

BIBLIOGRAPHIE

Denis Baranger, *Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Préface de Stéphane Rials, Paris, Presses Universitaires de France, collection Léviathan, 1999, 408 p.

De la thèse de doctorat d'où il procède (et dont le texte a été substantiellement remanié), cet ouvrage n'a conservé que les vertus : richesse et sûreté de l'information, solidité de l'architecture, rigueur de l'analyse, souci démonstratif qui confère au propos un dynamisme interne en parfaite adéquation avec le sujet traité. Il ne s'agit pas tant, ici, de reconstituer un moment capital dans le développement des institutions britanniques, ou de retracer une évolution après tout connue, au moins dans ses résultats. Le but poursuivi n'est pas de déterminer *quand*, mais *comment* est né le parlementarisme anglais. Fort de sa maîtrise des sources, l'auteur s'applique à rendre intelligible cette longue période qui voit la constitution de l'Angleterre prendre, pour l'essentiel, son visage moderne et, ainsi, se constituer en modèle des Etats démocratiques. Armé d'une perception aiguë des spécificités politiques, juridiques, philosophiques de ce pays si proche et si différent, il s'emploie à dégager d'un cheminement historique à la limite du chaotique, non pas des lois (entreprise qui trahirait un déterminisme impertinent), mais des lignes de force, des principes interprétatifs qui éclairent la nature. Observant constamment une nécessaire (mais rare) distance critique vis-à-vis des grandes tendances de l'historiographie anglaise, il procède avec patience, minutie et méthode à la réinvention d'un objet théorique et concret qui pouvait passer pour aller de soi et dont il fait, à bon droit, valoir le caractère problématique (c'est ce qu'il a de fondamental qui est manifeste) : la responsabilité des gouvernants.

Comment, en l'espace d'un peu plus d'un siècle, la transition s'opère-t-elle d'une monarchie qu'on pourrait dire authentique, centrée sur la figure et la fonction royale, à un régime de cabinet ? Par quels détours l'Angleterre en vient-elle – sans changer de constitution, puisque celle-ci, par définition, ne saurait se réécrire ni se refonder – à être dirigée par un groupe

d'hommes comptables de leurs actes devant les représentants du pays ? Ces questions n'ont certes rien d'indifférent. Denis Baranger s'efforce de leur trouver réponse en mettant en lumière la logique d'idées qui sont enracinées dans la conscience – peut-être faudrait-il dire l'inconscient – de la société politique anglaise et qui influent sur le devenir historique de cette société, selon une dialectique complexe, parfois peu rationnelle, qui les fait entrer en composition avec d'autres forces agissantes qu'il ne néglige aucunement. La notion centrale est celle de *trust*. Ce que scelle la Glorieuse Révolution de 1688-1689 sur laquelle s'ouvre l'étude, c'est le passage d'un *trust* venu de Dieu, qui fondait la puissance du monarque, à un *trust* venu du peuple, qui lie la Couronne et ses serviteurs envers le royaume. Encore faut-il que les principes alors énoncés, qui résultent eux-mêmes d'une longue histoire, se traduisent en une pratique institutionnelle déterminée. Des mécanismes vont favoriser cette évolution, comme l'extension du rôle du conseil, qui contribue à réduire inexorablement les pouvoirs du roi. Des facteurs tenant à la dynamique propre des institutions jouent également, comme le développement de la législation, qui entraîne une expansion en quelque sorte naturelle du pouvoir exécutif : ce dernier est à la source du droit statutaire, lequel se voit, par surcroît, reconnaître la supériorité sur la *Common Law*. De même, le pouvoir de dissolution se mue progressivement, et de manière paradoxale mais absolument cohérente, d'instrument de l'arbitraire royal en vecteur de transformation du peuple en acteur institutionnel majeur. Si les partis ne sont pas absents de la scène, la réalité de leur impact est justement resituée : ni inexistants, ni prédominants, ils tiennent du clan, du groupe d'intérêt, assez peu du courant idéologique, et doivent en toute hypothèse être distingués des factions parlementaires. En revanche, les effets croisés des exigences de la représentativité et de la responsabilité contribuent à la naissance d'un parlementarisme rationalisé. Par ailleurs, l'œuvre de mutation institutionnelle est facilitée par le recours à des fictions comme l'unité de l'exécutif, sous le couvert de laquelle se réalise une scission interne au sein des organes de gouvernement. Enfin, dans le temps même où on les invoque pour préserver les apparences d'un régime inchangé, des maximes sont subverties, comme celle selon laquelle « *the king can do no wrong* », qui, tout en posant un principe d'innocuité du souverain, tend à l'écarter de l'arène politique et inscrit dans la réalité la règle de la responsabilité de ses ministres.

Peu à peu, sans nul plan préconçu, par un processus d'accrétion qui n'exclut ni les interruptions ni les régressions, avec, en toile de fond, des

« mythes nombreux » et une « imperfection procédurale incorrigible » (p. 387), la monarchie change de nature. En conséquence d'un glissement de sens soutenu par la logique des institutions et des idéologies tout à la fois, la responsabilité pénale et individuelle des serviteurs du monarque (matérialisée par la procédure d'*impeachment*, passage initialement obligé de toute mise en cause des membres du gouvernement de Sa Majesté) cède la place à une responsabilité politique et collective du groupe central de ses ministres devant le Parlement. Se met de la sorte en œuvre une stratégie de justice politique, qui finit par substituer à un Etat fiscal-militaire un Etat unitaire en voie de bureaucratisation. Il importe de le remarquer (ce n'est pas la moindre des leçons de l'ouvrage) : ce mouvement n'entraîne aucun assujettissement du pouvoir exécutif mais, au contraire, libère celui-ci et, par là, le renforce, en lui reconnaissant une autorité autonome, pourvue de sa propre légitimation. Sans aller jusqu'à considérer que « le parlementarisme aurait été, dès les fonts baptismaux, biaisé au profit de la puissance exécutive », on peut néanmoins hésiter entre deux inférences : « soit le régime parlementaire n'est pas fondamentalement libéral, soit le libéralisme n'est pas ce que nous croyons » (p. 386).

Certaines des interprétations avancées au fil de ces fortes analyses pourraient appeler discussion. On doute, par exemple, qu'il soit légitime de lire le *Bill of Rights* de 1689 comme un contrat passé entre le roi (en l'occurrence les deux souverains, Guillaume et Marie) et le peuple (voir p. 45-46). Plus précisément, il faut convenir que ce n'est pas de cette manière que ce document au statut assurément indéfini fut perçu par les contemporains, qu'il fut conçu par ses auteurs, qu'on peut le définir d'un strict point de vue juridique. S'il confirmait bien, à nouveau et conformément à un rite ancien, des libertés immémoriales, on ne saurait lui assigner la valeur d'un pacte qu'à la condition de dire la monarchie anglaise d'essence contractuelle depuis les origines, proposition audacieuse et, en toute hypothèse, contradictoire avec l'idée d'un passage, en 1688-1689, de l'ère du droit divin des rois à l'ère du régime parlementaire et représentatif. On peut, également, estimer que la supériorité du droit statutaire sur la *Common Law* était déjà reconnue depuis le XVI^e siècle – bien des textes de Thomas More, de Saint-Germain ou de Francis Bacon incitent à le penser – et que, à cet égard, la Glorieuse Révolution, n'innova pas (voir p. 197). Plus largement, on éprouve quelque regret de ce que la notion centrale de *trust* ne soit pas mieux articulée, d'un point de vue théorique, avec celle de souveraineté. Les pages consacrées à la première (p. 43-74), qui sont parmi les plus sti-

mulantes du livre, comportent d'utiles et neuves analyses. La mise au point fournie sur l'entrelacs d'enjeux juridiques, politiques et moraux qui sont au cœur du *trust* souligne efficacement la valeur herméneutique de ce concept. Peut-être l'exposé de la question eût-il encore gagné en force en montrant combien, précisément, il était d'emblée difficile, en Angleterre, de concilier un pouvoir de gouvernement entendu sous les espèces d'un mandat – à cet égard, peu importait l'identité du mandant : Dieu, le Parlement ou le peuple, l'effet était le même – avec l'acceptation franche des attributs de la souveraineté, tels que Hobbes devait les théoriser dans le sillage de Bodin. Arriver à parler, comme c'est le cas au XIX^e siècle, de « souveraineté parlementaire » dans un contexte monarchique relève, à bien des égards, du tour de force conceptuel. Il y a là une bonne raison de penser que l'histoire politique anglaise, au lendemain des révolutions du XVII^e siècle, peut aussi se lire comme une longue partie d'esquive vis-à-vis des conclusions formulées dans le *Léviathan*.

Reste l'impression dominante que ce livre offre l'illustration d'une intelligence peu commune de la réalité institutionnelle de l'Angleterre, dans ce qu'elle a de fluide, de paradoxal et de fascinant pour l'observateur continental. On ne court pas grand risque à présumer qu'il fera date.

Franck LESSAY

*

**

René Chapus, *L'administration et son juge*, Paris, PUF, 426 p.

L'administration et son juge rassemble une série d'études (et même un extrait de sa thèse de doctorat) que le professeur René Chapus, tout au long de sa carrière universitaire, a livrées à différentes revues et qui intéressent le droit administratif, l'organisation de l'Etat, la juridiction administrative, le droit de la fonction publique, entre autres. Mais l'originalité du livre vient de ce que l'auteur ne s'est pas contenté de rassembler ces études ou de les présenter dans l'ordre chronologique ; on ne s'étonnera pas, en effet, que le travail de toute une vie se soit trouvé ordonné autour de l'administration et de son juge, quel qu'ait été, au fil des ans, l'angle sous lequel ce rapport ou les termes de ce rapport étaient analysés et cela donne au livre une singulière cohérence, plus intéressante, en un sens, que si le professeur Chapus avait, à un moment donné, consigné ses réflexions sur ce rapport dans un

ouvrage de synthèse : la synthèse s'impose dans ce livre, riche des mille facettes qui concourent à sa survenance.

Les deux parties de l'ouvrage *du côté du droit administratif et le côté de la juridiction* s'ouvrent par une analyse de l'arrêt *Blanco* du tribunal des conflits, de son contenu et de sa *découverte* par Georges Tessier et qui fonde la répartition des compétences administrative et judiciaire tout en justifiant cette répartition par la nature du fond du litige. Sont alors abordés, dans la première partie, les services publics, la puissance publique, sa responsabilité, les fonctionnaires publics, les actes, décrets réglementaires délibérés en Conseil des Ministres ou actes de gouvernement, les principes généraux du droit. Dans la deuxième partie, la notion de juridiction, la dualité des juridictions avec une étude intéressante des rapports entre la Cour des Comptes et le juge judiciaire, et des points plus particuliers, tels, par exemple, l'urgence et le contrôle des faits par le Conseil d'Etat juge de cassation.

L'ouvrage s'ouvre et se clôt par deux études, l'une consacrée à *l'administration et son juge, ce qui change*, l'autre aux *fondements de l'organisation de l'Etat défini par la déclaration de 1789 et leur prolongement dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat* ; la première, écrite en 1992, relève que si le juge administratif voit son domaine de compétence se restreindre, le contrôle qu'il exerce sur l'administration s'approfondit en même temps que s'enrichit le contenu des normes – notamment européennes – qui fondent ce contrôle ; la seconde, écrite plus tôt, en 1989, distingue deux assises primordiales de l'organisation de l'Etat, à savoir le principe de la souveraineté nationale et celui de la séparation des pouvoirs ; mais elle accorde une place tout aussi importante à la garantie des droits, assurée de façon fondamentale par la séparation des pouvoirs et celle des juridictions administratives et judiciaires, par la voie du recours pour excès de pouvoir contre la décision administrative et par le principe des droits de la défense.

Les magistrats administratifs savent tout ce qu'ils doivent au professeur Chapus et notamment à son *droit du contentieux administratif*. Ils liront ou reliront avec fruit ces études dont les solutions apportées à leurs dossiers ont fourni la matière brute et dont la réflexion doctrinale les a aidés dans leur tâche quotidienne.

*
**

Jean-Pierre Coriat, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Bibliothèque des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome, t. 294, Ecole française de Rome, Palais Farnèse, 1997, 771 p.

La thèse de J.-P. C. est un monument recelant de multiples richesses sur l'ensemble desquelles on ne saurait ici attirer l'attention. Tout au plus ces lignes ont-elles pour modeste propos d'en donner une vision d'ensemble, forcément approximative et lacunaire.

1. – En toute logique, l'a. s'attache d'abord à présenter les sources de la législation sévérienne, dont l'importance quantitative a considérablement varié selon les empereurs ; ainsi y a-t-il fort peu de choses sous Macrin et Elagabal (116). Le creuset dominant est le *CJ*. Mais, parmi les sources indirectes, 384 passages de jurisconsultes représentent un apport essentiel à nos connaissances (31-32 et 142), les sources littéraires s'avérant beaucoup plus réduites, ce qui n'est pas vraiment surprenant (34).

En ce qui touche les normes elles-mêmes, les lois géminées réclament attention, car des textes fort proches peuvent concerner des matières différentes (42). Un grand nombre d'entre elles nous est connu par les jurisconsultes. Elles sont largement la conséquence de la nature casuistique et contentieuse du système juridique romain, dont la technique d'énonciation du *ius* est à l'opposé de la technique législative d'un droit contemporain codifié (62). Si l'a. présente (102 et 112) deux tableaux de classification fort pratiques situant les constitutions les unes par rapport aux autres et en regard des autres sources normatives, il n'en souligne pas moins que leur énumération courante, selon le schéma quadripartite traditionnel, gagnerait à être affinée. Ainsi la catégorie du mandat est-elle assez imprécise (75 et s.), alors que celles du rescrit et du décret font problème (98) : on peut hésiter en effet sur la définition de l'*apokrima* – rescrit ou décret, *responsum* ou *sententia/decretum*. C'est que l'empereur, héritier à la fois des jurisconsultes dotés du *ius publice respondendi* et du juge ordinaire, donne son avis qui, dans le premier cas, est officialisé par une réponse plus ou moins contraignante, et dans le second est consacré sous la forme d'une sentence judiciaire. Il est d'ailleurs précisé (113 et 173) que les décisions contentieuses dominent considérablement sur le plan quantitatif, sous forme le plus souvent d'interventions individuelles (176), et parmi elles les rescrits (120) sous leurs deux formes essentielles, *libellus* et *suscriptio* (177), véri-

table « mode de législation de droit commun » : 1200, dont 1122 souscriptions, sur un total de 1365 décisions (157). Pour ce qui touche aux sources en ce temps quantitativement « résiduelles », intéressante explication de l'*oratio principis* (102), au demeurant fort rare et proche des décrets et rescrits contentieux, qui ne se justifie guère que par la volonté du prince de ménager sa popularité par le recours respectueux à une forme traditionnelle de procédure législative (506). Il est également rappelé que le *s.c. de damnatio memoriae* laisse subsister les actes de l'empereur maudit jugés incontournables, mais sous le nom du prince le plus proche de lui chronologiquement et qui n'a pas été déchu (106).

2. – Les méthodes d'élaboration législative sont ensuite abordées dans ce qui constitue sans doute le cœur de cette recherche. Sous les Antonins et les Sévères, le droit ne résulte plus de l'activité conjuguée des magistrats judiciaires et des jurisconsultes indépendants. Il est contenu dans les constitutions et les sénatus-consultes rédigés à la chancellerie, au nom du *princeps*, par la « jurisprudence bureaucratique », et sanctionné par la procédure non plus formulaire mais extraordinaire, grâce à laquelle les divers ordres juridiques sont réunis, uniformisés et forment un *ius* à vocation universaliste, dont l'unique source est la providence impériale (170). Et c'est pour exprimer cette originalité et cette autonomie – par opposition au système normatif de la période classique antérieure dont les deux composantes, le droit civil et le droit honoraire, coexistent et se combinent dans un ensemble codifié de droit ancien – que certains romanistes ont utilisé le terme de *ius novum* (Rudorff, Kuntze, Riccobono, Biondi, De Francisci, Schiller).

Les empereurs sont itinérants, comme les rois de France jusqu'à la fin du XVI^e siècle (179) : ils veulent se faire voir, assurer leur propagande et leur publicité : en fait, la capitale est là où se trouve l'empereur (183-184). Le rôle de son Conseil est en principe consultatif (245-246), mais le noyau fixe de celui-ci, constitué des *consilarii*, du Préfet du Prétoire (chevalier), du Préfet de la Ville (clarissime), tous deux étant en général juristes de formation (241-242), et des chefs des bureaux, confectionne en fait les constitutions avec lui (249). Ses conseillers « ordinaires » sont souvent les meilleurs juristes (203-204), tandis que les conseillers « temporaires » auraient été des hauts fonctionnaires et des *amici* (203, 204, 206), le titre de *comes*, d'épisodique, ayant eu tendance à devenir permanent (209). Beaucoup semblent avoir été gouverneurs de provinces (224) avant d'exercer des fonctions proprement judiciaires (225). Les conseillers

équestres, pour leur part, sont déjà des juristes professionnels, parmi lesquels se distinguent des noms illustres : Paul, Triphonien, Ulpien, Modestin, *etc.* (227). Pour sa part la Chancellerie, c'est-à-dire les bureaux, joue un rôle technique (250-251). Les secrétaires des bureaux palatins sont en général d'excellents juristes et rapportent sur les affaires préparées avec leur concours (270). Suivant l'empereur dans ses voyages, ils semblent surtout participer aux délibérations contentieuses (274-275). Ils peuvent d'ailleurs, par la suite, être appelés à occuper les plus importantes Préfectures (271) et même, comme élite de l'ordre équestre, se voir promu au clarissimat (271-272).

L'*ab epistulis* établit les mandats et les consultations sous formes de rescrits par lettres (251-252), tandis que les rescrits contentieux par souscription – la réponse figure au bas de la lettre du demandeur – qui représentent l'énorme majorité, on l'a vu, émanent de l'*a libellis* (252). L'*a cognitionibus* procède à l'instruction préalable des procès portés au tribunal impérial (252) ; son représentant participe aussi aux délibérations permettant à l'empereur de statuer (252-253). L'avocat du fisc est le défenseur judiciaire et le conseiller juridique du prince pour les affaires fiscales (253). L'*a studiis* fournit la documentation juridique à l'empereur et à son conseil (254), tandis que l'*a memoria* établit les diplômes donnant le droit d'utiliser le *cursum publicum* et a surtout pour tâche de rappeler au prince d'exécuter ses promesses de bienfaits et de privilèges (255). En résumé, l'entourage impérial fondamental, dont l'a. fournit un tableau très intéressant (278), comprend en tout environ 92 personnes durant la période sévérienne (279).

Le rôle personnel du prince et d'un cercle très étroit de conseillers semble avoir été déterminant dans la prise des décisions réglementaires (553), alors que l'intervention directe de l'empereur, par rapport à celle des secrétaires palatins et des juristes du conseil, est plus difficile à apprécier dans le domaine contentieux (560) et, en tout cas, est rare (568). Quoi qu'il en soit, la place du secrétaire palatin *a libellis* est éminente à la fois pour la prise de décision et pour la rédaction de l'acte (569). Pour la période sévérienne, se seraient succédé à cette fonction 11 responsables, dont Papinien, Ulpien, et Modestin (571). L'auteur souligne que la bureaucratie palatine est en vérité à la base de tout, qu'elle est la véritable matrice de la procédure dont la place essentielle se manifeste à travers les rescrits d'abord, à travers les décrets ensuite (282), les premiers constituant le contentieux indirect, les seconds le contentieux direct (284). L'a. procède à ce sujet à une intéressante comparaison entre les juristes de l'ordre équestre

et la noblesse de robe de l'Ancien Régime (281). Il démontre, par ailleurs, que les jurisconsultes, animés d'un esprit généralement peu critique, reflètent en fait avec discipline l'idéologie impériale (282).

La majorité des affaires sont des appels contre des décisions de gouverneurs de provinces (286), effectués en général dans le cadre de la *cognitio extra ordinem* (287). Le lecteur aurait aimé que quelques mots fussent consacrés à la *provocatio*, pour mieux la situer par rapport à l'*appellatio* (288). Mais il est vrai que cette dernière l'emporte quantitativement et que le terme recouvre toute la procédure, et pas seulement l'acte initial lançant la procédure (292). Pour les saisines en première instance, elles s'effectuent dans le cadre de la *cognitio* impériale (296), quelques-unes relevant du criminel, mais la majorité du civil (297-298). Seuls les *honestiores* paraissent avoir accès à cette *cognitio* en première instance (300), qui touche pour l'essentiel à des dossiers fiscaux, à des affaires de tutelle, au droit judiciaire et au droit militaire (303-304). Pour désencombrer les services impériaux, certains hauts-fonctionnaires ont délégué *vice sacra* et se substituent alors au prince. Plus souvent les bureaux palatins, préférant une procédure indirecte, renvoient par rescrit consultatif le dossier au juge compétent qui statue en se fondant sur cet avis (306-307). Dans ce cas, plusieurs procédures peuvent être mises en œuvre.

D'abord, un fonctionnaire-juge peut solliciter l'empereur en lui adressant une *relatio*, demande de consultation qui d'officiuse devient peu à peu officielle ; celui-ci répond et résout la question qui lui est soumise par un rescrit en forme d'*epistula* (309). Jusqu'au III^e s., la procédure de la *relatio* ressemble à un appel ; ensuite, par le rescrit du prince qui la sanctionne, elle se rapproche formellement de la procédure de saisine par requête d'un particulier, en général de condition modeste (314, 316-317). Dans ce cas, la requête est adressée par *libellus*, que celui qui l'envoie agisse pour son propre compte ou par délégation, comme dans le cas des nombreuses plaintes de communautés paysannes contre les petits fonctionnaires, les militaires ou les cités dont elles dépendent (318). Ici la réponse est un rescrit par *suscriptio*, non par *epistula* (320). Dans le cas où l'objet de la consultation est financier – ce qui est le plus fréquent lorsqu'une cité est en cause – le rescrit n'a qu'un caractère réglementaire, et non contentieux (321). C'est l'empereur qui reçoit directement libelles et lettres, avant transmission aux bureaux compétents de la chancellerie (322). Encore que cela soit discuté, il semble que les requérants se déplacent jusqu'à lui, et

qu'il n'y ait pas transmission systématique par l'autorité locale (le gouverneur) (328).

La technique du contentieux impérial indirect est prédominante : qu'il y ait requête sur *relatio* d'un juge ou sur *libellus* d'un particulier, cela conduit toujours à une réponse sur consultation sous forme de rescrit. Ainsi le rescrit, et non le décret, est l'instrument principal de diffusion de la procédure étatique *extra ordinem* par laquelle intervient la décision impériale (328-329). Ce qui n'empêche que décrets et rescrits forment ensemble le *ius novum* mis en œuvre par la *cognitio*, et ne relèvent donc pas de la procédure traditionnelle devant les gouverneurs, préfets de Rome et magistrats spécialisés (329). L'empereur, s'il est présent, mène les débats conduisant à arrêter la décision (330), mais son intervention directe est plus manifeste dans les décrets de première instance, où elle s'avère extrêmement libre dans l'interprétation du droit (333). Les décrets d'appel, qui ont pour domaine essentiel les successions testamentaires et les tutelles (331), aboutissent le plus souvent à une infirmation de la sentence initiale (330). Tous les *crimina* pour lesquels existaient des *quaestiones* sont désormais jugés par procédure cognitive ; l'*ordo exercendorum publicorum* est donc abandonné (334). Sur un autre plan est affirmé le principe du monopole de la juridiction fiscale exercée, à titre principal, par les procurateurs provinciaux (337).

Ainsi, la *cognitio* civile s'est développée en corollaire de la *cognitio* pénale. Si la seconde a définitivement remplacé la procédure accusatoire traditionnelle au début du III^e s., la première n'empêche pas l'*ordo* de subsister encore, tout en l'évinçant, de manière inéluctable, surtout par le jeu du rescrit impérial (338). C'est qu'à partir d'Hadrien se met en place une technique judiciaire qui transforme le rescrit de simple *responsum* en un acte de nature juridictionnelle, qui acquiert une valeur quasi décrétole : au titre de décret conditionnel, les dispositions qu'il prescrit s'imposent au juge, sous réserve du contrôle de la véracité des faits allégués par le requérant. La procédure par rescrit, en effet, limite le pouvoir de décision du juge du fond par la surveillance qu'elle instaure sur le procès dont celui-ci connaît (338-339). 1) Dans un premier temps, situation la plus courante, le rescrit est émis *ex ante*, c'est-à-dire avant le prononcé de la sentence du juge. Les directives qui sont destinées à celui-ci font que le rescrit dirige l'instance en orientant son appréciation de la cause. 2) Dans un second temps, plus rare dans les sources, le rescrit est émis *ex post*, une fois que le juge a rendu son décret. Soit il confirme celui-ci, pour un motif procédural, soit, au contraire, il le sanctionne (339). L'insertion de fait du rescrit

dans le processus judiciaire est une pratique devenue courante à l'époque sévérienne, mais qui ne dispense pas encore de l'obligation de l'introduction d'une demande d'appel. Elle ne sera consacrée officiellement que sous Dioclétien dans la procédure *per rescriptum*, où le rescrit jouera désormais automatiquement le rôle d'acte introductif d'instance, et son dépôt, celui de *litis contestatio* (340).

Au total, les rescrits impériaux sont la source privilégiée pour observer le double mouvement d'une profonde mutation.

– Les rescrits dits formulaires mettent en lumière l'infiltration du droit impérial dans le procès *secundum ordinem*, qui a pour conséquence la mise en dépendance du « magistrat formulaire » à l'égard de la bureaucratie centrale, et la disparition du pouvoir discrétionnaire d'interprétation qui s'exprimait dans la *causae cognitio* prétorienne. C'est là comme la face négative du changement par rapport à l'ordre ancien (368). Mais vis-à-vis des justiciables, cette politique n'apporte pas de bouleversement. Quel que soit le type de procès, le droit impérial puise dans le riche arsenal de la technique du droit honoraire pour promouvoir une équité du prince qui reprend à son profit tous les ressorts de ce qui fut l'expression de l'équité prétorienne (444).

– D'autre part, la nouvelle réalité judiciaire est la généralisation – par la procédure par rescrit – du procès *extra ordinem* dans lequel les réponses de la chancellerie sont autant d'instructions adressées aux fonctionnaires, en particulier aux gouverneurs de province. Ces rescrits – les rescrits dits cognitioires –, instruments essentiels de la diffusion de la *cognitio*, investissent les agents du prince, à la fois magistrats et juges, des prérogatives qui furent celles du prêteur, mais qui, n'étant plus limitées par le formalisme de l'*ordo*, sont élargies à l'ensemble du procès (368). Par la fréquence et le contenu de ses interventions, le rescrit s'affirme, d'autre part, comme un instrument d'organisation de ce procès (370). Mais il est fondamentalement une source du droit en tant que tel, et sans qu'il y ait lieu d'invoquer des précédents pour lui reconnaître l'autorité de règle normative (430).

L'ensemble de cette démarche est symbolique de l'affermissement de l'autorité impériale (419). Au titre de l'éthique du pouvoir, elle rend concret l'un des thèmes essentiels de l'idéologie de la monarchie, celui de l'idéal du souverain absolu mais source de toute justice. Proclamer que celui-ci « est au-dessus des lois », et que « ce qui lui plaît a valeur de loi », non seulement consacre par une formule juridique une réalité politique et

constitutionnelle, mais signifie aussi que son pouvoir, et son devoir, de juge et législateur lui confèrent naturellement la possibilité d'interpréter, de modifier le droit, de dispenser de son application (446). La procédure par rescrit fait du *princeps* l'héritier à la fois du préteur, par la mise en œuvre d'une véritable *causae cognitio* impériale et l'organisation du procès tant formulaire que cognitoire, et des juriconsultes, par la fonction de consultation juridique, mais contraignante, que sa réponse assume à l'égard du magistrat de l'*ordo* et du juge-fonctionnaire de la *cognitio*. (449).

Il est vrai que le vocabulaire utilisé ne permet pas de savoir avec exactitude si un rescrit renvoie à un juge *extra ordinem* (Préf. prétoire, proc. fisc, par ex.) ou à un juge de l'*ordo*, car les termes *cognitio* et *iurisdictio* subissent une évolution dans leurs acceptions respectives, imprécisément rendue par le terme *notio* (405). Et l'assimilation des deux termes est parfois si ambiguë que l'on en arrive à trouver la formule *iurisdictio extraordinaria* ! (442). Quoiqu'il en soit, la *cognitio* est caractérisée par le fait qu'il s'agit d'une procédure écrite fondée sur l'idée de hiérarchie (438), dans laquelle le juge doit s'appuyer sur des preuves, essentiellement écrites elles aussi (436). De façon générale les rescrits, plutôt que d'imposer le droit romain de manière exclusive et uniforme, l'utilisent comme une sorte d'échelle de référence, pour apprécier des situations nées de la pratique locale. A ce titre, et selon les cas, l'importance de la législation à caractère provincial transparaît dans la double tendance de la technique législative.

a) D'une part, les juristes de la chancellerie recourent à la solution du droit romain. Mais, à côté d'une romanisation réelle, d'autres cas traduisent une romanisation en fait plus limitée, soit parce que le droit romain sert seulement de point de référence pour combler une lacune de la pratique locale, soit parce qu'il ne sert qu'à accommoder la coutume pérégrine à la règle officielle par le biais d'une fiction purement formelle.

b) Mais, et c'est le second aspect de la technique législative qui accentue le caractère provincial des rescrits, la chancellerie consacre dans ses constitutions certaines institutions du droit local, et là de façon directe, sans recourir à un artifice de pure forme (380-381). Constat qui incite l'a. à faire sienne la conception selon laquelle la Constitution de 212 a eu pour conséquence de permettre la survie des droits locaux en les incluant dans l'ordre juridique romain comme coutumes provinciales (413 et 623). Et ceci préfigure déjà, dans une certaine mesure, le droit « vulgaire » de l'Empire tardif (418). On constate que le droit savant, celui de la littérature jurisprudentielle, donne au « *Reichsrecht* » une prépondérance qu'il perd

dans la réalité. En fait, le droit romain provincial, et les droits locaux quand ils sont acceptés, représentent le droit vivant, celui du contentieux quotidien traité par la chancellerie impériale (417). Et la considérable incidence de ce type de démarche dans certains cas ne doit pas être sous-évaluée (387 et s.). Compte tenu des besoins financiers de l'Etat, l'*utilitas publica* conduit à développer un droit du *fiscus* non plus considéré comme bien personnel du prince, mais comme institution étatique. Ceci participe à la naissance d'un *ius publicum* (398-399). Même constat pour le droit militaire, étant donnée l'importance de l'armée dans la survie de la dynastie (400-401). Pour le reste, les matières les plus fréquemment traitées par la législation sévérienne ont trait aux tutelles, curatelles, legs, fidéicommiss, affranchissements, et reflètent les préoccupations sociales que suscitent les plus faibles (403 et s.).

3. – J.-P. C. analyse ensuite les méthodes d'élaboration législative.

Le droit impérial, largement dominé par les rescrits et les décrets, comprend une part de réglementation avec les édits, les rescrits relatifs aux collectivités, les *orationes* et les *leges datae* (458).

Si, formellement, les rescrits forment une catégorie unitaire de source normative, du point de vue substantiel une distinction doit être établie entre les rescrits contentieux ou *ad lites* et les rescrits gracieux, beaucoup plus proches des édits (474). C'est ce qui explique qu'édits et rescrits gracieux représentent un ensemble législatif cohérent que justifie le plus souvent une motivation commune, à savoir l'évergétisme impérial et aussi le réalisme financier qui justifient l'octroi de dégrèvements d'impôts (479, 480) et les concessions de privilèges et exemptions en matière d'*honores* et de *munera*. Une telle démarche vise à s'assurer la fidélité et le soutien des provinciaux, des cités, de l'armée. Le *princeps* manifeste ainsi sa *liberalitas* et s'efforce de diffuser et de justifier l'idéal monarchique du souverain justicier et bienfaiteur qu'il désire incarner (465). D'où le style souvent moralisateur des constitutions impériales (481). Mais son attitude se rapporte aussi à la politique fiscale et relève d'une rationalité budgétaire (482).

Si, théoriquement, la référence à la *lex* et la référence au précédent sont à distinguer, cette distinction vaut surtout dans un système juridique où la loi, au sens moderne, est la référence majeure. A Rome, au contraire, c'est le précédent judiciaire qui tient ce rôle ; quand une constitution invoque une *lex*, la technique de référence assimile, en fait, la *lex* au précédent. A la base du processus d'interprétation du droit existant, il y a la conviction

qu'il existe une norme, qu'elle soit édictée par une règle légale ou qu'elle se manifeste dans une pratique répétitive. Ceci dit, les constitutions impériales sont, de très loin, la référence majeure invoquée de manière explicite dans les décrets et les rescrits des Sévères (514), avant les opinions des jurisconsultes (526), les lois républicaines et les sénatus-consultes (532). Ces références sont les sources autorisées pour la connaissance du droit existant ; leur autorité est incontestable, mais non contraignante. En particulier les rescrits et décrets des empereurs antérieurs et l'opinion des prudents ont valeur de précédent, mais sans s'imposer comme règle : le précédent judiciaire à Rome ne lie pas le juge, d'autant moins que le juge est l'autorité impériale, à la fois interprète et créatrice du droit (535).

Rescrits et décrets peuvent se contenter d'une simple application du droit traditionnel s'il apparaît que celui-ci est adéquat à la chose jugée (537). Plusieurs rescrits justifient le bien-fondé ou le rejet d'une requête par une double considération, juridique et morale. La référence au droit est indiquée soit par le terme même de *ius*, soit par la source juridique qui a inspiré la décision. La référence morale est le plus souvent l'équité ; dans nombre de rescrits le mot *aequitas* figure seul et, dans beaucoup de cas, n'introduit pas une innovation mais ne sert qu'à exprimer ce qui est « normal », ce qui satisfait aux principes du droit établi et à l'esprit de justice (538). L'équité impériale prend le relais de l'équité prétorienne (549). L'interprétation impériale peut donc être créatrice du droit, elle peut conduire à innover par l'introduction d'un nouveau moyen de procédure (540-541). A défaut d'innover, elle peut suspendre l'application de la règle normale selon le *ius civile* ; commentée et justifiée par la suite par les jurisconsultes, l'exception à la règle devient alors innovation (542).

Le principal mode d'interprétation utilisé est celui de l'extension analogique. Cette forme d'interprétation est caractéristique d'un système juridique de type casuistique, où les décisions ne sont pas reliées à des règles générales par un simple lien logique, mais sont plutôt l'expression de valeurs sociales et morales ; c'est un système axiologique. La recherche des précédents, l'argument téléologique, impliquent un raisonnement par analogie (546). Cette méthode est utilisée en particulier pour étendre la règle relative à une institution à une autre situation qui, sur la base du *ius civile*, ne pourrait pas bénéficier de l'application de cette règle : c'est la *fictio iuris* (547). Par le biais de la fiction, technique normale de création du droit, la chancellerie, comme autrefois le préteur, introduit des règles nouvelles en les insérant dans le droit en vigueur dont elle maintient les principes (549).

Une constitution naît dès le moment où son choix par l'empereur et ses conseillers a été arrêté ; mais elle n'existe alors qu'à l'état virtuel. Il faut, dans un deuxième temps, que l'édit et le rescrit contentieux bénéficient d'une publication par voie d'affichage, destinée à porter le texte à la connaissance des destinataires. Exécutoires dès l'émission-promulgation, ils ne sont obligatoires et applicables, n'ont d'effet normatif réel et d'entrée en vigueur effective qu'à partir de leur publication (618-619).

– L'édit est utilisé comme un instrument de propagande politique, et la publication le rend opératoire. D'autre part, l'affichage des édits permet aux juristes locaux et à tout intéressé d'en prendre copie (620-621), pour éventuellement le citer dans un autre procès, à titre de précédent officiel (625). Une copie de l'original était affichée à Rome, ou dans la capitale provinciale où résidait la cour impériale au moment de la promulgation (608). La durée de l'affichage était très variable, allant de trois jours à plusieurs mois (619).

– Il semble que le même usage s'appliquait aux rescrits contentieux, encore que la question soit difficile à maîtriser (610-611). La fonction pédagogique et culturelle des rescrits est liée à cet affichage (621) : le rescrit « dit le droit », et il dit « vrai » puisqu'il émane de l'empereur. Sa fonction, seulement indicative en apparence, est en réalité agissante parce qu'il diffuse, à travers une solution pratique, l'idée romaine de la normalité juridique (622).

– Les lettres de nature gracieuse, adressées directement à une cité ou à une communauté de même rang, ainsi que les lettres aux notables, ne sont pas publiées par l'administration impériale par voie d'affichage officiel. Ce qui ne signifie pas que ces lettres n'ont pas de diffusion. Une copie était remise soit au destinataire, ou à son représentant, soit était communiquée par l'entremise du fonctionnaire provincial. Et, par les soins du ou des destinataires, cette copie « privée » pouvait être publiée comme inscription ou diffusée par des reproductions sur papyrus. Pour les souscriptions gracieuses, l'affichage est également « privé », officieux (585).

– Il semble que l'affichage des décrets ne soit pratiqué que quand l'empereur l'exige (586). Pour eux, ainsi que pour les rescrits par lettre et par souscription relatifs aux communautés, une copie devait être remise à leurs représentants par la chancellerie, quand ce n'était pas un *exemplum* de la lettre impériale adressée au fonctionnaire local qui les informait de la décision (587).

– Dans certains cas, les copies destinées aux intéressés ou à l'affichage étaient acheminées par l'intermédiaire de la poste impériale (619).

4. – La structure, le style et la langue législatifs font ensuite l'objet d'une méticuleuse analyse.

Dans leurs énoncés, les rescrits reposent sur une construction assez souvent apodictique, dans laquelle la règle est énoncée sous forme impersonnelle, présentée comme générale, qui s'impose de manière évidente à son destinataire ; elle est formulée en tant que règle qui constate et déclare ce qu'est et doit être la réalité juridique dans tel domaine. Mais une masse considérable d'entre eux se présente sous une formulation syllogistique qui comprend : 1) le principe juridique dont l'application est requise, la majeure ; 2) les données de fait de l'espèce, la mineure ; 3) la solution. Enfin, à l'opposé de la formulation apodictique, la formulation casuistique est par excellence la forme d'expression des systèmes juridiques anciens. Elle est constituée par au moins deux propositions : la première partie du texte – la protase – décrit le cas d'espèce et ses conséquences sous la forme d'une proposition conditionnelle ; la seconde partie – l'apodose – donne les conséquences juridiques, la solution, sous forme de proposition principale (596). Techniquement, dans les rescrits contentieux, les motifs restent, en partie, le secret du prince et des juristes qui statuent en son nom : un certain mystère, autour de la réponse au particulier, relève à la fois d'une prudence traditionnelle et du caractère oraculaire de la parole impériale (593). Dans l'ensemble, les édits et les rescrits relatifs aux communautés se caractérisent par un style emphatique, redondant, utilisé pour faire valoir la générosité du prince (590).

Outre leur formulation construite selon un éventail restreint de rédactions, les rescrits contiennent une panoplie de locutions stéréotypées, qui visent toutes à affirmer ce qu'est et ce que doit être le droit positif, dans le domaine sur lequel porte la consultation impériale (597). Ce qui ressort de la masse de ces rescrits, c'est la continuité et la stabilité d'un style technique de la législation : celui-ci à la fois reflète et atteste le rôle prédominant des juristes pour cette catégorie d'acte normatif, et la priorité donnée à celle-ci comme instrument de communication avec les sujets du prince et de diffusion du droit impérial (601). La règle générale est que la rédaction de l'original d'un édit est faite en latin, avec une exception pour certaines lettres, et qu'une version grecque est en même temps préparée pour les provinces orientales (587). En ce qui concerne les rescrits, il faut distinguer. Les lettres adressées directement aux cités ou aux communautés de même rang

sont rédigées, en principe, dans la langue du destinataire, c'est-à-dire en grec pour la partie orientale de l'Empire. Les lettres adressées sur la *relatio* des fonctionnaires sont toujours rédigées en latin, même au cas où la charge est exercée dans une province orientale, de même que les souscriptions aux communautés de rang secondaire et aux particuliers (587-588). Les mêmes règles semblent valoir pour les décrets (589).

5. – Le délicat problème des archives retient à son tour l'attention de l'a.

L'organisation des archives impériales reste une *quaestio* pour la recherche romanistique. On peut imaginer l'existence de centres de dépôts de constitutions impériales, du moins dans certaines capitales provinciales, comme Alexandrie ou Berytos (628-629). Rien n'indique qu'à Rome un bâtiment spécial leur ait été consacré ou qu'elles fussent réparties dans divers locaux. De plus, l'incertitude est augmentée du fait que la législation impériale est une législation itinérante, les Sévères passant la majorité de leurs règnes dans les provinces.

Ratione generis, les constitutions devaient être réparties dans des séries de recueils distincts. *Ratione materiae*, les décisions impériales étaient-elles répertoriées par domaine du droit ? La réponse reste en suspens. *Ratione temporis*, il semble probable, en revanche, que les constitutions aient été classées dans un ordre chronologique (630-631), sans doute semestriel (632). Sur un autre plan, il a paru plus pratique, pour la manipulation et la consultation, de réunir en *codices* des textes qui, jusque-là, étaient rassemblés par collage sous forme de rouleaux. Renfermant une mosaïque de décisions fragmentaires, qui, regroupées, sont la législation impériale, les recueils de la chancellerie, d'instruments de compilation archivistique sont dès lors devenus des documents officiels à valeur normative. Pourvu, à l'origine d'un sens matériel, le mot *codex* a, ainsi, évolué vers une signification intellectuelle, pour désigner un concept juridique, celui de codification (633).

6. – Enfin J.-P. C. achève sa quête par une belle analyse consacrée à la manière dont les jurisconsultes participent à la diffusion de la législation, à sa « médiatisation ».

Que l'apogée de la jurisprudence se situe à l'époque des Sévères n'est pas le fruit du hasard. Il est concomitant à l'édification et au renforcement d'un ordre juridique étatique de type moderne. La relation entre un système de gouvernement, où les jurisconsultes-bureaucrates forment l'élite du pouvoir, et la science du droit, dont ceux-ci sont les représentants éminents,

fait comprendre l'ampleur et les modalités de la réception du droit impérial dans la littérature jurisprudentielle (636). C'est alors qu'apparaissent, à côté des commentaires traditionnels *ad Sabinum* et *ad Edictum*, des ouvrages spécialisés de droit fiscal, militaire, procédural aussi bien que, plus généralement, consacrés à des questions précises de droit privé ou public (403 et 651).

La diffusion médiatisée par la doctrine a pour conséquence d'aboutir à une véritable rationalisation du droit impérial, qui annonce les codifications de la période postclassique. La manière dont les juristes allèguent et utilisent les décisions impériales est significative du rôle qu'ils veulent leur faire jouer dans leurs commentaires. Qu'ils les reproduisent ou qu'ils les citent, ils tendent à les détacher de leur origine casuistique et à les ériger en normes abstraites de portée générale (652). Ils présentent et commentent, *ex post*, les constitutions qu'ils ont, *ex ante*, préparées dans les bureaux de la chancellerie. En les considérant comme des règles dont l'application ne saurait être limitée à l'espèce qui les a suscitées, ils tendent à faire de la législation impériale un système normatif, cohérent et unitaire (656). Par ailleurs, ils représentent le maillon intermédiaire dans le passage du *codex*, recueil matériel des décisions législatives au code, recueil officiel du droit promulgué par l'autorité impériale. La diffusion de ce droit dans leurs œuvres montre le besoin ressenti de réunir l'ensemble de la production législative (657). Finalement, la monarchie sévérienne et sa jurisprudence amorcent une évolution qui trouvera son aboutissement dans les codifications théodosienne et justinienne. Elles représentent la matrice d'un système politique et juridique – l'Etat centralisé et la loi édictée et sanctionnée par celui-ci –, qu'illustreront les collections des décrétales pontificales en droit canonique, les ordonnances royales, enfin la codification napoléonienne (658-659). La législation des Sévères contient donc déjà les germes de ce qui deviendra, beaucoup plus tard, le positivisme juridique de l'époque moderne (663).

On le voit, l'apport de ce remarquable travail dépasse largement le domaine du romaniste, il intéresse tous ceux qui souhaitent approfondir leur maîtrise d'une période essentielle de la formation des systèmes juridiques de notre continent.

*
* *

Eric Gojosso, *Le concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 543 p.

Le travail très important que nous livre E. Gojosso s'inscrit et s'insère dans les publications nombreuses du seul Centre, en France, d'études et de recherches d'histoire des idées et des institutions politiques (C.E.R.H.I.I.P.), situé à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. Soutenue en décembre 1997 sous la direction de notre collègue M. Ganzin, la thèse consacrée au concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècle) est devenue un fort bel ouvrage.

En effet, selon la méthode chère à la fois à l'historien des institutions et des idées politiques, l'a., cherchant à établir les liens nécessaires entre le présent et le passé, s'est attaché à l'histoire du concept ou de l'idée de République avant sa réalisation institutionnelle, c'est-à-dire la célèbre proclamation du 21 septembre 1792. Cette spectaculaire transposition dans les faits qui, au sortir d'une histoire longue et mouvementée, a forgé notre identité politique, a donné lieu à une abondante littérature dont de nombreux travaux récents et souvent commentés continuent à témoigner. Il en va autrement de « la République avant la République » qui, sans être un impensé, n'avait jamais abouti à une étude aussi minutieuse du lent cheminement d'un mot si important pour la « Nation-France ».

Avec les Temps Modernes, la monarchie capétienne a maintenant les moyens matériels d'une antique politique œuvrant à un socle culturel qui, autant qu'une langue nouvelle et maintenant maîtrisée, comprend une *Res-publica* aux riches potentialités politiques. « L'œuvre au noir » de ce que l'on pourrait appeler la « Res-publique », au sens des alchimistes de la Renaissance qui entendaient transformer le plomb en or, peut commencer. A partir de l'idée générale de corps ou collectivité humaine (*universitas*) bien connue du moyen âge, la République, à l'aide des conceptions romaines constamment vivifiées, s'ordonne dans l'Etat monarchique jusqu'à être confondue avec l'idée de gouvernement légitime (Bodin, Rousseau), avant de se muer en régime politique et de retrouver, par l'intermédiaire de Cicéron, son destin romain polysémique : « la Constitution républicaine » d'un côté, qui implique l'intérêt du peuple et même un rôle dévolu à celui-ci et, de l'autre, la forme ou l'essence de la politique, la chose publique dans son acception la plus large. On peut affirmer que l'ouvrage

a su, avec maîtrise et clarté, traiter de cette redoutable ambivalence. Un appareil critique irréprochable, une profusion de références permettent à E. Gojosso de retrouver les matériaux du débat historique (législation royale, discours aux Etats-généraux, littérature parlementaire, doctrine, légistes, philosophes, théologiens, auteurs politiques et littéraires). Le plan accepte la dimension chronologique (la République concept polysémique (XVI^e-XVIII^e siècle) ; la République au XVIII^e siècle : vers l'unité du concept, le régime politique de l'avenir), pour mieux montrer et démontrer l'histoire d'une émancipation. La République, collectivité subordonnée par son mariage avec le Prince obéissant aux lois, conteste petit-à-petit celui-ci, d'abord sous enveloppe étrangère, en découvrant les ressources de la puissance juridique à travers le droit de résistance (utilisation des lois fondamentales du royaume, dénonciation de l'arbitraire absolutiste) et en « nationalisant » l'idée éminemment « républicaine » de participation au pouvoir. Même si on ne partage pas toujours certains partis pris, on doit également signaler les nombreux apports profondément novateurs de ce travail de recherche, concernant notamment le rôle et la pensée déterminante de la Ligue catholique, définissant la République à l'aide des lois fondamentales, ou encore le nouvel éclairage apporté à la présentation des idées politiques de Bossuet, plus modéré qu'on ne l'a souvent affirmé, qui font honneur à la science de l'auteur.

Enfin, le style clair et concis du juriste font de cette étude un ouvrage de référence sur « l'esprit de nos institutions ». Après la thèse de E. Gojosso, on peut avancer l'idée que « la révélation républicaine » n'a de sens en France qu'à partir d'un héritage, la tradition politique forgée sous l'Ancien régime qui ne contribue pas peu, comme l'affirme l'auteur, à la singularité de l'œuvre institutionnelle de notre pays.

Marc PENA

Bruno Neveu, *Les facultés de théologie catholique de l'Université de France (1808-1885)*, Paris, Klincksieck, 1998, 846 p.

Par ce très grand livre M. Neveu, Président de l'Ecole pratique des hautes études, nous offre une fois de plus un modèle de perfection vers lequel devrait tendre tout travail scientifique. Cet ouvrage constitue une véritable somme, sans précédent, sur les facultés de théologie catholique, auxquelles sont constamment comparées les facultés de théologie protestante. Ces établissements, à Paris et surtout en province, ont connu de

1808 à 1885 une existence difficile. Leur statut qui n'était point concordataire et les plaçait, comme les autres ordres de faculté, dans l'Université impériale, contrôlée par la puissance civile, n'a cessé d'être mis en cause et discuté dans les assemblées parlementaires, au ministère de l'Instruction publique, au ministère des Affaires étrangères et à son ambassade près le Saint-Siège.

L'a. suit l'histoire externe des Facultés de théologie sur le plan du droit public. Jusqu'où s'étend le droit régalien en matière universitaire ? Jusqu'où la puissance publique peut-elle exercer son contrôle sur l'ordre religieux ? Comment supprimer des établissements institués par une loi ou un décret organique ? Comment rompre le principe de l'immovibilité des professeurs titulaires à titre perpétuel d'une chaire d'université ? Les réponses ont varié selon les gouvernements et les tendances de l'opinion. M. le Président Neveu, éminent spécialiste de l'histoire diplomatique, traite la situation des facultés de France et des pays d'Europe et pratique des comparaisons internationales sur les problèmes juridiques et canoniques posés par le statut des Facultés de théologie. Outre les systèmes que la société religieuse et la société civile se sont efforcées d'imposer ou d'adapter aux circonstances, il a su admirablement saisir de l'intérieur les raisonnements et passions des acteurs ainsi que leur diversité de culture et de talent. Les qualités exceptionnelles de Gustave Rouland, ministre de l'Instruction publique et des Cultes, du duc de Gramont, ambassadeur de France près le Saint-Siège, ressortent avec acuité. Par un examen approfondi, il éclaire des aspects peu connus de l'Université de France au XIX^e siècle, du développement des études théologiques dans le clergé, du gallicanisme administratif et politique, de l'action diplomatique du Saint-Siège sur des points exclus des dispositions concordataires. Cet ouvrage est le fruit d'une impressionnante recherche sur des fonds d'archives prestigieux, documents imprimés, manuscrits inédits des archives nationales, diplomatiques, des congrégations romaines de la Cité du Vatican, de l'archevêché de Paris. Le lecteur peut lire soit dans le corps de la thèse et abondamment commentés, soit en annexe, de nombreux documents qui émanent de ces fonds d'un accès et d'un maniement difficiles.

Dans un premier chapitre sur les Universités d'Ancien régime, l'a. monte un brillant appareil critique sur le dossier historique qui fut réuni au XIX^e siècle par les juristes, les canonistes et les diplomates. Il y démontre que les droits de l'Etat et de l'Eglise sur l'Université furent revendiqués par référence à des traditions héritées du long passé universitaire et non sur le fon-

dement de principes et de convictions raisonnées. Un courant régaliste, revendiquant la primauté de l'Etat, s'opposa au courant catholique « médiévaliste », favorable à celle de l'Eglise. Ce fut donc en termes de légitimité historique que furent posées les questions administratives et juridiques liées à l'enseignement théologique. L'a. apporte des critiques très fructueuses aux justifications historiques ainsi avancées. Dépassant les travaux d'érudition portant sur la période médiévale l'a. a concentré son attention sur quelques points que le XIX^e siècle n'a pu apprécier avec exactitude : le caractère et la mission du chancelier, la nature du *studium generale*, le contrôle de l'autorité ecclésiastique sur l'enseignement. Le monde médiéval n'avait pas lors de la création des universités de la première génération, de système fixe, préétabli. Les pratiques furent empiriques, locales. Ainsi, à Paris, en Angleterre, en Italie, le chancelier et le *studium generale* avaient des statuts différents. L'opération d'étatisation de l'Université, commencée dès le moyen âge, fut conduite par des emprunts successifs entre papes et empereurs d'où l'exercice simultané de la souveraineté sur l'Université, qui reçut des privilèges lui conférant une existence publique. Ce processus d'étatisation qui s'accrut aux temps modernes la fit passer progressivement du giron de l'Eglise à celui de l'Etat, tout en préservant son autonomie. Il fut soutenu en France par les érudits et les jurisconsultes, annonçant la centralisation napoléonienne. L'Ancien régime devait léguer un important héritage à l'Université du XIX^e siècle, notamment la doctrine sur les chaires professorales, fondée sur les institutions du bénéfice et de l'office. Cependant l'a. montre que les modifications devaient l'emporter sur les éléments de continuité. C'est surtout la disparition des privilèges, liés à la possession des grades, à la chute de l'Ancien régime qui explique le dépérissement de la théologie et du droit canon.

Dès la période révolutionnaire, alors que les universités d'Ancien régime et la corporation universitaire succombaient sous les attaques du législateur, se mirent en place les éléments originaux du système d'Instruction publique en France, œuvre que poursuivit le Consulat (ch. II), parallèlement à la réorganisation religieuse. La puissance publique seule, sans concertation avec le clergé, a organisé l'Université impériale ce qui, passée la période de formation, allait être la source de toutes les difficultés. Six facultés de théologie catholique furent effectivement créées, dont les professeurs devaient être exclusivement des clercs tout en étant des fonctionnaires. Très vite, on fut dans l'impossibilité de respecter les dispositions relatives au concours de recrutement de ces professeurs, faute de candidats

en nombre suffisant, en raison, notamment, de l'absence d'exigence dans le clergé de qualification professionnelle sanctionnée par un grade pour l'accès aux fonctions ecclésiastiques. Quant à l'attention portée par les organes de l'Université aux facultés de théologie : Conseil, inspection, rectorat, elle demeura discrète. L'a. souligne que l'Université impériale fut construite sur un fondement religieux qui fut ultérieurement jugé inacceptable, sous la poussée des catholiques favorables à la liberté de l'enseignement et des anticléricaux, partisans de la laïcité. En tout état de cause, le statut des Facultés de théologie ne convenait point à l'Eglise sur le plan canonique car le Grand Maître et le chancelier ne représentaient plus le pontife romain mais l'autorité impériale. L'évêque ou l'archevêque chargés de présenter des candidats au Grand Maître, en vue de leur nomination après un concours qui se déroulait devant la faculté perdaient, passée cette présentation, tout contrôle sur le candidat. Les clercs étaient subordonnés hiérarchiquement à une administration civile qui devait assurer le bon fonctionnement de l'Université au nom de l'Etat. La régularisation canonique des Facultés de théologie devait alimenter les discussions pendant un demi-siècle et servit de prétexte à la papauté pour rejeter l'épiscopat concordataire hors de l'Eglise universelle.

Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet (ch. III) l'Université fut attaquée par les Bourbons, favorables à la liberté de l'enseignement. Le raffermissement du monopole par Salvandy indisposa les catholiques qui boudèrent les Facultés de théologie, en dépit de l'ordonnance de 1830 sur l'obligation des grades pour l'accès aux principales fonctions ecclésiastiques. La nomination au siège de Paris de Mgr Affre, favorable à la rénovation des établissements et à l'émergence d'un clergé mieux instruit, se traduisit par la fondation qu'il fit en 1845 de l'Ecole des Hautes études ecclésiastiques de Paris, dite Ecole des Carmes. Contrairement à ses vœux, l'évolution vit le monde religieux et le monde profane s'opposer dans toutes leurs composantes.

La deuxième République (ch. IV) proposa divers projets de réorganisation des Facultés de théologie qui, à la différence de ceux qui seront élaborés sous le Second Empire et la Troisième République, les détachèrent presque complètement de l'Université avec un contrôle étatique très limité auquel se substituait la hiérarchie catholique. Le régime républicain se montra bienveillant envers les institutions religieuses tandis que les députés catholiques réitéraient leurs attaques contre l'Université. Le clergé, de plus en plus gagné par l'ultramontanisme, stimulé par la personnalité ardente de

Grégoire XVI, espérait s'affranchir des servitudes concordataires. Mgr Henri Maret, qui associa la tradition gallicane à certaines acquisitions philosophiques venues d'Allemagne, s'opposa à l'attrait des professeurs de séminaires pour Rome. L'histoire des Facultés de théologie est à partir de 1840 inséparable de celle de son infatigable combat pour obtenir leur reconnaissance canonique. Sous le Second Empire (ch. V), l'État, avec Fortoul, reprit fermement en main l'enseignement supérieur. Une intense activité diplomatique fut déployée entre les pouvoirs publics et le Saint-Siège pour régler le statut des Facultés de théologie. Rome entendit faire le moins de concessions possible à la puissance civile et devait réagir négativement aux propositions du gouvernement français. L'analyse des négociations bilatérales avec la France montre que les pouvoirs publics ont méconnu la position nécessairement transnationale du Saint-Siège en tant que gouvernement central de l'Eglise. Ces négociations, reprises en 1874 (ch. VI), aboutirent à un échec dû en partie aux espoirs suscités au sein du monde catholique par la création des Universités libres par la loi du 12 Juillet 1875. Dès lors, la reconnaissance des Facultés d'Etat attaquées par les anticléricaux et rejetées par Rome devenait indispensable pour soutenir la concurrence des Facultés libres. Après les avancées rapides de la laïcisation en France, comparables à la situation de la plupart des Etats européens, et au moment où le Saint-Siège semblait prêt à quelques concessions, la Chambre des députés supprima du Budget par la loi de finances du 21 mars 1885 les crédits affectés aux Facultés de théologie catholique, mettant fin par là à leur existence. L'abolition par voie budgétaire d'une institution reconnue par le décret de 1808 et la loi de 1880 sur le Conseil supérieur de l'Instruction publique avait posé un problème. Par une loi subséquente furent fixées les indemnités à verser au corps professoral, portant ainsi atteinte au principe de l'inamovibilité, atteinte renouvelée en 1905 lors de la suppression des Facultés de théologie protestante en application du principe de séparation.

Au terme d'une réflexion longtemps mûrie, l'a. élargit la conclusion pour replacer l'histoire externe des Facultés de théologie dans le cadre plus vaste des rapports entre l'Eglise et l'Etat et de la culture ecclésiastique au XIX^e siècle. Avec la déconfessionnalisation, l'Eglise a subi une marginalisation dans la sphère privée qu'elle n'a jamais acceptée tout au long de son histoire et qui a animé les controverses entretenues avec les gouvernements successifs de la France. Seule, l'Université libre répondait aux exigences d'une Eglise qui refusait la modernité, à l'exception de quelques voix

demeurées isolées comme celles de Mgr Dupanloup. L'a. évoque l'insuffisance culturelle du clergé concordataire pour surmonter les difficultés provoquées par la disparition des institutions d'Ancien régime. L'antagonisme croissant entre la société civile et le clergé, et la conviction, en Europe, que l'enseignement de caractère dogmatique des Facultés de théologie devait faire place au sein de l'Université à un enseignement historique et philologique des sciences religieuses marqué d'une stricte neutralité, entraînent la création en 1886 d'une cinquième section de l'École pratique des hautes études après la fondation, en 1880, de la chaire d'Histoire des religions au Collège de France, confiée à Albert Réville. Strasbourg ne vit reconnaître qu'en 1919, au sein de l'Université, une Faculté de théologie protestante et une Faculté de théologie catholique pleinement canonique, semblable à celles que le Saint-Siège reconnaît en divers pays du monde.

Anne-Marie VOUTYRAS-PIERRE

*

* *

Franck Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XIII^e au XVI^e siècle*, Préface de A. Lefebvre-Teillard, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 279, 1998, 363 p.

Alors qu'on s'intéresse de plus en plus à la mise en place d'un droit commun européen, un *jus commune* dont on a repris la dénomination aux catégories médiévales, les difficultés techniques ne manquent pas pour que se réalise concrètement une entreprise qui n'est pas dénuée d'arrière-plan politique. Le droit romain, on le sait, a été une des composantes majeures de ce fonds juridique commun. Or l'adoption, institution connue de ce droit et réglementée par lui, est en France, dès le XVI^e siècle, en butte à l'hostilité des juristes qui la jugent non seulement « étrangère au droit français » mais également contraire aux lois de la nature. Ces juristes, alors même que le droit canon admettait l'adoption, cherchaient des faits pour appuyer leur condamnation et estimaient par ailleurs que l'institution avait disparu au cours du haut moyen âge. Quelques études ponctuelles d'histoire du droit, depuis le début du XX^e siècle, avaient déjà montré la fausseté de ces assertions, mais cette réalité de droit et de fait n'empêche cependant pas qu'aujourd'hui encore – et des articles récents en témoignent – se diffuse une vulgate de jugements péremptoires, formulés par des anthropologues en

vogue mais peu au fait du droit, selon lesquels l'adoption aurait été inconnue de l'Occident, en raison principalement de l'hostilité de l'Eglise, jusqu'au début du XIX^e, voire du XX^e siècle...

Il n'en reste pas moins vrai que les juristes français étaient hostiles à l'adoption et il paraissait éminemment souhaitable de déterminer les raisons pour lesquelles ils l'étaient. Cela conduisait alors nécessairement à remonter aux sources de cette attitude et à décortiquer les fondements et la formation de celle-ci. La tâche était rude car si la doctrine est source de droit dans l'ancienne France (et il faut ici oublier les catégories du droit contemporain), elle est nourrie, au XVI^e siècle et au-delà, de plusieurs siècles de travaux pour lesquels il est indispensable, afin d'en saisir les linéaments, de remonter aux origines, au début des commentaires juridiques des deux grandes compilations qui forment les « blocs de granit » du droit médiéval, le *Corpus juris civilis* et le *Corpus juris canonici*. Ce qui explique trente pages très denses de sources et de bibliographie, d'une érudition sans concession, des notes qui déroutent peut-être le non-spécialiste, par la citation abondante de petites œuvres manuscrites voire de simples gloses, par la présence de sous-études d'histoire des sources... Tout ceci ne nuit en rien à la grande clarté de cette thèse qui, par ses ambitions et ses résultats, contribue à faire sortir la recherche française d'ornières trop souvent étroitement nationales pour la situer sur un terrain occupé depuis longtemps par des écoles allemande, italienne et néerlandaise, notamment, particulièrement actives. Dans la perspective du droit commun européen, ce travail permet – en plus de son intérêt intrinsèque – de juger et de jauger, à travers un aspect du droit de la famille, ce qui est commun et ce qui est propre.

Un chapitre préliminaire fait justice de la disparition de l'adoption au cours du haut moyen âge. L'a. établit en effet, que même sous des formes parallèles, plus floues ou décadentes par rapport au droit romain, l'adoption se retrouve tant dans les lois romaines des Barbares que dans les droits germaniques. L'Eglise pour sa part, héritière d'une tradition vétéro-testamentaire qui connaissait l'adoption, va trouver dans cette notion un élément théologique central et exprimer, en des termes repris au *droit*, que le chrétien, par le baptême, devient « fils de Dieu ». En outre, lorsque le baptême des enfants se généralise, à partir du III^e siècle, les garants primitifs de la conversion des adultes se muent en parents spirituels de l'enfant baptisé et, dès le IX^e siècle, les empêchements du droit romain liés à la parenté adoptive sont invoqués à l'appui de la prohibition du mariage liée à la parenté spirituelle. Le grand œuvre doctrinal ne se met bien sûr en route

qu'à partir du moment où les Compilations justiniennes sont découvertes en Occident et en quelque sorte réinventées, mais il ne faut pas se cacher les difficultés ou l'ingratitude de la tâche du chercheur : deux siècles de tâtonnements doctrinaux sont par exemple nécessaires pour que l'adoption soit définie (p. 94), comme consistant avant tout en une paternité d'élection. Le lecteur trouvera, au fil des pages, l'exposé de motifs, tant psychologiques que patrimoniaux, qui renvoient à l'évidence à des questions tout à fait actuelles et, bien sûr, la présentation de la construction d'un droit de l'adoption (I^{re} Partie : Les caractères généraux de l'adoption).

Comme toujours dans la doctrine médiévale (et au-delà), les répétitions, le manque d'originalité, le recours aux autorités sont présents dans le travail des juristes. Mais on peut voir surgir aussi un véritable échafaudage intellectuel, qui compte parmi les pages les plus intéressantes de cet ouvrage. Un des grands mérites de Franck Roumy est de ne pas livrer une sèche histoire juridique, mais de dégager de sources si souvent répétitives, voire fastidieuses, une étude de la pensée médiévale *en action*, de mettre en scène l'art du juriste élaborant les concepts (« le droit feint que celui qui n'est pas le fils est le fils »), puisant à la philosophie et à la théologie, tentant de cerner ce qu'est la nature pour déterminer comment et dans quelles conditions elle peut être imitée par le droit (exclusion par exemple des impuissants de naissance de la possibilité d'adopter). Certes, la nature est la perpétuation du père dans le fils, une transmission de la vie qui s'opère par le sang du géniteur (p. 149 et s.). La filiation artificielle ne saurait s'y comparer mais elle est pourtant parfaitement admise. De même, et au-delà du monde des docteurs, l'adoption se rencontre dans la pratique médiévale. Si elle semble absente des statuts urbains du Midi de la France, elle est en revanche envisagée dans des formulaires notariaux et dans plusieurs coutumiers du Nord avant d'être proscrite par les coutumes rédigées ou réformées au XVI^e siècle. Il ne s'agit pas purement de procédures d'adrogation ou d'adoption « romaines », mais les pratiques françaises s'y apparentent indiscutablement, qu'on les dénomme adoption, affiliation, adoption de nom et d'armes ou adoption charitable.

Les effets de l'adoption sont examinés dans une seconde Partie. Ils le sont de manière exhaustive et certaines pages – il est vrai que la matière est technique – sollicitent une grande attention de la part du lecteur, mais c'est pourtant à propos des effets patrimoniaux de l'adoption qu'apparaissent les éléments qui vont conduire à l'hostilité à celle-ci. On laissera découvrir comment les juristes français, tirant parti de tous les éléments faisant de

l'adoption une filiation subordonnée à la filiation naturelle en sont venus à la condamner, déniaient finalement aux adoptés la qualité de « fils ». De copieux *indices* clôturent ce travail. Les juristes et les historiens en retireront de multiples profits, tant pour le fond que pour les méthodes de création du droit. L'importance capitale de la doctrine médiévale dans la formation de notre système juridique est ici patente et il faut souhaiter que ce type de travail parvienne à la connaissance des autres branches des sciences humaines.

Guillaume LEYTE

*
* *

Olivier Tholozan, *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 509 p.

Boulainvilliers est un « penseur aristocratique qui légitime la politique par l'histoire » (p. 438). O. Tholozan consacre une belle thèse – dirigée par Michel Ganzin – à cet auteur qui a subi une sorte de traversée du désert aux XIX^e et XX^e siècles, mais sans jamais disparaître des ouvrages de synthèse relatifs à la pensée politique, et qui connaît aujourd'hui un regain de faveur (p. 28 et s). La thèse entend démontrer que l'auteur normand doit être replacé dans une véritable perspective pré-parlementariste (p. 341).

La thèse d'O. Tholozan se lit bien, elle est rédigée dans un français agréable et sans jargon. On en sait gré à l'a. car restituer une pensée sans trop de lourdeurs est un exercice difficile qui, ici, a été pratiqué avec une certaine élégance. L'a. joint à cette qualité essentielle l'usage de formules parfois fort heureuses. Après un chapitre préliminaire consacré à la méthode historique de Boulainvilliers, l'a. scinde son étude en trois parties selon un plan que nous allons évoquer ; on notera tout de suite l'intérêt de la troisième partie, consacrée à la réception du discours politique du gentilhomme normand, partie très incitative : le lecteur souhaite accroître ses connaissances, suivre les pistes indiquées dans la thèse, faire des lectures complémentaires.

Du chapitre préliminaire, on gardera surtout en mémoire la présentation d'une « tension entre la raison scientifique et l'imaginaire » (p. 42). Un développement est spécialement bien venu (Sect. I, § 2) : Une conception

de l'histoire entre raison et morale (p. 42 et s.), développement à relier à ceux de la deuxième partie évoquant un Boulainvilliers déchiré entre passé et modernité (p. 315-342). La première partie est consacrée à la violente critique de l'absolutisme dressée par Boulainvilliers, critique dont le fondement essentiel réside dans la célèbre théorie « germaniste ». Un des mérites de l'a. est de retracer la généalogie du germanisme, véritable « mythe juridico-politique » appelé à façonner un « modèle pour penser l'unification nationale » (p. 89 et s.). Ce modèle permet, appuyé sur la féodalité, de promouvoir le thème de la contractualisation du pouvoir. La condamnation de la monarchie d'alors peut ainsi devenir radicale : fondements, souveraineté, action « perverse » sur la société ; l'anoblissement royal des roturiers est dès lors regardé comme une perversion particulièrement pernicieuse.

Dans une seconde partie, l'a. étudie les projets de réforme de la monarchie élaborés par un Boulainvilliers compris comme acteur de la crise de la conscience européenne de P. Hazard. Sauvegarde de la noblesse, bien sûr, restauration de la constitution primitive (données sur l'histoire du terme « constitution », p. 246 et s.), instauration d'un régime qu'O. Tholozan nomme une monarchie pré-parlementaire.

Enfin, en troisième partie, l'a. nous renseigne sur la postérité de Boulainvilliers. Les œuvres de ce dernier, à sa mort en 1722, n'ont encore circulé que sous le manteau et commencent à être éditées en Angleterre et en Hollande dès la fin des années 1720. Elles feront alors partie de « l'arsenal idéologique de contestation du pouvoir royal au XVIII^e siècle » (p. 346). D'un autre côté, l'a. nous fait utilement connaître la réception critique qui a été, sous l'Ancien Régime, dictée par le souci de protection des intérêts des anoblis (p. 348 et s.) et, surtout, nous renseigne sur les sentiments exprimés à l'égard du gentilhomme normand par une série de grands et de moins grands. Citons en particulier Foncemagne, l'abbé Dubos, Mably, Claude Dupin, D'Argenson, Voltaire, Montesquieu, Le Paige. Enfin, dans le chapitre consacré à l'évanescence des thèses de Boulainvilliers à l'époque contemporaine, on relèvera par exemple l'utilisation du germanisme par Marat (p. 425 et s.) et celle de Boulainvilliers lui-même par les penseurs libéraux trouvant chez l'auteur normand un excellent témoin à charge contre l'ancienne monarchie (p. 429 et s.).

O. Tholozan a voulu montrer que Boulainvilliers n'était pas un féodal attardé. Son héros a-t-il eu une pensée constitutionnelle cohérente ? Les lecteurs pourront se construire un avis grâce à cette thèse à laquelle, finalement, on n'adressera qu'un reproche. Puisque, de l'avis de l'a. lui-même, le

projet de Boulainvilliers « reste finalement peu ambitieux » (p. 215), ne pouvait-on insérer ce penseur dans une problématique plus vaste, celle de l'historicisme tout entier ? Bien que siècle de la machine, le XIXe va être historiciste (v., pour le droit, les développements sur ce point de Ph. Remy dans cette *Revue*, n° 18, 1997, spécialement p.175 et s.), et Boulainvilliers, du même coup, une avant-garde. L'auteur normand pourrait donc sans doute être sollicité, aussi, pour nous aider à nous poser une question fort utile aujourd'hui : pourquoi une époque se livre-t-elle à l'historicisme ?

Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE

*
* *

La rédaction a reçu l'ouvrage de Stefano SOLIMANO, *Verso il Code Napoleon ; il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target, 1789-1799*, (Milan, Giuffrè, 1998, 427 p.). C'est une contribution importante et originale à l'étude des origines du Code civil et plus largement de l'entreprise de codification de la décennie 1794-1804. La *Revue* en publiera un compte-rendu approfondi, sous la signature de Xavier Martin, dans sa prochaine livraison.