

## BIBLIOGRAPHIE

*Droit romain, jus civile et droit français*, sous la direction de Jacques KRYNEN, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 1999 (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 3), 474 p.

Du 24 au 26 septembre 1998 se tenait à l'Université Toulouse I une table-ronde organisée par le Centre toulousain d'histoire des institutions et des idées politiques, dont le thème était principalement de sonder, à travers un bilan des acquis les plus récents, ce que le droit français, par l'intermédiaire du droit civil médiéval, doit au droit romain. Vingt-et-une contributions présentées à cette occasion se trouvent à présent publiées dans ce volume, réunies autour de cinq axes principaux : Images de Rome ; Droit romain et doctrine politique ; Savants et professeurs ; *Jus civile*, coutumes et droit privé ; Droit romain et pratique.

Sous la première rubrique figurent trois études présentant quelques aspects de la représentation de Rome et du droit romain à l'époque moderne et contemporaine. M.-B. Bruguère (« Images de Rome dans la littérature française du XVII<sup>e</sup> siècle », p. 17-47) évoque ainsi la prégnance du modèle romain à l'âge classique, où la Cité, conçue comme une anticipation de la France, fait encore figure de commune patrie dans le domaine des lettres. X. Martin (« Images négatives de la Rome antique et du droit romain », p. 49-66) rappelle l'ambivalence de la référence romaine aux temps de la codification, le modèle juridique gardant sa valeur technique, tandis que le modèle politique, susceptible de véhiculer l'idée de République, fait l'objet de davantage de méfiance. J. Bastier (« L'image de Rome et le modèle du droit romain dans la construction du droit colonial français », p. 67-86) relève enfin que, si la *Pax romana* et la politique assimilationniste romaine ont sans aucun doute fortement influencé le système colonial français, le droit romain n'eut en revanche qu'une place modeste dans les thèses de droit colonial.

Quatre études viennent ensuite analyser différents aspects de l'apport du droit romain à la théorie politique. J. Krynen (« *Princeps pugnare pro legibus...* Un aspect du Polycraticus », p. 89-99) présente d'abord quelques facettes du célèbre ouvrage de Jean de Salisbury, premier miroir des princes à fournir une approche séculière de la fonction dirigeante au moyen d'importants emprunts aux éléments de droit public contenus dans les compilations justiniennes et qui, cent ans avant la redécouverte d'Aristote, fait déjà du respect de la loi le premier critère d'exercice de la souveraineté. A. Leca (« Le droit romain dans *Le songe du vergier* », p. 101-124) effectue de son côté un relevé des citations de droit romain et de droit canonique présentes dans l'œuvre attribuée à Évrard de Trémaugon. L'influence du droit civil y apparaît surtout indirectement, au travers de ce que le droit canonique en a « assimilé et digéré », l'inspiration majeure de l'idéal monarchique décrit étant surtout à rechercher dans les Écritures et « la mystique de la royauté très chrétienne ». Dans une contribution originale, P. Arabeyre (« Droit et histoire : les fondements de la règle de succession au royaume de France chez Guillaume Benoît (1455-1516) », p. 125-154) livre ensuite quelques éléments de sa thèse inédite sur les idées politiques du canoniste toulousain souvent décrié par les humanistes. Embrassant l'ensemble du droit successoral, le commentaire de la décrétale *Raynutius* aborde en effet aussi les règles de dévolution de la couronne. La masculinité s'y trouve justifiée à la fois par le droit féodal, la coutume spéciale du royaume et la Loi Salique, Benoît s'appuyant d'un côté sur Balde, de l'autre sur Robert Gaguin dont il fut proche. La primogéniture – finement distinguée de l'aînesse en ce qu'elle suppose une égalité de départ radicale – est également justifiée par le droit féodal et par Terrevermeille, dont l'autorité semble ici invoquée pour la première fois de manière significative. Dans une étude très minutieuse, M.-F. Renoux-Zagamé (« "Et a le roi plus d'autorité en son royaume que l'empereur en son empire..." ». Droit romain et naissance de l'État moderne selon la doctrine et la pratique du Palais », p. 155-186) analyse ensuite l'utilisation théorique et pratique du droit romain dans la procédure de vérification des lois, lors de l'enregistrement par les cours souveraines, sous l'Ancien Régime. En un temps où les actes royaux à portée générale demeurent encore rares, les juristes ont recours aux règles romaines d'impugnatio des rescrits. En cas d'opposition, la nullité pour subreption ou obreption peut être mise en œuvre. Avec le temps, les juristes tendent cependant à distinguer acte normatif et acte réglementaire, l'opposition ne pouvant plus viser que les privi-

lèges et non les lois entendues au sens strict. Appliquée à l'ensemble des lettres patentes, la vérification permet, s'agissant de la première catégorie, de contrôler le respect du droit des tiers et, pour ce qui est de la seconde, d'apprécier dans quelle mesure la volonté royale s'exerce en connaissance de cause, la procédure se présentant alors, paradoxalement, comme une sauvegarde de souveraineté.

Dans un troisième volet (Savants et professeurs), cinq contributions sont consacrées, d'une part, à l'enseignement du droit et, d'autre part, au développement du concept de *jus commune*. S'agissant des premières, A. Gouron (« Bologne : un modèle inaccessible pour les juristes européens du XII<sup>e</sup> siècle ? », p. 189-199) dresse le bilan des connaissances acquises, depuis une cinquantaine d'années, sur les civilistes provençaux et les canonistes parisiens, tentant d'évaluer les raisons pour lesquelles leur production scientifique tend à se tarir à partir des années 1200. La première cause semble liée aux effectifs, l'isolement des professeurs les privant de la dissension entre maîtres, motrice de la dynamique bolognaise. La seconde est la rareté, hors d'Italie, des manuscrits fournissant le texte des Compilations. La troisième paraît résider dans le développement divergent de la science juridique de part et d'autre des Alpes, les Bolognais se spécialisant très tôt dans la pure technique juridique, tandis que les *ultramontani*, influencés par la rhétorique et la théologie, font davantage de place aux considérations théoriques, morales ou philosophiques. Face à l'inflation de la législation pontificale et à la mise en circulation de nouveaux appareils de gloses, canonistes et civilistes français ne pouvaient manquer d'être submergés. H. Gilles (« Le traité des actions de Guillaume de Ferrières », p. 249-261) analyse de son côté le fragment d'un cours sur le titre *De actionibus* des Institutes professé à Toulouse en 1285, qui fournit différents renseignements sur la vie judiciaire, l'université et la société de la cité languedocienne. Nombre d'actions sont expliquées à partir d'affaires locales se déroulant devant des juridictions laïques ou ecclésiastiques et offrent de nombreux détails sur la pratique, allant du commerce des livres de droit aux particularités de la condition servile. Si la *lectura* se présente d'abord comme un traité de droit civil, son auteur n'ignore par pour autant la coutume. Ch. Chêne (« Les professeurs de droit français toulousains et le droit romain », p. 263-269) rappelle quant à lui l'influence exercée par le droit romain, dont l'enseignement fut restauré par l'édit de Saint-Germain, sur la science du droit français en pays de droit écrit au XVIII<sup>e</sup> siècle. Le plan

des Institutes fournit le cadre conceptuel d'une réflexion qui subit aussi l'influence des romanistes contemporains, promoteurs de l'*usus modernus* et du droit naturel.

Concernant le développement du concept de droit commun, L. Mayali (« *Ius civile* et *Ius commune* dans la tradition juridique médiévale », p. 201-217) montre comment se met en place, à la fin du XII<sup>e</sup> siècle, un système axé sur la complémentarité du droit civil et du droit commun. Redéfinissant la première expression qui, dans les sources romaines, pouvait renvoyer autant au droit de Rome qu'à celui de n'importe quelle cité, les juristes médiévaux font prévaloir le second sens, assimilant le *jus civile* à un *jus proprium* renvoyant aux droits statutaires. Là où cessent ces derniers commence le *jus commune*, lequel, après avoir été une enveloppe à contenu variable, devient, à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, un droit romano-canonique placé, vis-à-vis des droits propres, dans un principe de subsidiarité. G. Giordanengo (« *Jus commune* et " droit commun " en France du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », p. 219-247) revisite pour sa part le dossier abordé jadis par P. Petot sur le sens des expressions *jus commune* et droit commun dans les sources françaises de la fin du moyen âge. Par-delà leur ambivalence – l'une et l'autre pouvant renvoyer simplement à la règle commune en vigueur, quel que soit son fondement – les deux formules apparaissent principalement, tant dans les manuels de droit ou de procédure que dans la pratique, notamment judiciaire, pour désigner, à l'instar des docteurs italiens, le droit romano-canonique, ou encore pour qualifier la législation royale, voire la concorde entre droit écrit et droit coutumier.

La quatrième rubrique du volume, rassemblant six études consacrées aux rapports entre droit civil, coutumes et droit privé, s'ouvre par une contribution d'O. Guillot, « Sur la naissance de la coutume en Anjou au XI<sup>e</sup> siècle » (p. 273-295). Si les coutumes de droit privé ne se fixent comme telles qu'aux XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles, le changement qui conduit à qualifier les anciennes *exactiones* de *consuetudines* paraît traduire une perception nouvelle des rapports politiques dans la seigneurie, les redevances ou services dus au maître apparaissant désormais comme établis par le précédent voire comme résultant d'un compromis avec les manants. Dès le XI<sup>e</sup> siècle, en outre, certains usages – parfois qualifiés de « droit nécessaire », comme la règle d'égalité successorale entre roturiers en Anjou – préfigurent des règles ultérieurement qualifiées de coutumes. G. Guyon (« Les annotations de la coutume de Bordeaux et la romanisation du

droit pénal », p. 297-328) examine quant à lui l'un des plus importants témoins des coutumes médiévales bordelaises (le ms. Péry, Bordeaux, Arch. mun. AA 6) transcrit au XV<sup>e</sup> siècle, contenant sous chaque article des notes savantes anonymes conférant les usages locaux avec le droit écrit, dont la formulation laisse supposer un commentaire destiné à l'enseignement. Celles relatives au droit pénal contiennent des allégations fréquentes au Digeste, au Code et à quelques docteurs italiens. Les coutumes elles-mêmes se présentent comme des pratiques consacrées par des précédents, le droit romain servant à les rationaliser, les ordonner en principes ou les amender. Dans la même aire géographique, J. Poumarède (« Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du parlement de Bordeaux », p. 239-345) étudie le procès-verbal de la rédaction des coutumes de 1513-1514 qui révèle une forte représentation des États locaux. Au cours des trois assemblées nécessaires, largement dominées par les gens de justice, les successions et le droit féodal semblent avoir été les questions les plus discutées. L'introduction de la légitime et l'ignorance volontaire d'un certain nombre de prérogatives féodales révèle en fin de compte les progrès de « la modernité juridique sous les traits du droit écrit ». J.-L. Thireau (« L'alliance des lois romaines avec le droit français », p. 349-374), partant des tentatives d'alliance entre droit romain et droit français réalisées à partir de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, décrit pour sa part la lente démarcation opérée par les juristes français vis-à-vis du *jus commune*. Sous l'influence de la méthode humaniste qui conduit à relativiser l'universalisme des textes romains tout en mettant en exergue la spécificité des coutumes françaises, les juristes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, imprégnés d'un positivisme renforcé par le contrôle croissant du pouvoir royal sur les sources du droit, en viennent à considérer le droit romain comme une législation étrangère. Si ce nationalisme ne les empêche pas de continuer à lui emprunter certaines solutions techniques, il s'agit désormais d'emprunts sélectifs et non plus de réception ou d'assimilation passive. J. Vendrand-Voyer analyse de son côté des « Conférences sur la coutume d'Auvergne tenues par MM. les avocats de la sénéchaussée de Riom » (p. 375-392) des années 1751, 1752 et 1786, recopiées à l'usage des praticiens du ressort. Imitées de celles organisées par les avocats parisiens, ces séances n'abordent que certaines questions controversées parmi lesquelles l'existence de la puissance paternelle en Auvergne, finalement considérée comme une institution totalement différente de son modèle romain, lequel ne constitue plus qu'un élément de comparaison. G. Sicard (« L'utilisation du droit romain par les rédac-

teurs du Code civil : le droit de la famille », p. 393-405) rappelle brièvement que, lors des débats précédant la codification, le droit romain, évoqué à propos de l'obligation de doter la fille, de la présomption de paternité et des attributs de la puissance paternelle, fut finalement écarté.

Trois contributions viennent clore cet ensemble dans une ultime section consacrée aux rapports entre droit romain et pratique. J. Hilaire (« Pratique notariale et droit romain dans les pays de droit écrit », p. 409-420) rappelant que le développement du notariat méridional fut concomitant à la diffusion du droit romain tente d'évaluer son utilisation pratique. Partant tous d'un formulaire romanisé, un fossé se creuse entre quelques notaires ayant reçu une formation scolaire ou universitaire et la masse souvent ignorante des plus humbles rédacteurs d'actes. Le souci commun reste cependant l'intérêt du client. Le sens des clauses de renonciations, appliquées non seulement au droit romain mais aussi parfois au droit canonique et à la coutume, apparaît alors clairement comme un désir d'assurer la stabilité des conventions et non, ainsi qu'on l'a écrit, comme l'indice d'une volonté « populaire » d'écarter la règle romaine. Instrumentalisée, cette dernière se révèle d'abord une technique au service des besoins immédiats du praticien, le système des pays de droit écrit se révélant comme un droit coutumier « coulé dans une technologie romanisante ». M. Bubenicek (« Le droit romain dans une affaire de "bail" d'enfants mineurs en parlement au milieu du XIV<sup>e</sup> siècle », p. 421-439) analyse de son côté le règlement, en 1353, d'un contentieux relatif à l'octroi du bail de l'héritier du comté de Bar. Parmi les arguments invoqués par les parties, le droit écrit arrive en tête des autorités, après le droit naturel, mais avant ou au même niveau que la « coutume générale du royaume ». Les règles romaines, connues de ceux qui les allèguent, apparaissent ainsi, non seulement comme un droit supplétif et un instrument, mais aussi comme une référence normative supérieure. K. Weidenfeld (« Les privilèges du fisc et les avocats du parlement de Paris. Quelques exemples de l'influence du droit savant sur les praticiens à la fin du Moyen Âge », p. 441-472) présente enfin la manière dont la pratique tardo-médiévale élabore au profit du roi des règles dérogatoires posant les premiers jalons d'un droit administratif. Reconnaisant un *jus fiscali*, les avocats trahissent leur connaissance des constructions des docteurs dont ils s'approprient les réflexions, tout en

limitant le privilège fiscal pour le rendre compatible avec les droits des particuliers.

De la variété et de la richesse des différentes contributions réunies dans ce volume de qualité, le lecteur pourra sans aucun doute tirer le profit souhaité par celui qui l'a dirigé : plus qu'un aperçu, un véritable tour d'horizon sur les tendances les plus récentes de l'historiographie relative à la « pénétration » ou la « réception » du droit romain en France.

Franck ROUMY

\*  
\* \*

Jean-Paul DURAND, *La liberté des congrégations religieuses en France*, Paris, Cerf, 1999, t. I, *Une situation métamorphosée ? Droit français des congrégations religieuses et droit canonique de l'état consacré*, XVII-497 p. ; t. II, *Régime français des congrégations religieuses*, 843 p. ; t. III, *L'hypothèse de la congrégation simplement déclarée. Du droit de déclarer une spécialité congréganiste*, 709 p.

Publiés simultanément, ces trois copieux volumes constituent l'édition mise à jour d'une thèse *in utroque jure* soutenue en 1992, conjointement à la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris et à la Faculté Jean-Monnet de l'Université Paris XI.

Dans un premier tome, qui intéressera plus particulièrement l'historien du droit, l'auteur brosse d'abord un tableau général de l'évolution du droit français et du droit canonique relatifs aux congrégations religieuses. La naissance et l'évolution des règles du droit public français sont ainsi présentées dans une première partie sous la forme d'un vaste panorama historique qui, prenant principalement pour point de départ la Révolution française, ne s'interdit cependant pas quelques incursions dans l'ancien droit. Après une étude détaillée de la terminologie relative aux congrégations et une analyse de leur situation démographique depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle, sont présentées l'origine et l'évolution du contrôle étatique qui se met en place sur ces institutions, principalement à partir de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle. Du gallicanisme à la loi de séparation entre l'Église et l'État est ainsi mise en exergue l'emprise croissante de la

police exercée à l'égard des communautés religieuses. Dans une seconde partie, l'auteur présente ensuite l'évolution générale des règles du droit canonique relatives à la vie religieuse depuis leurs origines jusqu'au Code de 1983. Détaillant principalement son analyse à partir de la période post-tridentine, J.-P. Durand met en lumière la mise en place et l'évolution, dans le droit contemporain, des notions canoniques de « vie religieuse » et surtout de « vie consacrée ».

Un second volume, davantage destiné au publiciste, est ensuite consacré au statut des congrégations dans le droit français contemporain. L'auteur y dresse d'abord le bilan de la situation particulière du droit local alsacien-mosellan et de son évolution depuis l'interdiction des congrégations en 1872, dans le contexte tumultueux du *Kulturkampf*, jusqu'à la situation actuelle où, au régime d'autorisation antérieure à 1870 encore officiellement en vigueur, s'est substitué peu à peu une pratique de tolérance administrative permettant une reconnaissance par le biais de la constitution d'associations de droit local. Vient ensuite une étude très fouillée du régime de droit commun établi en France depuis la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. Après un premier chapitre consacré aux congrégations n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation expresse de l'autorité administrative qui, depuis 1942, sont devenues licites, est présentée une longue analyse des notions de congrégation et de congréganiste telles que les ont progressivement définies la jurisprudence et la doctrine. Leur régime juridique – autorisation, reconnaissance légale, dissolution – est ensuite présenté. Une dernière partie, après un excursus sur la condition spéciale des congrégations situées outre-mer, est finalement consacrée aux principaux aspects juridiques de la vie de ces institutions, allant de l'examen de leur capacité à celui de leur responsabilité, en passant par l'exercice de la tutelle administrative ou leur statut patrimonial.

Dans un troisième volume est enfin abordée la question controversée de la possibilité de reconnaissance, par le droit séculier, d'une congrégation par simple déclaration. L'auteur, dont les développements visent avant tout à mener une réflexion débouchant sur les difficultés du droit positif français à aboutir à une telle option, entreprend cependant auparavant une large enquête historique qui part, dans une première partie, de l'évolution de la liberté d'association, en France, depuis la fin de l'Ancien Régime. De la fin des corporations jusqu'à la loi de 1901, dont l'élaboration et l'application jusqu'à nos jours sont étudiées de manière extrêmement détaillée, en passant par le régime restrictif d'autorisation



qui a prévalu durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, est ainsi écrite une véritable histoire du droit des associations à l'époque contemporaine. Une deuxième partie est l'occasion de procéder à une étude comparative des notions civiles de « congrégation religieuse » et d'« association religieuse », à travers l'histoire de ces deux figures durant le XIX<sup>e</sup> siècle. Après avoir montré dans une troisième partie la rémanence progressive du concept de congrégation déclarée depuis la loi instituant, en France, la liberté associative, l'auteur mène enfin une étude prospective sur les possibilités futures de voir reconnaître, en droit administratif français, une telle notion, qui permettrait de résoudre le paradoxe actuel selon lequel une congrégation non reconnue peut se voir attribuer la personnalité morale plus facilement, par le biais de la constitution d'une association, qu'un groupement désireux de se voir reconnaître officiellement par l'État le statut de congrégation.

Par delà l'intérêt que trouveront nécessairement à ce monumental ouvrage les spécialistes de droit administratif ou, selon l'ancienne terminologie canonique, de « droit civil ecclésiastique », l'ampleur de la réflexion menée et la richesse de la documentation analysée ne pourront manquer non plus d'attirer l'attention, non seulement des historiens du droit, mais aussi de tout politologue tourné vers l'étude des libertés publiques.

Franck ROUMY