. Mais contrairement à Doneau, ce n'était plus aux *Institutes* qu'il empruntait ce plan, témoignant ainsi de l'évolution accomplie depuis l'humanisme : il prétendait le rattacher directement à de grands principes philosophiques et éthiques, à ces quelques vérités évidentes dont tout le

115. Villey (M.), *Formation...* (*op.cit.*), p. 525. Sur Grotius en particulier, *Ibid.*, p. 597 suiv. Sur l'École du Droit naturel dans son ensemble, le meilleur exposé en français est celui de Dufour (A.), *Le mariage dans l'École allemande du Droit naturel moderne à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, 1972, dont la première partie retrace de manière complète, en dépit du titre restrictif de l'ouvrage, les sources et la formation de l'École. En langues étrangères, v. Cavanna (A.), *Storia...* (*op.cit.*), p. 319 suiv. ; Wieacker (Fr.), *Privatrechtsgeschichte...* (*op.cit.*), p. 280 suiv.

116. Villey (M.), *Formation...*, p. 538. Dufour (A.), "L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les fondateurs de l'École du Droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf)", *Droits de l'Homme, droit naturel et histoire*, Paris, 1991, p. 93-110.

117. Sur les plans des traités de droit naturel élaborés en Europe centrale au XVII^e siècle, différents de ceux des *Institutes* : Arnaud (A.-J.), *Origines doctrinales...* (*op.cit.*), p. 130-139.

droit pourrait découler infailliblement comme dans la méthode du *mos geometricus* que les sciences offrent en exemple. Le plan devait donc reproduire fidèlement l'enchaînement rigoureux des idées à partir de ces quelques *principes naturels et immuables de l'équité, comme sont par exemple ces vérités générales : qu'il ne faut faire de tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les conventions et fidèle en toutes sortes d'engagements*¹¹⁸. Des principes dont Domat, en janséniste, trouvait la source dans les préceptes de la morale chrétienne, dans les commandements d'amour et de charité. C'est sur l'amour et la charité que reposent les engagements créateurs des liens sociaux, sans lesquels aucune société ne pourrait exister : engagements matrimoniaux et familiaux, engagements qui naissent dans le travail, qui fournissent ensemble la matière d'une première partie, avec leurs suites et les subdivisions auxquelles ils donnent lieu. Mais si les engagements créent les liens sociaux, il faut aussi les successions pour en assurer la perpétuation : c'est à elles qu'est consacrée la seconde partie du traité¹¹⁹. Une telle mise en ordre des lois romaines n'était pas uniquement affaire de forme : elle répondait à de plus hautes ambitions, visait à l'amélioration du droit dans son ensemble, à sa clarification, mais aussi, par ce moyen, au perfectionnement moral, au salut. Il s'agissait de donner à la règle de droit "une autorité fixe et immuable" en substituant au désordre des multiples sources du droit, qui laissait une trop grande place à l'arbitraire des juges et au jeu des passions humaines, un corps de lois parfaitement rationnelles parce que rigoureusement déduites et ordonnées à partir des principes supérieurs de la morale, et qui, parce qu'elles exprimaient ainsi les volontés divines, devaient permettre aux hommes d'atteindre leur fin surnaturelle : *la novation des méthodes de la raison juridique devient le moyen qui permettra au juge de rendre une véritable justice, c'est-à-dire une justice qui rétablisse - ou s'efforce de rétablir - dans les sociétés humaines, l'ordre conforme aux desseins du Créateur*¹²⁰.

Ni la fortune considérable des écrits de Domat ni les tentatives concordantes de Daguesseau pour introduire en France des plans de droit naturel¹²¹ ne sont cependant parvenues à détourner la doctrine française du XVIII^e siècle, moins ambitieuse ou plus pragmatique, du plan tripartite inspiré des *Institutions*. Lui sont ainsi restés fidèles les auteurs des *Institutions au droit français*, Argou et Fleury, puis Bourjon et Pothier. Toutefois, sous un aspect apparemment immuable, ce plan traditionnel a lui aussi évolué, son contenu s'est transformé pour épouser les formes de plus en plus dogmatiques

118. Préface des *Loix civiles*, cité par Arnaud (A.-J.), *ibid.*, p. 144.

119. Sur Domat et sa méthode, outre Arnaud (A.-J.), *op.cit.*, p. 142-147 : Renoux-Zagamé (M.-F.), "Domat, le salut et le droit", *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n° 8, p. 69-111, et "La science nouvelle du droit", même revue, 1989, n° 9, p. 73-75 ; Guzman (A.), *Ratio scripta (op.cit.)*, p. 113 suiv. ; Todescan (F.), *Le radice teologica del giusnaturalismo laico. II, Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di J. Domat*, Milan, 1987, et "Domat et les sources du droit", *Archives de Philosophie du droit*, XXVII, 1982, p. 55-66.

120. Renoux-Zagamé (M.-F.), "Domat, le salut et le droit" (*préc.*), p. 73.

121. Arnaud (A.-J.), *op.cit.*, p.147 suiv.

et systématiques de la pensée juridique. L'initiative de cette transformation revient, comme l'a montré A.J. Arnaud¹²², à Leibniz. Au plan des *Institutes*, tel que l'avait conçu Gaius, et suivi les juristes du XVI^e siècle, le philosophe allemand reprochait de reposer sur l'observation de faits concrets, dont, pas plus que Grotius ou les autres tenants de la méthode systématique, il pensait qu'ils n'avaient leur place dans une science du droit digne de ce nom. La troisième catégorie en particulier, celle des actions, lui semblait trop hétérogène et d'une autonomie plus que douteuse à l'égard des deux premières, personnes et biens, puisque toutes ces actions sont soit personnelles, soit réelles. Aussi, tout en conservant ce cadre, il préconisait d'y classer désormais les actes juridiques selon leur *qualitas moralis*, en distinguant les sujets du droit, donc les personnes, les objets, c'est-à-dire les choses, et enfin les causes, les modes d'acquisition des droits, substitués aux actions : tournant décisif qui conduit au plan des codifications modernes.

C'est effectivement en fonction de ces trois grandes masses et des relations qui existent entre elles, que sont structurés les traités de Fleury et d'Argou, puis, dans le courant du XVIII^e siècle, le *Droit commun de la France* de Bourjon et le traité *Operis divisio* de Pothier, publié à la fin de ses *Pandectes* ; enfin, à la veille de la Révolution, les ouvrages d'Olivier¹²³. Le *Droit commun* de Bourjon en particulier, s'il lui manque, à la différence des autres, d'avoir pour fondement le concept de droit subjectif, annonce bien, dans sa forme et jusque dans ses subdivisions, la structure du *Code civil*, qui s'en est directement inspiré¹²⁴. Avec l'inconvénient majeur que l'on connaît : la disproportion flagrante entre les deux premiers livres et le troisième, trop vaste et trop hétérogène, dont la responsabilité première incombe aux amendements apportés par Leibniz et les juristes français qui l'ont suivi, au plan primitif des *Institutes*.

Aussi est-ce bien à la fois pour son fond et pour sa forme que le *Code civil* est redevable à la doctrine de l'Ancien droit. Les deux sont d'ailleurs indissolublement liés, car les systèmes élaborés par les juristes modernes - l'exemple de Domat, s'il est particulièrement net, n'est nullement isolé - ne résultaient pas d'un simple besoin de théoriser et, à la différence des *Institutes* romaines, ne s'adressaient pas aux seuls étudiants : *De façon plus ou moins directe*, notait Michel Villey¹²⁵, *ils dominèrent la pratique. Ils furent sources de droit. Qu'est-ce à dire ? Qu'au primat de la jurisprudence (dans son sens traditionnel) comme source créatrice du droit, se substitue le règne de la doctrine. Faire le droit, cela n'exige plus ce contact avec les cas d'espèce qu'avait le jurisconsulte romain, cette proximité aux faits, auxquels il devait adapter la solution avec "prudence". Le droit résidera bien plutôt dans les règles, à l'avance imposées au juge qu'on trouve systématisées dans les traités de la doctrine*". Mais ce règne de la doctrine risquait fort de n'être que transitoire et

122. *Ibid.*, p. 130-139.

123. *Ibid.*, p. 156-170.

124. *Ibid.*, p. 159 suiv. ; Martinage-Baranger (R.), *Bourjon (op.cit.)*, p. 61 suiv.

125. Villey (M.), *Formation...*, p. 539.

d'annoncer à plus ou moins long terme celui de la loi, que les juristes modernes appelaient d'ailleurs de leurs vœux et auquel ils ont préparé le terrain en diffusant une conception axiomatique et, en fin de compte, positiviste du droit, en oeuvrant pour la réduction de celui-ci dans son ensemble en un corps de règles certaines et impératives, tirant toute leur autorité de la volonté du souverain. Si Domat reçut de Louis XIV une généreuse pension qui lui permit d'achever son ouvrage, *c'est bien parce que certains, dans l'entourage du Grand Roi, surent discerner dans son projet l'appui qu'il pouvait apporter aux différents éléments du programme de Colbert en matière de droit : mettre fin au pluralisme des sources hérité du moyen âge, réduire le droit privé en un corps unique de règles précises, reposant désormais sur la seule volonté du Prince*¹²⁶. A mesure qu'elle travaillait à édifier un ordre juridique nouveau, à substituer au traditionnel pluralisme des sources un système d'inspiration moniste, à élever sur le chaos des textes fragmentaires et contradictoires un ensemble cohérent qui, soutenu par une logique rigoureuse, semblait se suffire à lui-même, la doctrine rendait moins évidente l'utilité de sa fonction. En favorisant les efforts de l'Etat pour prendre en main la création du droit, elle renonçait à une bonne part de ce qui, historiquement, avait été sa mission et iintroduisait bien des incertitudes, qui restent encore à lever, sur sa qualité de source du droit.

126. Renoux-Zagamé (M.-F.), "Domat..." (*loc. cit.*), p. 72-73.