

RICARD, RENUSSON, LE BRUN : LES PREMIERS TRAITÉS MODERNES DE DROIT CIVIL AU XVII^e SIÈCLE

De tous les genres littéraires utilisés par les juristes, le traité apparaît comme le plus représentatif de la doctrine civiliste moderne, spécialement de celle des XIX^e et XX^e siècles. Les gros ouvrages de Demolombe, d'Aubry et de Rau, de Baudry-Lacantinerie, de Planiol et de Ripert, pour ne citer que les principaux, qui font aujourd'hui figure de classiques, sont là pour témoigner de cette prédilection pour des travaux consacrés à un sujet précis mais de grande ampleur, visant à en donner un exposé détaillé et quasiment exhaustif. Mais le traité est apparu bien avant et les travaux précités ont eu des prédécesseurs plus ou moins lointains. On fait parfois remonter ses origines à l'époque romaine et les grands jurisconsultes classiques auraient déjà composé de tels ouvrages, dont ne subsisteraient que les fragments recueillis dans le Digeste de Justinien. Une telle ancienneté apparaît cependant douteuse, d'abord parce que le terme latin *tractatus* n'a jamais désigné, à Rome, un type particulier d'ouvrages, et spécialement d'ouvrages juridiques, et surtout parce que les jurisconsultes classiques, tout en utilisant des genres variés, avaient une préférence marquée pour des formes plus brèves, recueils de règles succinctes (*regulae*) ou de consultations (*responsa*), exposés de questions controversées (*questiones, disputationes*), manuels à l'usage des débutants (*institutiones*), et surtout commentaires du *jus civile*, de l'édit du préteur ou d'ouvrages de leurs prédécesseurs. Le commentaire, plus que le traité, a toujours constitué leur genre favori¹, et seuls les *libri singulares*, apparus tardivement, à la fin de l'époque classique, pourraient présenter, pour autant que l'on puisse les reconstituer avec exactitude, quelques ressemblances avec nos actuels traités, par leur

1. A. Schiavone, *Jus. L'invention du droit en Occident*, trad. franç., Paris, 2008, p. 521-522, note 50.

plus grande ampleur et leur volonté d'embrasser de manière à peu près complète une question spécifique². Appliqué aux productions juridiques romaines, le terme « traité » fait figure d'anachronisme et on ne peut l'utiliser qu'avec précaution, en lui donnant un sens très général.

Les origines du traité, en tant que genre bien distinct de la littérature juridique, se situent plus vraisemblablement à la fin du Moyen Âge, en liaison étroite avec un grand mouvement d'affirmation doctrinale dû à l'essor de l'école bartoliste³. Tout en continuant de pratiquer le commentaire à partir de textes romains ou canoniques, ou plus tard coutumiers, les bartolistes ont commencé à édifier sur ces bases de vastes constructions intellectuelles qui en dépassaient singulièrement la portée, n'hésitaient pas à s'en éloigner pour envisager l'ensemble de la matière, et à multiplier les digressions sur des questions connexes ou voisines, au point parfois de perdre de vue leur point de départ à l'exemple du canoniste toulousain Guillaume Benoît dans son commentaire de la décrétale *Raynutius*⁴. Bartole lui-même a laissé plusieurs écrits qui, sans toujours s'intituler « traités », appartenaient à ce genre, notamment en droit public avec un *De regimine civitatis*, un *De tyrannia* et, en matière de procédure, un *De testibus...*⁵. Ses disciples l'ont imité en composant des monographies du même type, sur des sujets de droit romain mais aussi de droit canonique ou de droit coutumier, bien que, là aussi, le terme « traité » figurât rarement dans le titre. Il faut pourtant nuancer le tableau car, dans les productions bartolistes, ces ouvrages sont restés minoritaires au regard des commentaires traditionnels, et surtout présentaient encore des différences notables avec les traités modernes, par leur relative brièveté pour la plupart et par leurs ambitions limitées, puisqu'ils s'en tenaient encore à des sujets étroitement spécialisés. Aux xv^e et xvi^e siècles, les traités n'évoquaient pas encore des ouvrages étendus, voire démesurés, couvrant une multitude de volumes comme le feront ceux des civilistes du xix^e siècle, mais surtout ils conservaient une certaine dépendance à l'égard des textes qui conti-

2. J.-P. Coriat, V^o Ulpian, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla et J.-L. Halpérin, Paris, 2008, p. 585-589.

3. En ce sens, Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milan, 1954, p. 545 : « ...il periodo storico è importante sopra tutto perché si afferma la nuova forma letteraria del tractatus, alla quale spettava un avvenire splendido... ».

4. P. Arabeyre, *Les idées politiques à Toulouse à la veille de la Réforme. Recherches autour de l'œuvre de Guillaume Benoît (1455-1516)*, Toulouse, 2003, *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n^o 7/2003.

5. Y. Mausen, V^o Bartole, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 29-35.

naient de servir de point de départ à leurs développements : il était d'usage en effet, même dans les traités, de mettre en exergue une loi, dont on commençait par faire l'exégèse et dont on donnait une première interprétation purement grammaticale ou analytique, avant de s'en éloigner progressivement pour se livrer à des discussions d'école sur le thème du texte, puis à l'examen de cas pratiques en rapport avec lui. Les juristes français eux-mêmes, longtemps sous l'influence de la méthode italienne, ne procédaient pas autrement. Les traités qu'ils ont produits au xvi^e siècle, comme le *De utroque retractu et municipali et conventionali* d'André Tiraqueau, le *Tractatus contractuum et usurarum, redituumque pecunia constitutorum*, l'*Extrictio labyrinthi dividui et individui* et le *Tractatus de eo quod interest* de Charles Du Moulin, présentaient encore ces caractères, et les développements y étaient presque toujours introduits par la reproduction et le commentaire d'un ou plusieurs fragments du Digeste ou d'un article de coutume, avant que le sujet ne soit abordé dans un cadre plus large. De ce fait, la distinction entre commentaires et traités doit être relativisée à cette époque, et chez Du Moulin par exemple, il n'existe aucune différence marquée, au moins quant à la méthode, entre son commentaire de la coutume de Paris et ses traités de droit romain : le traité est issu du commentaire et, à cette époque, il ne s'en était pas encore complètement affranchi ⁶.

Pour en arriver aux traités que l'on peut qualifier de modernes, il a donc fallu qu'interviennent de nouveaux changements. Ces transformations, qui ont donné naissance à un genre de littérature juridique plus proche de ce que nous connaissons aujourd'hui, semblent bien s'être produits dans la seconde moitié du xvii^e siècle, période qui, en France, a vu la parution de plusieurs grands ouvrages où l'on peut reconnaître, au moins quant à leurs caractères principaux, les tout premiers représentants des traités civilistes modernes, même si, par d'autres aspects, ils restaient encore tributaires de traditions antérieures.

Le premier en date est le *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, dû à un avocat au Parlement de Paris, Jean-Marie Ricard, et publié pour la première fois en 1652. Né à Beauvais en 1622, mort à Paris en 1678, Ricard était l'un de ces nombreux avocats d'Ancien Régime à qui manquait la qualité essentielle dans leur profession, le talent oratoire, qui plaidaient donc peu mais écrivaient beaucoup et se distinguaient par la profondeur de leur science juridique ⁷. Il en a

6. J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin. Étude sur les sources, la méthode et les idées politiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, 1980, p. 128 s.

7. G. Meylan, V^o Ricard, *Dictionnaire historique des juristes français*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halperin, J. Krynen, Paris, 2007, p. 666-667.

donné une preuve éclatante en rédigeant des commentaires estimés, à en juger par leurs multiples éditions, des coutumes d'Amiens (1661) et de Senlis (1664), en contribuant aussi à la réédition des œuvres complètes de Charles Du Moulin en 1658, mais surtout en composant un *Traité des donations entre vifs et testamentaires* qui a assuré sa renommée, et auquel il a annexé des traités plus brefs sur le don mutuel, les dispositions conditionnelles onéreuses, les substitutions directes et fidéicommissaires, la représentation et le rappel à succession, pour présenter un exposé quasi complet des actes de disposition à titre gratuit. À en croire l'avertissement placé en tête de la nouvelle édition de 1685, que j'ai utilisée, l'ouvrage « a toujours passé pour un chef d'œuvre de la profession. Les oracles du Palais l'ont cité du vivant de son auteur avec des éloges qui offensaient sa modestie, et les juges l'ont souvent fait apporter sur le Bureau, pour en tirer la décision des difficultés qui se sont présentées sur cette matière »⁸. Son influence a été forte même en pays de droit écrit, et même à l'étranger puisqu'une traduction latine en a été faite en Allemagne, à l'usage des non-francophones. En France même, il a connu de nombreuses rééditions (au moins dix au cours des XVII^e et XVIII^e siècles), et est devenu un classique de la littérature civiliste.

On peut citer en deuxième lieu les ouvrages d'un autre avocat au Parlement, Philippe de Renusson, qui a laissé pas moins de cinq traités : *Des propres réels, réputés réels et conventionnels* (1681), *De la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers* (1685), *De la communauté de biens entre l'homme et la femme conjoints par mariage* (1692), *Du douaire* (1699), et enfin *De la garde noble et bourgeoise*, paru en 1699, l'année même de sa mort. Issu d'une lignée d'avocats au présidial du Mans, Renusson était venu de sa province natale, où il avait vu le jour le 11 septembre 1632, pour s'inscrire au barreau du Parlement de Paris, où il devait exercer pendant quarante-cinq ans tout en écrivant des ouvrages qui, comme ceux de Ricard, ont connu un succès durable pendant tout le XVIII^e siècle, attesté par les nombreuses rééditions dont ils ont fait l'objet, soit séparément, soit réunis dans le gros volume in-folio de ses œuvres complètes, publié à trois reprises en 1760, 1777 et 1780⁹.

En dernier lieu, toujours par ordre chronologique, doivent être mentionnés les écrits d'un autre avocat parisien, Denis Le Brun, un

8. *Œuvres de J.-M. Ricard*, t. I, *Traité des donations*, nouv. éd., Paris, 1685, avertissement, non paginé.

9. J.-L. Thireau, V^o Renusson, *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., p. 661-662.

peu plus jeune que les précédents, né en 1640 et mort en avril 1708, sans doute plus éloquent aussi puisqu'il fit paraître en 1705 un *Traité de la parole* à l'usage de ses confrères. Mais Le Brun a surtout assis sa réputation sur deux ouvrages de grande ampleur : un *Traité des successions*, édité en 1692, et un *Traité de la communauté, avec un traité des communautés ou sociétés tacites*, paru en 1709, un an après sa mort¹⁰. L'un et l'autre ont connu plusieurs rééditions au XVIII^e siècle : quatre pour le *Traité des successions* (1700, 1714, 1735, 1775) ; deux pour le *Traité de la communauté* (1733, 1754).

Ricard, Renusson et Le Brun appartiennent donc à une même génération de juristes, nés entre 1622 et 1640, parvenus à leur maturité dans la seconde moitié du XVII^e siècle, et dont on peut affirmer qu'ils ont exercé une influence importante non seulement sur leurs contemporains, puisque le succès de leurs ouvrages fut immédiat, mais aussi longtemps après leur mort, pratiquement jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, où ils commencèrent à être éclipsés par les traités de Pothier. Ils ont fortement contribué au renouvellement de la doctrine civiliste et méritent mieux que l'oubli presque complet où ils sont tombés aujourd'hui¹¹. On pourrait même les ranger parmi les fondateurs du droit civil français, dans la mesure où ils ont apporté à la doctrine privatiste plusieurs transformations et innovations décisives, qui ont conduit à la rationaliser tant dans la forme que dans le fond, à lui conférer une physionomie très différente de celle des traités antérieurs mais déjà proche de celle des ouvrages juridiques modernes. Certes, ils n'ont pas innové en tout, se sont insérés dans un courant dont on peut faire remonter les origines aux juristes humanistes du XVI^e siècle, mais sont allés plus loin qu'eux et ont tiré profit des progrès de la logique et du raisonnement accomplis au cours du Grand Siècle.

De fait, les progrès qu'ils ont réalisés se remarquent à la fois du point de vue du fond et du point de vue de la méthode. Sur le premier point, ils ont posé les fondements d'un véritable droit civil français en composant des traités qui relèvent d'un droit privé proprement national, qui a rompu ses liens avec la tradition des droits savants (I). Émancipation qui a permis d'acquérir une plus grande liberté aussi du point de vue de la méthode, et par là-même de conférer une physionomie bien plus moderne à leurs ouvrages juridiques (II).

10. J.-L. Thireau, V^o Le Brun, *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., p. 478.

11. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, a été le seul à consacrer quelques brefs passages et de courtes notices biographiques à Ricard et à Le Brun.

I. – La construction d'un droit civil français

« Droit civil français » : l'expression paraît aujourd'hui banale. Défini dans son sens le plus large comme « la partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes (personnalité, état, capacité, etc.), aux biens (patrimoine en général, propriété et autres droits réels, transmission des biens), à la famille (filiation, mariage, etc., droit patrimonial de la famille y compris régimes matrimoniaux et successions), aux obligations (sources diverses, transmission, extinction, etc.), plus spécialement aux divers contrats et aux sûretés (théorie générale du crédit, hypothèque, etc.) »¹², le droit civil a depuis longtemps fourni le thème, sinon toujours le titre, d'innombrables ouvrages. Pourtant, s'en tenir à cette seule constatation reviendrait à négliger le fait que, dans le domaine juridique comme dans les autres, les mots, les expressions, ont une histoire et peuvent s'appliquer, suivant les époques, à des réalités fort différentes. À Rome, le *jus civile* revêtait une signification tout autre qu'en droit moderne et désignait le droit propre à la cité et aux citoyens, le droit quiritaire, quel qu'en fût l'objet, public aussi bien que privé. Les romanistes médiévaux, et même encore certains de leurs successeurs modernes, lorsqu'ils parlaient du *jus civile* ou même simplement du *jus*, faisaient référence à un droit certes d'origine romaine, mais fortement remanié par la doctrine et qu'ils identifiaient à un système juridique supérieur, un *jus commune* considéré comme universel et ayant vocation à s'appliquer partout¹³. Droit circonscrit à ses débuts à une cité, fût-elle celle de Rome, élargi ensuite, au moins en théorie, aux dimensions de l'univers, puis intégré dans un cadre national, le « droit civil » a donc subi bien des avatars qui restent loin d'être parfaitement connus. En particulier, la transformation qui s'est opérée du *jus civile* médiéval au droit civil national demeure, en France, difficile à dater avec précision, et les circonstances qui l'ont entourée, voire causée, restent elles aussi indéterminées.

On peut néanmoins avancer que cette mutation, qui s'est faite progressivement, s'est produite au moins pour une part au cours du XVII^e siècle, et que les traités de nos trois auteurs y ont joué un rôle non négligeable. Ils ont contribué au passage de la conception romaniste du *jus civile* au droit civil moderne, en œuvrant à l'édification d'un nouveau droit civil proprement français, et en parachevant la rupture

12. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, 2000, p. 147.

13. M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, 4^e éd. 1989.

avec le *jus commune* entreprise par leurs devanciers (A) ; en second lieu en restreignant le domaine de ce nouveau droit civil aux seules matières du droit privé, à l'exclusion de tout ce qui concernait le droit public, le droit pénal, voire la procédure (B).

A) « *Nationalisation* » du droit civil

Renusson, qui avait pour habitude de faire précéder chacun de ses écrits d'une courte préface ou d'un petit discours introductif destiné à en annoncer le contenu, ne manquait jamais d'y souligner que la matière dont il allait traiter était « l'une des plus importantes de notre Droit François », ainsi pour la communauté conjugale, le douaire et les propres¹⁴ ; ou au moins, lorsqu'elle venait du droit romain, comme la subrogation, que la « Jurisprudence Française » en avait précisé et développé les premiers principes posés par les lois romaines¹⁵. Traités de droit français, c'était bien la première qualité que revendiquaient pour leurs ouvrages respectifs nos trois auteurs, de manière encore assez discrète pour Ricard, avec plus de vigueur et d'éclat pour Renusson et Le Brun.

Cette qualification pourrait sembler aujourd'hui dénuée d'originalité, ou même de tout intérêt. Mais à l'époque où ils écrivaient, il n'y avait pas si longtemps que l'expression « droit français » était entrée dans l'usage : apparue, sous la plume du jurisconsulte Louis Le Caron moins d'un siècle plus tôt, à la fin des années 1560, elle ne s'était vulgarisée qu'à l'extrême fin du xvi^e siècle et au tout début du xvii^e, période où l'on commence à la rencontrer dans le titre d'ouvrages de plus en plus nombreux, qui avaient en commun de chercher à se démarquer du *jus commune*, du droit à fondement romain élaboré par la doctrine, principalement italienne, mais aussi française et allemande, et censé représenter le droit commun de toute l'Europe¹⁶. Se réclamer ouvertement du droit français, c'était se rattacher à un courant de nationalisme juridique d'origine encore récente, et manifester une volonté de rupture avec une conception plus traditionnelle du droit, restée indépendante des cadres étatiques et liée à l'idéal médiéval d'un droit commun universel.

Comparée aux affirmations des premiers promoteurs du droit français, cette revendication, chez nos trois juristes, peut paraître, il

14. *Œuvres de M. de Renusson*, Paris, 1760, *Traité de la communauté*, p. 2 ; *Traité du douaire*, préface, non paginée ; *Traité des propres*, p. j.

15. *Traité de la subrogation*, p. IIJ, *Œuvres de Renusson*, 5^e partie.

16. J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD*, n° 10-11, 1990, p. 153-191.

est vrai, assez timide. On ne trouve guère chez eux les affirmations tonitruantes sur l'indépendance du droit français à l'égard du droit commun, ni les attaques virulentes contre cette notion même de *jus commune*, ignorée plutôt que combattue. C'est qu'ils venaient déjà bien tard, à une époque où cette première querelle des Anciens, favorable au maintien de la primauté du droit romain, et des Modernes, partisans de l'émancipation du droit français, s'était quelque peu apaisée, en raison de l'affaiblissement des premiers, qui, même s'ils conservaient quelques fidèles, presque tous originaires des pays de droit écrit comme le jurisconsulte forézien Claude Henrys et son continuateur Bretonnier, étaient de moins en moins nombreux et de moins en moins actifs¹⁷. Ricard, Renusson et Le Brun n'étaient plus des pionniers, et moins qu'à conquérir des positions nouvelles, ils cherchaient surtout à consolider celles que leurs prédécesseurs avaient occupées. Néanmoins, ce travail de consolidation, ils l'ont effectué consciencieusement, sans beaucoup d'éclat mais avec persévérance.

D'abord en prenant unanimement le parti de rédiger en français leurs ouvrages juridiques, choix qui, dans le courant du xvii^e siècle, n'avait lui non plus rien d'insolite ni de très audacieux, mais n'était pourtant pas dépourvu de signification. Pendant longtemps, le latin avait été la langue du droit par excellence, et il le restait encore dans une bonne partie de l'Europe continentale, cantonnant les langues vernaculaires au domaine de la pratique et des droits coutumiers, qu'il avait même entrepris de leur disputer à mesure que les droits locaux ou statutaires s'intégraient à la science juridique : dans la France du xvi^e siècle, les grands jurisconsultes, Tiraqueau, Chasseneuz, Du Moulin, rédigeaient dans la langue de Cicéron leurs principaux ouvrages, même ceux qui portaient sur des matières purement coutumières comme les retraits, les fiefs ou les censives, et il avait fallu attendre la seconde moitié du siècle, et la réaction nationaliste suscitée par l'humanisme tardif, pour commencer à voir paraître en français des ouvrages juridiques d'envergure, à l'initiative des Grimaudet, Coquille, Le Caron, Pasquier, tous ardents défenseurs d'une culture spécifiquement française et dont nos trois auteurs ont été pour une large part les héritiers. Mais même dans la première moitié du xvii^e siècle, au moins en pays de droit écrit, la cause n'était pas définitivement entendue et on trouvait encore des juristes pour publier en latin leurs savants traités, comme le jurisconsulte de Montélimar François

17. J. Krynen, « Le droit romain droit commun de la France », *Droits*, 2003, p. 21-35, et l'article plus ancien de V. Guizzi, « *Il diritto romano in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVII, 1969, p. 1-46.

de Barry, dont le *Tractatus de successionibus testati ac intestati* fut plusieurs fois réédité entre 1617 et 1671, sans jamais être traduit en français¹⁸. Dans le reste de l'Europe continentale, le latin demeurait la langue juridique dominante, ce qui condamnait ceux qui préféraient s'exprimer dans leur langue naturelle à n'être plus lus ni compris, sauf à faire traduire leurs ouvrages, comme le fut le *Traité des donations* de Ricard en Allemagne. Composer en français plutôt qu'en latin ses traités juridiques était un choix lourd de sens, et à défaut d'avoir été les premiers à le faire, nos auteurs contribuèrent du moins à consolider un usage encore récent. Ils furent aussi parmi les premiers jurisconsultes à user d'une langue classique, rigoureuse et même élégante, autant que peut l'être la prose juridique, déjà différente du français pittoresque mais encore hésitant, et à la précision technique encore relative, des productions du siècle précédent.

Le choix de la langue entretenait des liens étroits avec l'attitude adoptée à l'égard des sources, et l'on retrouve, en ce domaine aussi, une même volonté unanime d'émancipation à l'égard des traditions héritées de Rome. L'abandon de la langue du Digeste et du Code de Justinien, qui avait été également celle de leurs commentateurs médiévaux et même encore de certains juristes modernes, dont l'utilisation pouvait passer pour une marque d'allégeance au droit savant, symbolisait au même titre la rupture avec la doctrine traditionnelle du *jus commune*. De fait, nos trois auteurs ont, sur ce point aussi, suivi la voie de ceux qui, dès le milieu du xvi^e siècle, avaient mené l'offensive en faveur du droit français et contribué à dégager la notion d'un droit national différent du droit commun des romanistes et indépendant de lui. De manière moins polémique mais avec autant de fermeté, ils ont apporté chacun leur pierre à l'édification d'un droit civil français qui, tout en empruntant à l'occasion au droit romain et aux interprétations des romanistes, ne se voulait pas moins original.

Leurs traités se singularisaient déjà par leur objet, qui relevait le plus souvent du droit coutumier : la communauté entre époux, choisie par Renusson et Le Brun, les propres, la garde noble et bourgeoise, développées par Renusson, étaient des matières spécifiquement coutumières, qui soulignaient l'originalité du droit privé français. Les successions, analysées par Le Brun, pouvaient sembler plus ambiguës puisqu'elles étaient réglementées en détail par les sources romaines, mais l'auteur s'est limité aux successions *ab intestat* d'origine coutumière, à l'exclusion des successions testamentaires

18. François de Barry, *De successionibus testati ac intestati...*, Lyon, 1617.

plus ancrées dans la tradition juridique romaine. Il suffit de comparer l'ouvrage qu'il leur a consacré avec celui de François de Barry, dont Camus, dans un moment d'égarement, affirmait qu'il s'en serait inspiré¹⁹, alors que tout les oppose, non seulement la langue, la méthode, mais surtout la conception même du sujet. En homme des pays de droit écrit, Barry faisait la part belle au droit romain, en négligeant, pour ne pas dire en escamotant les traditions coutumières : en dépit de son titre, il s'occupait presque exclusivement des successions testamentaires, auxquelles étaient réservés dix-sept des dix-huit livres, les règles des successions *ab intestat* n'étant examinées, de manière très sommaire, que dans le dernier livre, qui n'exposait d'ailleurs que les solutions romaines. Le Brun faisait exactement l'inverse, en excluant d'emblée de son ouvrage les successions testamentaires, jugées à la fois moins importantes et socialement moins nécessaires, que les premières :

« L'on y voit reluire un certain caractère de justice, qui a fait dire que les dispositions des Coutumes étoient le testament des Sages. Aussi on considère le cours des successions comme celui des fleuves, qui semble n'avoir pour objet que de porter partout avec lui la fécondité ; au lieu que l'on regarde les dispositions testamentaires comme des torrens, qui semblent faits pour troubler l'économie de la nature, et laissent partout d'assez tristes marques de leur passage. en un mot, on se plaint toujours des testaments, et jamais des successions »²⁰.

Seul Ricard, dans son *Traité des donations*, a choisi un sujet étroitement lié à la tradition romaine. Mais il a fait d'entrée une mise au point très claire, pour préciser sans ambiguïté la place accessoire qui revenait au droit romain dans la France coutumière, y compris en cette matière, et prendre ses distances avec la théorie traditionnelle du *jus commune*. Il concédait, mais c'était une évidence, que la question traitée, les testaments et les donations *mortis causa*, étant d'origine romaine, avait toujours été régie par les lois civiles, et que, l'institution ayant été reçue en France, les solutions romaines qui l'organisaient y avaient été introduites en même temps et devaient en conséquence y être observées comme lois :

« Et cette pensée dans laquelle nous sommes d'avoir tiré l'usage des Testamens du Droit Romain, fait que nous tenons encore aujourd'hui pour maxime, qu'en matière de Testamens le Droit Civil doit passer

19. *Bibliothèque choisie des livres de droit*, rééd. par Dupin dans *Lettres sur la profession d'avocat*, p. 138, réimp. dans Camus et Dupin, *Lettres sur la profession d'avocat*, Bruxelles, 1833.

20. *Traité des successions*, Paris, 1735, préface, non paginée.

pour Loy dans ce Royaume, nous y etant volontairement soumis pour ce regard, en ce qui n'est point contraire à nos mœurs et à notre usage »²¹.

Mais ces lois, ou prétendues telles, apparaissaient singulières puisque Ricard leur refusait, du moins en pays coutumier, l'autorité absolue qui caractérise les actes législatifs, et donc une véritable force positive :

« Mais à l'égard mesme de ces exemples particuliers qui ont este approuvez et establis par le Droit Civil, je dis que nous ne pouvons pas les admettre parmy nous, si nous faisons réflexion sur la manière avec laquelle nous nous attachons au droit dans le Pays Coutumier. Nous ne le considérons pas comme une Loy absolue, et à laquelle nous soyons assujettis par nécessité : mais nous en avons reçu la raison, et comme il est composé des sentiments des esprits les plus éclairés qui ayant jamais esté au monde dans la jurisprudence, nous nous servons de leurs décisions pour y conformer les nostres, autant que notre usage le peut permettre »²².

Dans la France coutumière, l'autorité des lois romaines n'avait qu'un caractère conditionnel, et leur force restait variable en fonction des situations. Reprenant une distinction précédemment esquissée par Guy Coquille²³, Ricard tendait à séparer les règles émanant des jurisconsultes qu'on qualifiera plus tard de classiques, qui apparaissaient comme des « maximes générales », des solutions inspirées de la raison et de l'équité, de celles imposées plus tardivement par les rescrits impériaux, dépourvues de qualités aussi éminentes car établies en un temps où avait commencé à s'altérer la « pureté du droit » :

« C'est pourquoi la principale règle que nous observons en cette rencontre est, que nous nous arrêtons particulièrement aux maximes générales qui ont este establies dans la pureté du Droit, et si elles ont souffert quelques limitations, nous considérons si elles procèdent des réponses des Jurisconsultes qui ont eu pour principal but la droite raison ou l'équité naturelle, et en ce cas nous y avons beaucoup d'égard ; mais si ces restrictions se trouvent dans les Loix que nous appelons ex rescriptis, lesquelles n'ont eu le plus souvent pour fondement que les inclinations particulières des Empereurs qui les ont fait publier, et le dessein de

21. Ricard, *Traité des donations*, Paris, 1685, Ie partie, chap. 1, n° 8, p. 2-3.

22. *Ibid.*, I, chap. 2, n° 45, p. 10-11.

23. *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes*, qu. 2, *Œuvres de Guy Coquille*, t. I, Paris, 1666, p. 154.

faire réussir quelque affaire qu'ils affectionnaient, pour lors nous les avons rejetées, pour nous tenir à la règle générale.

De sorte qu'au cas qui se présente, la conversion des donations entre vifs en donations à cause de mort, est une espèce plutôt qu'une autre, n'ayant autre raison que la volonté des Empereurs Sévère et Justinien, auxquels nous ne devons pas d'obéissance, il n'y a point de doute que dans nos maximes nous devons abandonner ces décisions particulières pour nous tenir à la règle, en conservant le véritable esprit du Droit Romain... »²⁴.

En conséquence, Ricard adoptait la thèse, déjà majoritairement reçue en pays coutumier mais encore rejetée par quelques juristes des pays de droit écrit, qui persistaient à attribuer au droit romain la qualité de droit commun, doté de ce fait d'une véritable force contraignante : sa seule autorité, le droit romain ne pouvait la tirer que de ses qualités intrinsèques, de la raison et de l'équité sur lesquelles il était censé fondé, mais qu'on ne devait pas présumer irréfragablement et qu'il appartenait à chacun de dûment vérifier.

Renusson et Le Brun exprimaient des vues identiques mais en insistant plus fermement encore sur la prééminence du droit français. Le second, qui écrivait après que l'autorité du droit français eut été officiellement reconnue par l'édit de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1679, instaurant dans toutes les facultés de droit du royaume un enseignement du « droit français contenu dans les ordonnances et les coutumes », déniait expressément au droit romain la qualité de droit commun pour attribuer celle-ci aux règles les plus générales du droit français :

« ... le Droit Romain n'est point le Droit commun de la France ; mais qu'à proprement parler notre Droit commun consiste en de certains usages qui règnent en tout le Royaume, comme en la matière des fiefs et des censives, dans celle du retrait lignager, des testaments et des successions..., et ce fondement présupposé, on a considéré que les articles de la nouvelle réformation de la Coutume de Paris devoient plutôt être observés dans les cas obmis par les autres Coutumes, quoique réformées longtemps auparavant, que non pas les anciens articles puisqu'ils étoient tirés de la Jurisprudence des Arrêts ; et fondez sur des motifs très-importans »²⁵.

24. Ricard, *Traité des donations*, Ie partie, chap. 2, n° 46, p. 11.

25. Le Brun, *Traité des successions*, p. 236-237.

Comme l'avaient fait les humanistes, et notamment Pasquier, mais de manière moins systématique, ils cherchaient également à illustrer l'existence d'un droit spécifiquement français en faisant appel à l'histoire. Renusson voyait dans la communauté conjugale « un droit si ancien, que nous n'en connaissons point l'origine », mais qui n'avait pu s'introduire « que par un usage et un tacite consentement des anciens peuples des Gaules dans les temps qu'ils jouissaient de leurs anciennes libertés », donc avant la conquête romaine²⁶. Et s'il évitait de se prononcer sur la question très discutée des origines du douaire, il concluait sans hésiter que la garde noble ou bourgeoise venait des « mœurs et coutumes des Gaulois »²⁷. Le Brun, à propos de la communauté entre époux, exposait la thèse, déjà répandue de son temps, d'une possible origine germanique, mais pour l'écarter aussitôt et conclure en faveur d'une formation spontanée dans la pratique, à partir des clauses des contrats de mariage²⁸.

Nos auteurs avaient donc en commun la volonté de se situer dans le cadre d'un droit civil spécifiquement français, distinct à la fois du *jus civile* romain et du *jus commune* bartoliste, et aussi celle d'en exposer les caractères spécifiques. Mais en même temps qu'ils approfondissaient l'étude de ce droit civil national, ils tendaient aussi à en restreindre le domaine, à le ramener aux principales matières du droit privé.

B) « Privatisation » du droit civil

Pour approcher de la vision moderne du droit civil, il fallait aussi limiter le contenu de cette notion au seul droit privé. Or, avant le xvii^e siècle, une telle conception restrictive n'allait nullement de soi. À Rome, la définition du *jus civile*, identifié au droit de la cité, ne l'impliquait pas, bien que, de manière purement pragmatique, les grands jurisconsultes classiques aient consacré au droit privé la plus grande partie de leurs écrits, au détriment des questions de droit public qui touchaient peut-être de trop près aux prérogatives impériales. Au Moyen Âge, la séparation du droit privé et du droit public, admise d'un point de vue théorique, restait trop imprécise pour parvenir à s'imposer en pratique. Sur ce point aussi, nos trois auteurs paraissent bien avoir apporté une contribution notable en identifiant plus nettement droit civil et droit privé.

26. Renusson, *Traité de la communauté*, Ie partie, chap. II, p. 2.

27. Renusson, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, chap. I, n° 5, p. 2.

28. Le Brun, *Traité de la communauté*, préface, p. IIJ.

Il n'y a pas lieu de revenir ici sur le lent processus de séparation du droit privé et du droit public, déjà amplement traité²⁹, sinon pour rappeler que, si les fondements en avaient été posés par les textes romains, les critères fournis par eux pour sa mise en œuvre demeuraient fort imprécis, condamnant les interprétations qui en étaient données à demeurer longtemps multiples et incertaines. Au Moyen Âge, le contexte féodal, qui avait vu la « privatisation » de droits considérés aujourd'hui comme relevant de la puissance publique, ne se montrait pas favorable à son approfondissement, et si les interprètes avaient bien relevé dans le Digeste les mentions du *jus privatum* et du *jus publicum*, en cherchant à les expliciter, ils n'étaient pas parvenus à leur assigner des limites précises et encore moins à les respecter. Dans les commentaires et les traités issus de l'École bartoliste, la formulation parfois ferme des principes n'empêchait pas de leur faire subir des entorses plus ou moins fortes. Ainsi le commentaire de la décrétale *Raynutius* par Guillaume Benoît avait-il fourni à son auteur l'occasion, pour ne pas dire le prétexte, de traiter non seulement des successions de droit privé, directement visées par le texte, mais aussi des successions de droit public, avec de longs développements sur la transmission des principautés et des royaumes, le tout étroitement mêlé³⁰. Et un jurisconsulte comme Charles Du Moulin, toujours tributaire de la tradition bartoliste tout en étant déjà influencé par l'humanisme, et qui présentait pourtant la distinction entre droit privé et droit public comme la *summa divisio juris*, ne lui donnait qu'une portée théorique et prenait avec elle beaucoup de libertés dans son argumentation³¹. Pendant longtemps, même chez les juristes du droit savant pourtant rompus aux abstractions, il est resté difficile de concevoir le droit en catégories aussi nettement tranchées, et les évolutions en ce sens apparues au cours du xvi^e siècle à la faveur des progrès de la réflexion juridique et de ceux de la notion d'État, ne se sont pas montrées décisives au moins dans l'immédiat.

Dans un premier temps, elles ont seulement contribué à hâter la formation d'une discipline « publiciste » autonome, distincte par ses

29. Fr. Calasso, « *Jus publicum e jus privatum nel diritto comune classico* », *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Milan, 1943, p. 53-85 ; G. Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *Archives de Philosophie du droit*, nouv. sér. I, 1952, p. 5-77 ; A. Rigaudière, « Pratique politique et droit public dans la France des xiv^e et xv^e siècles », *ibid.*, XLI, 1997, p. 83-114.

30. P. Arabeyre, *Les idées politiques à Toulouse...*, *op. cit.*, p. 223 s.

31. J.-L. Thireau, « Le droit public dans la doctrine française du xvi^e et du début du xvii^e siècle », *RHFD*, n° 25-26, 2005-2006, p. 73-93.

sources et ses méthodes propres ; mais pas, par symétrie, celle d'une discipline proprement « privatiste », dans la mesure où celle-ci, face à un droit public encore peu développé, continuait de représenter la science juridique en général, une sorte de droit commun face auquel le droit public ne constituait encore qu'une exception limitée. Parmi les productions doctrinales de la fin du Moyen Âge et du xvi^e siècle, tant chez Bartole et ses disciples italiens que chez les auteurs français, dans le cadre d'une distinction qui restait essentiellement pragmatique, ce sont plutôt des traités relevant du droit public que l'on peut individualiser, bien qu'ils s'affichent rarement comme tels. Les matières relevant du droit public ayant été plus négligées par les jurisconsultes romains et se trouvant de ce fait sous-représentées dans les compilations de Justinien, les juristes qui s'en occupaient se singularisaient bien davantage et jouissaient d'une plus grande liberté : moins asservis à la lettre des textes romains et aux traditions doctrinales d'interprétation, ils choisissaient de préférence le genre du traité, qui les laissait plus libres que le commentaire. Si la ligne de partage entre commentaires et matières de droit privé d'une part, traités et matières de droit public d'autre part, n'avait rien d'absolu, il n'en restait pas moins vrai que le traité a pu apparaître, dans les derniers siècles du Moyen Âge et au temps de la Renaissance, comme le mieux adapté à la discipline naissante du droit public.

On peut le vérifier tout spécialement en France où, au tournant des xvi^e et xvii^e siècles, sont apparus les premiers véritables traités de droit public national, émergence favorisée par le fait que le nouveau droit public français devait somme toute assez peu au droit romain mais se nourrissait bien davantage de traditions historiques nationales, reposait donc sur des sources bien différentes, pour la plupart non écrites, dont l'étude impliquait l'usage de méthodes également différentes³². Les premiers grands traités modernes de droit public français : les différentes monographies réunies dans le *Traité du domaine et des droits de la Couronne de France* de Jean Bacquet (avant 1597), le *Traité du domaine* de René Choppin et les *Traité des Seigneuries* (1608), *Traité des Offices et Traité des Ordres et simples dignités* (1610) de Charles Loyseau, ou même, bien qu'un peu plus tardif (1632), le *Traité de la souveraineté du Roy* de Cardin Le Bret, ont de ce fait précédé les premiers traités de droit privé français. On pourrait certes objecter qu'à la même époque, voire un peu avant, quelques ouvrages de droit privé avaient commencé aussi à prendre la forme de traités, comme

32. V. ma thèse *Charles Du Moulin, op. cit.*, p. 199 s.

celui, précité, de Tiraqueau sur les retraits, ou encore la *Paraphrase du droit de retrait lignager* (1564) et la *Paraphrase des droits des usures et contrats pignoratifs* (1577), du juriste angevin François Grimaudet, mais tous, y compris les derniers cités, bien que rédigés en français, restaient encore proches dans l'esprit des ouvrages de tradition bartoliste et conservaient une physionomie assez éloignée de celle des traités modernes. Ceux de Grimaudet n'apparaissent d'ailleurs que comme de simples traductions plus ou moins abrégées des ouvrages de Tiraqueau et de Du Moulin. Pour ouvrir définitivement la voie à un nouveau genre de traités, il a fallu se dégager un peu plus encore des traditions médiévales, attaquées mais pas totalement éliminées au siècle précédent, et des influences romanistes. En d'autres termes, il a fallu que les juristes, traditionnellement polyvalents et aptes à traiter indifféremment du droit privé et du droit public, se spécialisent pour devenir de purs « publicistes », mais ils furent rares, ou de purs « privatistes »³³. Ceux qui, nombreux au xvi^e siècle, s'occupaient indifféremment de droit privé ou de droit public, en mêlant étroitement sources romaines, canoniques ou coutumières, n'ont pas eu de successeurs. Les juristes français du Grand Siècle se sont pour la plupart détournés des questions de théorie politique ou de droit public, où avaient pourtant excellé un Bodin, voire un Du Moulin ou un Loyseau, auxquelles la fin des guerres de religion et la consolidation du gouvernement monarchique conféraient un moindre intérêt, pour se consacrer exclusivement au droit privé³⁴.

De purs « privatistes », c'est bien ainsi que se présentent nos trois juristes au terme de cette évolution. Leur bibliographie, d'ailleurs réduite, ne fait apparaître, à côté des traités précités, que des commentaires de coutumes pour Ricard, et rien de plus pour les deux autres. En outre, la propension de leurs devanciers à mêler les questions les plus diverses a totalement disparu chez eux. Dans leurs ouvrages respectifs, ils s'en sont tenus rigoureusement à leur sujet, éliminant toute digression, se gardant de toute intrusion dans des questions voisines mais différentes, et respectant scrupuleusement la démarcation entre droit privé et droit public, même lorsque le thème pouvait les inciter à prendre quelques libertés. À l'opposé de Guillaume Benoît un siècle plus tôt, Ricard ne s'est permis aucun

33. D'où les liens étroits qui ont longtemps uni le droit public et l'histoire. Sur ce point, voir en particulier la thèse de Q. Épron, *La manière française du droit*, thèse, droit public, Université Paris II, 2006.

34. W.-F. Church, « *The decline of French Jurists als Political Theorists* », *French Historical Studies*, vol. 5, 1967, p. 1-40.

écart à propos des donations et des testaments, et pas davantage Renusson, qui s'est limité tout aussi strictement à son sujet en traitant de la succession aux propres. Quant à Le Brun, pourtant le plus exposé à de tels errements dans son *Traité des successions* puisque la matière, telle que l'avaient comprise ses prédécesseurs, englobait aussi bien les successions privées que les successions publiques aux royaumes ou aux principautés, il les a très nettement séparées pour ne s'intéresser qu'aux premières. Dans ce gros ouvrage de près de sept cents pages, on ne trouve quasiment rien qui paraisse étranger au droit civil tel que nous le concevons aujourd'hui. S'il mentionne la loi salique, c'est très brièvement, pour rappeler qu'elle ne s'applique plus qu'à la dévolution de la Couronne, « dans la personne sacrée de nos rois »³⁵, et s'il aborde la question des apanages, c'est tout aussi succinctement, en soulignant qu'elle se situe aux marges de son sujet, « quoique cette matière soit spécialement de la connaissance de ceux qui traitent du Domaine de la Couronne », en se bornant à énoncer « quelques principes, pour ne pas négliger les successions les plus illustres, en expliquant les plus communes »³⁶. Au temps où il écrivait, et particulièrement depuis l'édit de Moulins de 1566, l'apanage avait d'ailleurs perdu pour l'essentiel son caractère public, et c'est bien en tant qu'institution de droit privé, sous la forme d'une « substitution de mâle en mâle, mais (qui) n'est point bornée à certains degrés », à la différence des substitutions ordinaires, qu'il l'aborde.

C'est donc bien dans ces ouvrages, et tout spécialement dans ceux de Le Brun, que s'est affirmé le droit civil moderne, en tant que discipline régissant exclusivement les relations entre personnes privées, et l'évolution du vocabulaire a traduit fidèlement cette évolution. Malgré d'inévitables flottements terminologiques, l'expression « droit civil » paraît bien avoir revêtu son acception actuelle au cours du xvii^e siècle, et plus précisément sous le règne de Louis XIV³⁷. Ce glissement sémantique a été préparé par les réflexions des partisans du droit français, qui, en refusant, dès la fin du xvi^e siècle, l'identification du droit romain au droit commun et en diffusant un esprit empreint de relativisme, avaient sapé les prétentions universelles du *jus civile* et commencé à inscrire celui-ci dans des cadres géographiques précis, donc restreints. En parlant volontiers du « droit civil des

35. *Traité des successions*, Livre II, chap. II, sect. 2, p. 205.

36. *Ibid.*, Livre II, chap. II, sect. 1, p. 202.

37. Ricard lui-même, sans adhérer pour autant à l'idée que le droit romain aurait représenté le droit commun, utilisait encore parfois l'expression « droit civil » pour le désigner, conformément à la tradition.

Romains »³⁸, ils introduisaient l'idée qu'il pouvait exister d'autres droits civils que celui de Rome, mais sans aller encore jusqu'à envisager un véritable « droit civil français ». Lorsque Guy Coquille affirmait qu'en France, « Nos Coustumes sont nostre vrai Droit civil »³⁹, il s'en approchait mais, à ce droit civil identifié aux coutumes, il manquait encore d'être strictement limité au droit privé, bien que les coutumes elles-mêmes aient eu tendance à réduire de plus en plus leur domaine à cette matière au cours du xvi^e siècle, à la faveur de leur rédaction. Au xvii^e siècle, si la terminologie est restée un temps flottante, chez Le Brun elle est devenue bien plus ferme, et c'est au droit privé français qu'elle s'applique exclusivement, lorsqu'il évoque « nos Loix Civiles », pour désigner celles qui gouvernent la communauté conjugale ou les successions. Chez nos auteurs, le nouveau droit civil avait trouvé son domaine ; il lui restait à trouver sa méthode.

II. Rationalisation du droit français

Tout en contribuant à dégager le concept de droit civil français, les traités du xvii^e siècle ont joué aussi un rôle décisif dans la transformation du fond même de ce droit, en y introduisant un esprit et des méthodes différents, également plus modernes car plus rationnels et plus proches de ceux de nos droits actuels. Redevables, sur ce point aussi, des innovations de leurs prédécesseurs, les juristes humanistes du siècle précédent, ils sont allés plus loin qu'eux dans l'édification d'un droit qui se voulait à la fois plus simple, plus clair et mieux ordonné. Cet effort de rationalisation a porté conjointement sur les sources (A) et sur les méthodes de raisonnement (B).

A) *Rationalisation des sources*

La question des sources chez nos auteurs mérite d'être examinée avec soin, non que leurs affirmations soient spécialement originales en ce domaine, car elles ont subi sur ce point aussi l'influence de leurs prédécesseurs, et spécialement des humanistes, mais la formulation qu'ils en ont donnée a marqué un progrès décisif vers la rationalisation du droit. De fait, la description des sources du droit privé que

38. V. mon article précité, « Le comparatisme et la naissance du droit français », p. 160 s.

39. Coquille, *Commentaire sur les coutumes de Nivernais*, introduction, et *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes*, qu. 1, *Oeuvres de Guy Coquille*, t. I, Paris, 1666, p. 153 s.

l'on découvre dans les traités de droit civil du Grand Siècle apparaît sur bien des points déjà fort proche de nos conceptions actuelles, marquées par le positivisme.

Rationaliser le droit impliquait d'abord d'effectuer un important travail d'élagage dans les sources foisonnantes et confuses héritées de la tradition médiévale, pour en réduire le nombre et pour en donner une présentation plus claire. Ce résultat, nos auteurs l'ont obtenu déjà, on l'a vu, en sacrifiant les droits savants au profit des sources spécifiquement françaises. Il n'y a pas lieu de revenir sur le sort fait au droit romain, auquel on a dénié, au moins en pays coutumier, la qualité de véritable source du droit. Il n'a pas pour autant disparu de nos traités, qui ont continué de s'y référer fréquemment, de citer et même de commenter les principales lois du *Corpus juris civilis*, mais pour leur faire jouer un simple rôle d'appoint et non pour modifier ou corriger les solutions coutumières, pour donner plus de consistance et de profondeur aux analyses juridiques, jamais pour fonder le caractère obligatoire des solutions. Même de ce point de vue purement doctrinal, le droit romain n'exerçait plus la même autorité que précédemment, et l'idée qu'il aurait possédé une quelconque supériorité intrinsèque était tombée en désuétude chez nos juristes : non seulement ils se gardent bien de l'exprimer, mais les fréquentes confrontations entre solutions coutumières et solutions romaines qu'ils présentaient dans leurs traités tournaient régulièrement à l'avantage des premières. Ricard jugeait les successions *ab intestat* coutumières bien supérieures aux successions testamentaires issues de la tradition romaine ⁴⁰. Le Brun mettait en balance les mérites respectifs de la communauté conjugale et du régime dotal, pour conclure à l'incontestable supériorité de la première sur le second, non seulement d'un point de vue technique mais aussi sur le plan social, et il en allait de même sur des sujets plus limités ⁴¹. Les complexes d'infériorité que le droit coutumier avait pu connaître dans le passé à l'égard des droits savants se sont complètement effacés dans nos traités, et les solutions romaines sont examinées dans une perspective strictement comparatiste, non comme des exemples qu'on serait tenu de suivre mais plutôt pour souligner la valeur des solutions coutumières. Aussi le vieux principe qui voulait qu'en pays coutumier, « Coutume passe droit », était-il parfois rappelé, mais surtout constamment observé : tant que la coutume du lieu énonçait une solution claire, elle devait

40. *Traité des successions*, préface.

41. *Traité de la communauté*, liv. I, chap. 1.

s'appliquer sans partage ; et lorsque, par exception, une règle romaine était mise en œuvre, c'était en l'absence de règle coutumière correspondante et sous condition de présenter un véritable intérêt pour le droit français, et de respecter l'esprit et les usages de celui-ci. Ricard lui-même, que son sujet contraignait à faire un emploi fréquent des dispositions du Digeste ou du Code sur les donations et les testaments, insistait sur la nécessité de les adapter « à la nature et aux mœurs des Français ». Entre plusieurs interprétations possibles, il faisait toujours prévaloir celles qui n'apparaissaient pas comme les plus orthodoxes, mais avaient le mérite d'émaner de la « Jurisprudence française », et étaient à ce titre censées les mieux adaptées à l'esprit et aux besoins de notre droit ⁴².

Le droit romain écarté des sources positives, la primauté parmi celles-ci ne pouvait revenir qu'à la coutume, et elle s'imposait avec une telle évidence que nos auteurs ne prenaient même pas la peine de l'affirmer, et encore moins de la mettre en discussion. Aussi nos traités ne fournissent-ils guère d'arguments à son appui, et ne s'attachent pas davantage à présenter une vision d'ensemble de la coutume. Plus qu'à justifier par des affirmations de principe ce qui pour eux allait de soi, ils se sont bien davantage préoccupés de perfectionner les sources coutumières, dont ils ne pouvaient méconnaître, en dépit de la sympathie qu'ils leur vouaient, qu'elles demeuraient hétérogènes et confuses, bien éloignées de leur idéal d'un droit simple et rationnel. Aussi ce qui ressort le plus clairement de la lecture de ces traités de droit coutumier, et ce qui fait aussi une bonne part de leur intérêt, c'est le souci constant de rationalisation et de simplification qui animait leurs auteurs en traitant d'une matière caractérisée par sa diversité et sa complexité, et même, au moins chez certains d'entre eux, la véritable volonté d'unification qu'ils tentaient de concrétiser.

Ils ne cherchaient nullement à dissimuler la diversité coutumière. Le Brun en particulier a consacré de longues pages à exposer, sur plusieurs questions, les différentes solutions des coutumes françaises, à les comparer systématiquement et à souligner leur diversité, surtout dans son *Traité des successions*, matière qui s'y prêtait tout spécialement tant était grande la variété des coutumes successorales. Mais ces exposés eux-mêmes laissaient déjà transparaître une volonté de rationalisation, en ne se bornant pas à énumérer des solutions disparates mais en s'efforçant de les classer et de les ordonner. Un siècle et demi avant Klimrath, Le Brun a esquissé sur certaines questions une sorte

42. *Traité des donations*, p. 10 s.

de géographie coutumière, certes encore vague mais qui traduit déjà un objectif de clarification et de rationalisation. Ainsi présente-t-il notamment, à propos de droit d'aînesse, un panorama large et bien ordonné des modalités d'exercice de ce droit, en passant en revue les solutions que livrent un grand nombre de coutumes ⁴³.

Cependant nos auteurs n'avaient pas pour principal dessein de cultiver les particularismes coutumiers, trop contraires à leurs idéaux juridiques, et encore moins de les exalter. Le constat d'une forte diversité du droit suscitait plutôt chez eux la volonté de trouver des remèdes et de proposer des solutions favorisant des rapprochements, voire une certaine harmonisation, une véritable unification. Dans ce but, ils ont mis en œuvre des procédés certes pas tous nouveaux, puisqu'ils s'inspiraient de leurs prédécesseurs du ^{xvi}^e siècle, les premiers partisans du droit français qui, Du Moulin en tête, avaient entrepris un patient travail d'unification doctrinale, prélude à une future unification législative, mais qu'ils ont contribué à remettre au goût du jour et à vulgariser.

La comparaison systématique des solutions coutumières offrait un premier procédé, même si elle contribuait à mettre en relief autant les différences que les ressemblances. Comme l'avait fait Charles Du Moulin dès le milieu du siècle précédent, nos traités de droit civil ont opéré de fréquents rapprochements entre les solutions coutumières, souligné leurs points communs et dégagé ainsi un certain nombre de solutions très répandues, constitutives d'un droit commun coutumier sinon totalement uniformisé, mais du moins plus homogène ⁴⁴. Ce n'est cependant pas cette technique, pourtant déjà ancienne et bien rodée, qui a eu leur préférence : sans doute la trouvaient-ils trop complexe et peu apte à produire des résultats rapides. Ils ont utilisé plus fréquemment un procédé plus simple et plus en accord avec les tendances positivistes qui commençaient à poindre, fondé sur l'établissement d'une hiérarchisation entre les coutumes, donnant systématiquement la priorité aux solutions de l'une d'entre elles, jugée supérieure à la fois pour sa situation politique et pour ses qualités intrinsèques censées meilleures : la coutume de Paris.

L'idée d'une prééminence de la coutume de Paris, formulée au lendemain de la réformation de celle-ci en 1580, notamment par Étienne Pasquier, a joui en effet d'une grande vogue au cours du ^{xvii}^e siècle, et nos traités en donnent une bonne illustration. Certes

43. *Traité des successions*, p. 178-203.

44. V. mon article précité « Le comparatisme et la naissance du droit français ».

Ricard, au milieu du siècle, restait encore assez évasif sur cette question et ne paraît pas avoir adopté des solutions très claires, tout en affirmant, non comme un principe général mais à propos d'une question spécifique, que « nous tenons en cette occasion la coutume de Paris "pour la Loy générale dans le Pays Coustumier" »⁴⁵. Mais Renusson se ralliait sans réserve à la supériorité de la coutume de Paris : « Comme la Ville de Paris est la capitale du Royaume où sont les plus habiles gens, aussi la Coutume de Paris est la mieux rédigée, et doit tenir le premier rang entre toutes les Coutumes du Royaume : elle doit sans doute servir de règle, et on y doit avoir recours pour les choses qui ne se trouvent pas décidées dans les autres Coutumes »⁴⁶. Il en a fait application pour la résolution de plusieurs questions, ainsi pour trancher le débat sur l'âge requis pour disposer de ses biens par testament, préconisant de suivre dans toutes les coutumes muettes la solution parisienne, qui fixait cet âge à vingt-cinq ans, plutôt que le droit romain, au motif que la coutume de Paris est « notre véritable Droit François » et que cette solution s'impose par son caractère judicieux et raisonnable⁴⁷.

Le Brun reconnaissait plus nettement encore la primauté de la coutume de Paris, puisqu'il la désignait comme l'expression du droit commun de la France. Il s'est fondé sur elle notamment pour déterminer le montant de la quotité de la légitime qu'il convenait de retenir et d'appliquer dans toutes les coutumes muettes : c'est la quotité parisienne du quint qu'il préconisait d'étendre chaque fois que la coutume du lieu avait omis de se prononcer sur la question⁴⁸. Sans aller jusqu'à l'uniformité, et ils en restaient encore loin, les traités de droit civil français ont néanmoins œuvré à l'édification d'un droit plus complet et plus cohérent, un droit dont les solutions se montraient suffisamment homogènes pour qu'il pût se passer, en bien des domaines, du secours du droit romain.

En outre, le droit coutumier pouvait bénéficier de l'apport de sources que l'on qualifierait d'accessoires, car encore reléguées au second plan par rapport à la coutume, si elles ne tendaient déjà, dans nos ouvrages, à prendre une place de plus en plus étendue. C'est en effet l'un des traits les plus originaux des traités de droit civil français du xvii^e siècle que d'avoir concédé un rôle plus important qu'auparavant à la législation royale d'une part, à la jurisprudence des tribunaux d'autre part.

45. *Traité des donations*, p. 23. Pour Renusson, voir le *Traité des Propres*, p. 17.

46. *Traité des Successions*, p. 199.

47. *Ibid.*, p. 124.

48. *Traité des Successions*, p. 236-237.

Dans l'ancienne France, les interventions de la législation étaient encore rares dans le domaine du droit privé dont traitaient nos trois juristes, et au ^{xvi}^e siècle un jurisconsulte aussi éminent que Du Moulin lui refusait encore la qualité de source du droit. Il n'est pas sûr qu'en l'espace d'un siècle ses progrès aient été très importants, pourtant les auteurs de nos traités n'hésitaient pas à lui consacrer des développements étendus, qu'on pourrait juger disproportionnés. Ricard a réservé une section entière à l'étude des conditions de forme introduites par les ordonnances, notamment celles d'Orléans et de Blois, pour la validité des donations et des testaments ⁴⁹, tout en faisant aussi une large place à d'autres dispositions législatives promulguées en matière de libéralités au cours du ^{xvi}^e et de la première moitié du ^{xvii}^e siècle, et spécialement à l'édit des secondes noces de juillet 1560, qui a fait l'objet, au cœur même de son traité, d'un commentaire littéral d'une cinquantaine de pages sous forme de gloses, c'est lui-même qui emploie le terme, pour en préciser le plus exactement possible la portée par une analyse serrée du texte, mais aussi en faisant appel aux décisions judiciaires intervenues depuis sa promulgation ⁵⁰. À ce même édit des secondes noces, Le Brun a réservé également tout un chapitre, soit une trentaine de pages, de son *Traité des successions* ⁵¹. Incontestablement, les réticences du siècle précédent à l'égard de la législation royale ont disparu, et c'est sans la moindre réserve que nos auteurs l'admettent au rang d'une véritable source du droit civil français.

Plus remarquable encore, car plus neuve aussi, est la promotion de la jurisprudence, ou plus exactement de la « jurisprudence des arrêts », pour employer l'expression exacte ⁵², puisque le terme « jurisprudence », utilisé seul, avait alors un sens plus large. Il est vrai que, dès le siècle précédent, les auteurs mentionnaient déjà, eux aussi, les décisions judiciaires qui leur semblaient les plus significatives, mais en moins grand nombre, et de manière moins systématique. En outre, ils ne disposaient pas de recueils d'arrêts suffisamment nombreux et sûrs pour en avoir une connaissance précise : Charles Du Moulin, par exemple, citait surtout les arrêts du Parlement de Paris rendus en sa présence, ou du moins dont il avait eu connaissance par des sources certaines. Les auteurs des nouveaux traités de droit civil

49. *Ibid.*, p. 342 s.

50. *Traité des donations*, p. 681 s.

51. *Traité des successions*, p. 341-370.

52. C'est celle qu'utilisaient tous nos auteurs pour bien marquer la distinction avec la *jurisprudencia* au sens romain, signifiant la science du droit en général.

apparaissent par contraste comme de grands utilisateurs de ce type de recueils, devenus beaucoup plus nombreux, plus complets et plus sûrs au cours du xvii^e siècle. Tous, mais Renusson et Le Brun plus encore que Ricard, citent un très grand nombre de décisions : la table des matières du *Traité des successions* du second en mentionne près de quatre cent cinquante, tous cités et utilisés dans le corps de l'ouvrage, rendus en majorité par le Parlement de Paris mais aussi par ceux d'Aix-en-Provence, de Bordeaux, de Toulouse, de Grenoble, parfois aussi par des cours des Aides, ou même par le Conseil du Roi, ce qui n'empêchait pourtant pas l'auteur d'émettre à leur égard des doutes, ou même des critiques, à l'image de son contemporain le chancelier d'Aguesseau, sur le degré de confiance qu'ils méritaient⁵³. Beaucoup les avaient puisés dans les grands recueils de jurisprudence qui se développaient de leur temps : les classiques comme celui de Louet et Brodeau, constamment réédité et mis à jour par les soins de continuateurs compétents, mais aussi des recueils d'un type nouveau, qu'on pourrait qualifier de périodiques, bien que cette périodicité fût encore inégalement assurée, comme le *Journal des principales audiences du Parlement de Paris* de Du Fresne et Jamet de La Guessière, à partir de 1622, et le *Journal du Palais* de Blondeau et Guéret, à partir de 1672, qu'au moins Renusson et Le Brun ont connus et utilisés, que Le Brun surtout cite souvent. L'utilisation qui en a été faite, et la question de la reconnaissance de la jurisprudence des arrêts comme véritable source du droit, mériteraient à elles seules une étude spécifique qu'il est impossible d'effectuer ici. Mais il convenait au moins de signaler la place désormais considérable qu'ils occupent dans nos traités et d'insister sur ce phénomène de renouvellement des sources du droit qui constitue, au même titre que le renouvellement des méthodes, un élément de modernité de ces ouvrages et contribue à en faire des précurseurs de nos traités d'aujourd'hui.

B) *Rationalisation des méthodes*

Les premiers grands traités de droit civil français méritent de retenir l'attention aussi d'un autre point de vue : ils ont sinon toujours créé, du moins appliqué et développé des méthodes de raisonnement et de construction en rupture avec celles de leurs prédécesseurs, qui

53. Le Brun, *Traité des successions*, p. 191 : « Tant il est vrai qu'il n'y a rien qui entretienne la guerre au Palais, et qui produise des sentiments divers, comme l'Arrestographie, qui est une semence de division ; au lieu qu'elle devrait rallier les esprits par l'autorité des choses jugées ». Cette réflexion désabusée suit l'exposé des conclusions divergentes que plusieurs auteurs ont tirées d'un même arrêt.

préfiguraient sur bien des points celles des publications postérieures, et qui de ce fait aussi apparaissent modernes. Ce renouvellement tient pour une part à leur objet : l'ambition d'embrasser dans leur totalité des questions aussi vastes que les libéralités, le douaire ou les successions *ab intestat*, bien plus larges que celles dont s'occupaient les traités traditionnels, et surtout des questions régies par des sources diverses, impliquait une certaine distanciation à l'égard de ces sources, l'abandon des méthodes traditionnelles trop fondées sur l'exégèse pour des interprétations plus libres et plus synthétiques. Elle impliquait aussi un travail de reconstruction d'ensemble suivant des plans nouveaux, indépendants de l'ordre souvent improbable suivi par les sources traditionnelles, et où pouvaient se manifester les nouvelles tendances rationalistes qui pénétraient la doctrine française du xvii^e siècle.

La première constatation évidente, que l'on fait à la lecture de nos traités de droit français, est l'abandon complet du vieil usage, ancré de longue date chez les jurisconsultes, non seulement les commentateurs du droit romain ou du droit coutumier mais aussi les auteurs de traités, qui consistait à toujours partir d'une loi romaine ou d'un article de coutume, ce qui maintenait des liens encore étroits entre les deux genres traditionnels du commentaire et du traité, mais limitait aussi la possibilité de dégager des réflexions théoriques. Car les textes qui servaient de support n'avaient pour la plupart qu'une portée limitée : beaucoup de lois romaines n'étaient que des rescrits, rendus dans une affaire particulière, dont les solutions ne pouvaient être étendues et *a fortiori* généralisées qu'au prix de raisonnements complexes et parfois aventureux, dans lesquels Bartole et ses disciples étaient passés maîtres, mais qui alourdisaient et souvent obscurcissaient la réflexion. Quant aux articles des coutumes, ils restaient également trop proches des préoccupations pratiques pour atteindre spontanément un haut degré de généralité. Fonder sur eux ses développements, comme l'avait fait par exemple un Charles Du Moulin, c'était se condamner à faire au préalable l'exégèse minutieuse de ces textes, mais aussi à se livrer ensuite à toute une casuistique, à des raisonnements par analogie, avant d'espérer parvenir à un certain degré de généralité.

Or, aucun de nos auteurs n'a conservé ce vieux procédé, et il leurs était difficile de le faire dès lors qu'ils se proposaient d'exposer non les solutions d'une seule coutume déterminée, mais celles, nombreuses et forcément diverses, de la plupart des coutumes du royaume. La supériorité reconnue à la coutume de Paris ne pouvait suffire à justifier l'utilisation d'une telle méthode à son profit exclusif,

sauf à composer un ouvrage qui n'aurait été qu'un commentaire de plus de celle-ci et non un authentique traité de droit français. Dans cette voie, ils avaient d'ailleurs été précédés dès le début du siècle par quelques rédacteurs d'ouvrages de synthèse, d'Institutes du droit français, comme Guy Coquille et Pierre de L'Hommeau, mais dans des travaux qui étaient loin d'avoir la même ambition. À côté de cette explication pratique sont intervenus aussi, sans aucun doute, des goûts nouveaux en matière de logique juridique, introduits par la diffusion chez les juristes d'ouvrages philosophiques, à commencer par ceux de Descartes, qui ont pu influencer au moins les plus jeunes d'entre eux.

Les écrits de Ricard, que le sujet de son traité amenait à travailler en partie sur des textes de droit romain mais qui avait aussi rédigé des commentaires des coutumes d'Amiens et de Senlis, présentent de ce point de vue un contraste édifiant, car il n'a guère mis en œuvre dans ses commentaires les méthodes déjà modernes utilisées dans son *Traité des donations*. Dans ce dernier, les articles des coutumes et les lois romaines sont présents, mais cités dans le corps des développements, à titre d'arguments ; ils ne servent jamais de points de départ des raisonnements. De ce fait, c'est avec ces ouvrages qu'est apparue pour la première fois dans la littérature juridique une nette distinction entre traités et commentaires. Devenus plus autonomes à l'égard des sources du droit, les grands traités modernes se sont affranchis presque totalement des servitudes de l'exégèse pour laisser place à des raisonnements plus libres, dominés exclusivement par un souci de logique et de clarté.

Dans nos traités, l'exégèse des textes a en effet quasiment disparu : la seule exception que j'ai pu relever concerne une loi jugée particulièrement importante, le fameux édit des secondes nocces de 1561, dont Ricard et Le Brun, renouant ici avec les anciens usages, ont donné un commentaire quasiment mot à mot, mais intégré dans le corps de l'ouvrage, où il occupe une section ou même un chapitre⁵⁴. D'ordinaire, ce n'était pas un texte juridique qui fournissait le point de départ de leurs raisonnements dans chaque chapitre, mais une proposition plus large, voire un principe qu'ils énonçaient puis développaient à la suite. Les textes législatifs ou coutumiers n'étaient mentionnés qu'après, dans le courant des développements, pour appuyer l'argumentation et sans être mis particulièrement en relief.

54. Ricard lui consacre le chapitre 9 de la troisième partie de son *Traité des donations*, p. 678 s. ; Renusson, le chapitre 3 de la quatrième partie de son *Traité de la communauté* ; Le Brun, le chapitre 6 du livre II de son *Traité des successions*.

De même, les décisions de jurisprudence, voire les cas pratiques, pourtant nombreux, n'étaient quasiment jamais mentionnés au début d'un chapitre ou d'une section, mais dans le cadre des développements, pour justifier ou illustrer ceux-ci.

À ce souci de présenter d'entrée un principe ou une règle jugés essentiels, s'est ajouté celui de donner des définitions précises qui, s'il n'est pas propre à nos auteurs, occupe une place incontestable dans leurs préoccupations. La précision du vocabulaire est déjà pour eux essentielle, en ce qu'elle contribuait grandement à la clarté du discours juridique, mais la démarche intellectuelle l'était tout autant et l'on peut déceler chez eux un esprit cartésien, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'ils avaient lu Descartes, mais du moins qu'ils participaient d'un courant de pensée de plus en plus répandu chez les intellectuels de leur temps.

Ainsi, Ricard, dans son *Traité des donations*, a manifesté son intention de donner, dans un ouvrage qui, traitant à la fois des donations et des testaments, aurait pu entraîner des confusions, un exposé des plus rigoureux. Il a commencé, dès le premier chapitre de sa première partie, par les définir avec précision et par bien marquer les différences fondamentales qui les caractérisaient et les séparaient, et aussi par évacuer la catégorie intermédiaire des donations *mortis causa*, qui risquait de brouiller la clarté cette distinction. Ensuite seulement, il a entrepris d'examiner leurs régimes juridiques respectifs, en présentant en premier lieu les règles qui leur étaient communes, notamment celles qui touchaient à la capacité de disposer et à celle de recevoir. Les règles spécifiques à chaque catégorie de libéralités n'étaient évidemment pas omises, mais ne venaient qu'après, de sorte que la séparation se trouvait bien marquée. Cet ordre, défini d'entrée et suivi tout au long de l'ouvrage, montre qu'incontestablement la démarche de Ricard consistait, autant que possible à aller du général au particulier, à l'inverse de ce qu'avaient fait la plupart de ses prédécesseurs. Et cela même sur les points les plus obscurs, comme la question de la validité des legs dont le choix du bénéficiaire serait laissé par le testateur à la volonté d'un tiers : cette « question très-difficile, et que les Docteurs reconnoissent presque insoluble en termes de Droit », Ricard la résout pourtant d'entrée par la négative, avant de consacrer sept pages à justifier sa réponse, tant en invoquant des arguments de raison qu'en citant des décisions de jurisprudence. Il est certain que les docteurs bartolistes, qu'il évoque pourtant mais ne suit pas, au moins quant aux méthodes, auraient fait exactement le contraire, en commençant par débattre longuement de la question, par citer de

multiples autorités et par échanger de nombreux arguments dans un sens et dans l'autre, avant de conclure ⁵⁵.

Le Brun a utilisé une méthode semblable, et l'on retrouve plus encore chez lui, dans l'analyse de chaque question, ce goût des principes, des distinctions et des définitions claires, des raisonnements bien ordonnés, à l'exemple de l'examen des différentes causes de l'ouverture des successions qu'il a présenté en tête de son traité sur cette matière. De même, dans son *Traité de la communauté*, la règle est toujours affirmée d'entrée, sous une forme généralement succincte, suivie par les « preuves » qui justifient son existence et fondent son autorité, et par l'examen des difficultés soulevées par son application. Ainsi, pour la question, pourtant complexe, du droit applicable à la communauté conjugale : « La communauté se forme par une convention expresse, ou par un consentement tacite : parce que, si les futurs conjoints ne la stipulent pas, et qu'ils soient domiciliés en pays de communauté lorsqu'ils se marient, on conclut qu'ils se sont rapportés à la coutume, qui dispose au lieu de l'homme dans les affaires importantes... » ⁵⁶. L'application de la règle ne va certes pas sans poser problème : certaines coutumes lui ont apporté des exceptions ; quelques jurisconsultes l'ont contestée ; des décisions de jurisprudence semblent l'avoir contredite ou au moins nuancée, mais ces débats, ces exceptions, ces restrictions n'apparaissent qu'ensuite, dans le corps des développements. Même dans une question aussi délicate que celle de la nature des offices vénaux et de leur appartenace ou non à la communauté, Le Brun tranche avec autorité pour en faire des propres fictifs, et c'est après seulement qu'il présente une longue série de « preuves », d'arguments favorables à cette thèse ⁵⁷. Il ne répugnait pourtant pas aux controverses et à la confrontation d'opinions contradictoires, et il lui arrivait fréquemment de présenter successivement les raisons qui militaient en faveur d'une solution et celles qui penchaient en faveur de la solution inverse. À propos de la composition de la communauté, il a ainsi débattu longuement de la nature mobilière ou immobilière de la soulte versée à l'un des conjoints par l'un de ses cohéritiers à qui un immeuble de la succession avait été attribué sans partage, et donc de la question de savoir si elle tombait ou non dans la communauté, en présentant successivement les « raisons pour soutenir que la soulte se prend comme elle est », c'est-à-

55. *Traité des donations*, p. 22 s.

56. *Traité de la communauté*, p. 8.

57. *Ibid.*, p. 72 s.

dire comme un meuble, et devient donc un bien commun, et les « raisons contraires et résolutions que la soultte se prend comme elle doit être, et qu'il en faut examiner les causes », donc comme un immeuble fictif qui doit rester propre à l'époux héritier⁵⁸. Mais ces controverses arrivaient toujours incidemment dans le cadre des exposés, et elles n'occupaient plus la place centrale qui leur revenait dans les traités d'inspiration bartoliste.

En bref, dans l'argumentation et les raisonnements qu'ils proposaient sur chaque question, ces traités manifestaient un souci évident de mise en ordre logique, suivant des principes différents de ceux qui les avaient précédés. La même préoccupation a inspiré leur construction d'ensemble.

Les traités de droit civil français se caractérisent aussi, pour la plupart, par le soin apporté à leur construction, et ils ont été sans doute parmi les premiers à suivre des plans bien structurés et qui se voulaient rationnels, et de ce point de vue aussi ils peuvent être qualifiés de modernes, d'autant plus que nos ouvrages civilistes d'aujourd'hui adoptent fréquemment les mêmes. Les plus importants, le *Traité des donations* de Ricard, le *Traité des successions* et le *Traité de la communauté* de Le Brun, étaient divisés en parties, elles-mêmes subdivisées en chapitres et en sections, ce qui en soi constituait déjà un progrès. Ces plans, mieux élaborés, se caractérisaient aussi par leur simplicité. N'y cherchons pas la clé d'un quelconque système philosophique : ni Ricard, ni Renusson, ni Le Brun n'étaient des philosophes ou des faiseurs de systèmes, et pas même des précurseurs ou des émules de leur contemporain Domat. En bons praticiens, ils n'avaient d'autre ambition que de présenter des constructions répondant avant tout à des préoccupations concrètes, et de fournir à leurs lecteurs, c'est-à-dire pour l'essentiel à leurs confrères avocats et aux magistrats, des exposés à la fois substantiels et clairs de la matière. Il n'en demeure pas moins que, par rapport aux ouvrages plus anciens, et même à ceux de la fin du xvi^e siècle, où la volonté de rationalisation n'était pourtant pas absente, le contraste est saisissant : un civiliste du xxi^e siècle qui se lancerait aujourd'hui dans la lecture de Du Moulin, de D'Argentré, ou même de Coquille, se sentirait désemparé et il lui faudrait sans doute une longue période d'accoutumance avant d'en comprendre tout le sens. À la lecture de Ricard ou de Le Brun, à un degré moindre de Renusson, il éprouverait le sentiment d'être en terrain familier, quant à la forme mais même aussi quant au fond.

58. *Ibid.*, p. 93 s.

Nos trois auteurs ont certes connu des réussites inégales dans la confection des plans de leurs traités. Les constructions de Renusson se révèlent maladroitement. Son *Traité du donaire*, divisé en quinze chapitres qu'il n'a pas cherché à rassembler en parties, de même que son *Traité du droit de garde noble et bourgeoise*, qui, malgré son format réduit, en comporte onze, témoignent d'une maîtrise encore bien imparfaite et d'un esprit peu porté aux abstractions et à la synthèse. Son *Traité de la communauté* a bénéficié d'efforts plus soutenus, mais sans que les résultats se montrent pour autant très satisfaisants, avec une division en trois parties, consacrées respectivement à l'examen « De la communauté de biens entre l'homme et la femme, quels biens entrent en la communauté, quels biens n'y entrent pas, et quelles sont les charges de la communauté », intitulé alambiqué qui trahit à lui seul les défauts de la construction et le caractère quelque peu hétéroclite de cette première partie ; la deuxième, « De la dissolution de la communauté, et des droits que le survivant des conjoints et les héritiers du précédé peuvent avoir après la dissolution de la communauté », et la troisième, qui s'occupe de la continuation de la communauté entre le survivant des époux et les enfants mineurs, sont sans doute plus homogènes mais au prix de forts déséquilibres, et témoignent toujours d'un esprit étroitement pragmatique, porté davantage vers les préoccupations pratiques que vers les considérations théoriques.

Ricard, bien qu'il ait été un précurseur, s'était déjà montré plus habile. Il a suivi une logique rigoureuse en commençant par traiter, dans une première partie, les conditions de validité des donations et des testaments : conditions de fond, tenant à la capacité d'effectuer de telles libéralités, et à la capacité d'en recevoir, même si cette dernière question est vue de manière assez succincte ; conditions de forme imposées aux donations d'une part, aux testaments d'autre part. La deuxième partie concerne l'exécution des donations et des testaments, incluant ce qui touche à l'exécution testamentaire et à la délivrance des legs. La troisième et dernière partie a trait à la révocation des donations et des testaments, pour le tout ou en partie, la révocation partielle conduisant à aborder la question des retranchements ou réductions liés à la légitime, aux dispositions de l'édit des secondes noces et à la réserve coutumière. Comparé à celui de François de Barry, qui traitait à peu près des mêmes sujets, son plan apparaît comme un modèle d'ordre et de clarté. Certes, la construction de Barry n'était pas non plus dépourvue d'une certaine logique, en traitant dans un livre premier des testaments, de leur forme et de leur contenu (institution d'héritier, substitutions vulgaire, pupillaire,

militaire, fidéicommissaire, etc., legs), mais son livre second, sous un intitulé bien mal choisi, la résolution des testaments, empilait les unes à la suite des autres des questions aussi disparates et étrangères à la rubrique que l'exécution du testament, la légitime, l'exhérédation, pour s'achever sur un livre traitant des successions *ab intestat*.

Les constructions de Le Brun font également preuve de rigueur, bien que ses deux traités se révèlent de ce point de vue un peu inégaux. Le *Traité des successions* se montre assez peu convaincant, mais tous ceux qui ont enseigné le droit successoral de l'ancienne France savent la difficulté qu'il y a à ordonner une matière aussi complexe. Ses quatre livres traitent : pour le premier, « De ceux à qui l'on succède, et de ceux qui succèdent », en examinant les conditions d'ouverture des successions, la capacité et les incapacités de succéder, la situation des héritiers posthumes, puis les différents ordres d'héritiers, descendants, ascendants, collatéraux, successions entre époux ; le deuxième, « Des choses auxquelles on succède », passe en revue les différents régimes de dévolution des propres, des fiefs, mais aussi les conséquences de la légitime, des réserves coutumières, de l'édit des secondes nocces ; le troisième, « Comment on succède », présente les règles de transmission des successions, des institutions contractuelles, de la représentation, des rapports, de l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire, des renonciations et des rappels ; enfin le quatrième, relatif aux charges de succession, traite des partages et des dettes. En revanche, dans une matière il est vrai beaucoup moins complexe, le *Traité de la communauté* brille par sa clarté et sa simplicité : il se divise en trois livres d'une rigoureuse logique : « Comment la communauté se forme », « Comment la communauté se régit », « De la fin de la communauté », et il est bien inutile de donner le détail de chacune de ces parties tant il se laisse deviner aisément.

Il n'est certainement pas excessif de conclure que le xvii^e siècle, et plus précisément le règne de Louis XIV, a vu, en matière de droit, l'avènement de la modernité, et les constatations faites à propos des traités de droit civil composés à cette époque pourraient être largement corroborées par celles qui ont déjà été présentées à propos d'un autre genre de la littérature juridique, les commentaires de coutumes, qui ont commencé à subir des mutations similaires au cours de la même période⁵⁹. Pourtant leur importance passe généralement ina-

59. Je me permets de renvoyer sur ce point à mon récent article : « La coutume dans son ordre naturel, ou la doctrine coutumière saisie par le rationalisme », *Histoire, théorie et*

perçue et il est très rare de les voir présentées comme un tournant de l'histoire des doctrines juridiques : il est plus courant d'attribuer le mérite, si c'en est un, de cette transformation aux prétendues « Lumières » du siècle suivant, qui n'ont fait en réalité que poursuivre un mouvement déjà bien engagé et dont l'apport réel en matière de droit privé paraît fort mince. Il est vrai que ces traités, on ne les lit plus guère aujourd'hui, même chez les juristes, et les civilistes ne remontent guère au-delà de Pothier, qui les avait lui-même beaucoup utilisés tout en les critiquant à l'occasion ⁶⁰. Il est néanmoins permis d'espérer que ce bref travail, qui laisse dans l'ombre bien des questions importantes, contribuera à restaurer le souvenirs de ces civilistes injustement oubliés, et à susciter des recherches plus approfondies sur leurs œuvres.

Jean-Louis THIREAU

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Sorbonne

pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal, pub. par E. Burgaud, Y. Delbrel, et N. Hakim, Bordeaux, 2010, p. 1017-1039.

60. V. mon article, « Pothier et la doctrine française des ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles », *Robert-Joseph Pothier d'hier à aujourd'hui*. Paris, Economica, 2001, p. 35-54.