

LA METHODE DU DROIT COMMUN : REFLEXIONS SUR LA LOGIQUE DES DROITS NON CODIFIES (*)

Le thème du droit commun (1), qui avait suscité une abondante littérature il y a à peu près un demi-siècle dans l'historiographie italienne, a bénéficié d'un regain d'intérêt au cours des dernières décennies, toujours chez les historiens italiens (2), mais également chez leurs collègues allemands et espagnols (3). Les études récentes qui lui ont été consacrées, s'enracinent souvent dans une vision pessimiste de la situation du droit dans les différents pays européens, pessimisme sans doute aggravé par les difficultés de la construction européenne. Les méthodes de la science juridique européenne semblent en effet s'être pour partie révélées impuissantes devant la tâche qui lui était proposée : retrouver, ou inventer les moyens de faire vivre ensemble, dans une même communauté de droit, des populations soumise et attachées à des législations nationales qui fonctionnent, depuis l'ère des codifications, sous le régime de l'autarcie. Certains aujourd'hui ne songent-ils pas à mettre les différents droits « en concurrence » (4), attendant de cet étrange « marché des normes », qu'il fasse naître une improbable harmonie ?

Mais les difficultés nées de la mise en place d'une communauté supra-nationale, ne font que prolonger et refléter des difficultés internes, déjà apparues dans pratiquement chacun des grands pays

* Le texte de cet article est issu d'une communication faite au Séminaire d'histoire de la science juridique le 14 janvier 1989. Y ont simplement été ajoutées les notes indispensables relatives aux sources et à la bibliographie.

(1) La bibliographie relative à la notion historique et à l'histoire du droit commun est extrêmement abondante. Nous ne pouvons ici que renvoyer de manière générale aux ouvrages classiques de F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1962, et de E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milan, 1962.

(2) Dès 1978, A. CAVANNA a signalé que les temps lui paraissaient propices à une « relecture » du droit commun. Cf. « Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune », *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 1978, p. 101.

(3) Pour une présentation en langue française sur cette question, on peut se reporter à l'article de B. PARADISI, « Notes critiques sur le problème du droit commun », *Revue historique de droit français et étranger*, 1980, pp. 423-440.

(4) Cf. en ce sens la conférence prononcée le 26 février 1990 par L. LIGGIO, à l'Institut Euro 92, « The Role of competition in jurisdictions in the growth of Liberty and Wealth ».

européens : partout ce sont les mêmes inquiétudes et les mêmes plaintes, nées d'un même constat, celui d'une hypertrophie normative (5). Dans tous les pays, la production de règles semble être quasiment exponentielle, et elle engendre à peu près partout une paradoxale situation d'*incertitude* juridique. En outre elle aboutit à reproduire, à l'intérieur de chacun des droits nationaux, un mouvement de sectorisation, un peu analogue à celui qui avait, un ou deux siècles auparavant, fait disparaître les derniers restes d'une unité juridique européenne, pour aboutir à la constitution des droits nationaux codifiés. Dans bien des cas, l'unité juridique, alors mise en place à l'intérieur de chacune des communautés politiques, tend à voler en éclats, et on assiste à la constitution de *blocs de normes*. Les différentes disciplines autrefois conçues comme parties d'un tout, tendent à leur tour à se constituer comme des totalités autonomes, qui fonctionnent elles aussi sous le régime de l'autarcie.

D'où l'inquiétude de certains observateurs. Dans la mesure où, le plus souvent, ils n'ont ni les moyens, ni les instruments qui leur permettraient de *concilier* ces blocs de réglementation, les juristes, dont la fonction est souvent réduite à la simple mise en œuvre technique de ces réglementations particulières, peuvent-ils encore jouer le rôle de *médiateurs*, que traditionnellement on leur attribuait ? Curieusement, en cette fin du deuxième millénaire, la situation du droit semble à quelques-uns présenter certains traits communs avec celle de la fin du premier millénaire. Certes, ce qui avait été alors rareté des normes est aujourd'hui surabondance, mais dans les deux cas, c'est la même situation chaotique, le même pluralisme de sources inconciliées, et peut-être inconciliables, avec des conséquences très voisines : les solutions souvent ne sont plus proposées par le droit et par les juristes, mais imposées par un rapport de forces, au mieux par des arbitrages. Or, quelque utilité que puissent avoir ces modes de règlement des conflits, ils sont toujours, à certains égards, une forme de négation du droit.

Ces inquiétudes ont conduit certains à chercher des solutions ou des modèles en amont de l'histoire, dans les méthodes de formation et de gestion de la règle de droit propres aux ordonnancements juridiques non-codifiés. De là l'intérêt renouvelé pour la notion de *jus commune*, et pour son rôle dans l'histoire juridique européenne. La renaissance de l'enseignement universitaire du droit et la constitution du droit comme science qui en est la conséquence, ont en effet conduit une grande partie des jurisconsultes européens du moyen âge et des Temps Modernes à accepter l'idée que toutes les normes juridiques particulières devaient, quelle que soit leur source, être considérées comme la mise en œuvre — à interpréter comme telle — d'un ensemble de règles promues au rang de *jus commune*, ces règles étant pour l'essentiel celles des *Compilations*

(5) Cf. par exemple N. IRTI, *L'eta della decodificazione*, Milan, 2^e éd., 1986.

de Justinien. L'acceptation de cette affirmation, et la mise en œuvre, dans la plupart des pays européens, de cette méthode du droit commun, a ainsi permis de maintenir entre eux une forme d'unité juridique supra-nationale pendant un nombre de siècles remarquable.

Il est vrai que l'historiographie française est sur ce point en retrait, l'Angleterre exceptée, au sein des grandes nations européennes. La France est, nul ne l'ignore, le pays du *mos gallicus*, et ce sont les jurisconsultes français qui, par l'introduction de cette méthode, ont voulu, en l'historicisant, relativiser le droit romain qui, dans l'enseignement des docteurs italiens, constituait le noyau du droit commun (6). On a certes fait remarquer que ce n'était guère là qu'un moment, une parenthèse entre deux « scolastiques » du droit, celle du moyen âge, et celle de l'*usus modernus* (7). Mais, en tout état de cause, même si l'irruption du *mos gallicus* n'a pas, loin s'en faut, ôté toute forme d'universalité au droit romain, il a contribué à modifier les fondements et les méthodes de sa mise en œuvre.

En outre, en remontant plus avant dans l'histoire, c'est, on le sait, pour caractériser la situation particulière du droit romain en France, que les Docteurs italiens eux-mêmes avaient dû élaborer des justifications particulières, en partie différentes de celles qui étaient généralement proposées pour fonder l'utilisation du *Corpus juris civilis*. Or ils l'avaient fait en insistant sur le rôle de la *raison* : chez les Français, affirmait Balde, les *leges romanae* sont reçues en tant que raison, *proratione*, terme qui n'est pas utilisé par le jurisconsulte italien, mais qui est classique pour désigner ce type de justification (8). Il y aurait donc toujours eu en France, à tout le moins dans les pays dits « de coutumes », une situation particulière : le droit romain n'y aurait pas été reçu comme droit commun au même titre que chez les autres nations européennes, il n'aurait eu par conséquent, ni le même rôle en tant qu'instrument de méthode, ni la même influence sur le fond du droit.

Le particularisme français vaudrait ainsi tant pour la réception formelle, que pour la réception matérielle. Il affecterait également la définition même de la notion de droit commun. Dans la littérature juridique médiévale française, le terme « droit commun » renvoie certes assez souvent au droit romain, mais il vise également des adages, des principes généraux, qui dans bien des cas n'ont rien de spécifiquement romain, et apparaissent comme une sorte de

(6) Sur cette question classique, on peut, entre autres, se reporter à l'article de F. CARPINTERO, « *Mos italicus, Mos gallicus y el Humanismo racionalista* », *Jus commune*, 1977, p. 132.

(7) Cf. A. WLIFFELS, *Qui millies allegatur, Les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines*, Leyde, 1985, Conclusion, I.

(8) Cf. sur cette question célèbre, les indications de Calasso, *op. cit.*, p. 302. En ce qui concerne le rôle du droit romain dans la science et la pratique juridique française, on peut se reporter à l'ouvrage, fameux en son temps, de l'anglais A. DUCK, *De l'usage et de l'autorité du droit civil dans les Etats des Princes chrétiens*, tr. du latin, Paris, 1689, livre II, ch. V. Sur Duck, v. infra l'étude d'A. WLIFFELS.

noyau d'un ensemble défini comme droit commun parce que valable pour l'ensemble du Royaume (9). En outre, après le xv^e siècle — plus particulièrement à partir de Dumoulin (10), qui opère sur ce point une véritable révolution — bien que de nombreuses discussions opposent encore les jurisconsultes français sur cette question, on tend de manière générale à entendre par droit commun, ce qu'on appelle le droit commun coutumier, c'est-à-dire un ensemble de principes généraux faisant le fond de tout ou partie des coutumes (11).

Se greffe sur les particularismes de cette histoire française du droit commun, un scepticisme certain chez de nombreux historiens, français mais aussi étrangers, scepticisme qui porte sur *l'unité* même de cette catégorie de normes dont on voudrait par ailleurs faire un facteur d'unité.

Il est en effet certain que, si du xii^e au xviii^e siècle, on rencontre à l'intérieur de chacune des communautés politiques européennes une catégorie de normes définie par les jurisconsultes comme l'expression d'un droit commun, ce terme ne renvoie pas toujours, loin s'en faut, à la même réalité. En outre, tant le rôle assigné en théorie à ce droit, que la fonction effectivement remplie par lui, peuvent varier et ont effectivement varié de manière importante, à la fois dans l'espace et dans le temps.

Durant les siècles médiévaux en effet, le droit commun s'insère, à l'intérieur de chaque entité politique, dans une situation de pluralisme des sources dont il assure la cohérence. Malgré des nuances importantes, il est à cette époque vraiment commun pour l'essentiel à une grande partie des peuples européens. Il maintient entre eux une forme d'unité juridique véritable, et donc justifie pleinement son appellation. Mais, à partir de la fin du xv^e siècle, des modifications importantes affectent à la fois son contenu, son rôle, et les fondements qui lui sont attribués. A partir de ce moment, les différents ordonnancements juridiques nationaux continuent certes à comporter une catégorie de normes qualifiées de « droit commun », mais la réalité ainsi désignée tend à se diversifier. Dans de nombreux pays, ce droit commun demeure dans son contenu ce qu'il était au moyen âge — c'est-à-dire que pour l'essentiel il reste constitué à la fois par les *leges des Compilations* et par l'interprétation que les Docteurs en donnent — mais le fondement de son utilisation est souvent modifié. La volonté du Souverain, permettant ou

(9) Voir sur ce point l'article classique de P. PETOT, « Le droit commun en France selon les coutumiers », *Revue historique de droit français et étranger*, 1961, pp. 413-429.

(10) Sur cette question, on peut, entre autres, se reporter aux développements d'A. GUZMAN, *Ratio scripta*, Francfort-sur-le-Main, 1981, p. 72, qui rappelle, textes de Dumoulin à l'appui, que le jurisconsulte français a complètement modifié sa position sur ce sujet.

(11) Voir à ce sujet l'article de J.-L. THIREAU dans cette revue.

imposant son utilisation tend à devenir essentielle (12). Par ailleurs l'accent est mis, plus fortement qu'auparavant, sur le rôle de l'*usage* comme fondement de sa valeur obligatoire. Ces deux fondements au reste se recourent, car les juristes et les Chancelleries diffusent l'idée que c'est le Prince qui permet d'user de ce droit. En outre ils convergent, puisque dans les deux cas, on tend à assigner un fondement « positiviste » au droit commun.

Mais parallèlement, ce droit commun encore très largement romain sur le fond connaît, par l'intermédiaire des penseurs de l'École du Droit de la Nature et des Gens, une promotion au rang de droit naturel (13) : on l'a souvent noté en effet, les grands traités de droit naturel qui se multiplient à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, ne sont guère autre chose en leur contenu que du droit romain-commun réordonné, réorganisé, redisposé. De là ce qu'on a appelé une « jusnaturalisation » du droit romain-commun qui, en ses effets, tend à lui conférer une nouvelle forme d'universalité. La vocation qui lui est ainsi attribuée atteste certes de certaines continuités avec la pratique médiévale, mais la nouvelle universalité que confère au droit commun sa promotion au rang de droit naturel, diffère sensiblement dans ses fondements de celle qui, dans la pensée juridique du moyen âge, justifiait l'*applicabilité générale* qui lui était assignée.

Le rôle concret qui est le sien change également de manière importante puisque, dans certaines régions, c'est à partir de ce moment que se produit une véritable romanisation du droit (14). En outre, à l'intérieur des principales communautés politiques, le droit commun — ou si l'on préfère, les normes que l'on regroupe sous ce nom — tend à servir de matrice pour les différents droits nationaux qui se constituent alors, sous le contrôle de plus en plus étroit des États-Nations (15). La jusnaturalisation va ainsi de pair avec une véritable nationalisation, doublée en général d'une étatisation (16), avec, au point de convergence de ces mouvements

(12) Sur cette évolution, on peut se reporter à l'article de K. LUG, « Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jht. in Italien, Frankreich, und Deutschland », *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, II, Florence, 1977.

(13) Cette évolution est remarquablement décrite par G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, 1976, pp. 101 et s.

(14) On sait que le cas des pays de droit écrit en France est particulièrement significatif. Cf. P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Paris, 1985, p. 164.

(15) Voir en particulier sur cette mutation, A. GUZMAN, *Ratio scripta, op. cit.*, pp. 49, 74 et 99. Cette « régionalisation » du droit commun avait au reste été préparée dès la fin du Moyen Âge, comme l'a montré CALASSO, *op. cit.*, pp. 75 et 120.

(16) La contradiction entre les différents buts imposés au Codificateur ne semble pas avoir été perçue par les contemporains. Ainsi, en France, dans les Cahiers de doléances, on demande « un code qui appartienne véritablement à la Nation française », tout en demeurant « celui de la nature et de la raison ». Cf. W. WILHELM, « Gesetzgebung und Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert », *Jus commune*, 1967, p. 258.

apparemment si divergents, *la codification*, qui dans la plupart des cas met officiellement fin au règne du *jus commune*, en enfermant le juriste dans le nouveau *corpus* constitué désormais par le Code.

On comprend que certaines interrogations soient nées en face d'une telle diversité. En dehors du qualificatif de commun, y a-t-il sur le fond quelque chose de véritablement commun entre ces différentes réalités, si diversement fondées, si diversement constituées, si diversement utilisées ? Postuler l'existence d'un véritable droit commun, aussi bien dans l'espace — entre les différentes nations européennes — que dans le temps — tout au long de cette histoire tellement complexe — ne relève-t-il pas, le mot a été employé, du fantasme ? Fantasme de l'historien, qui ne serait guère autre chose que la reproduction de ce qui déjà avait été fantasme chez ceux qui avaient voulu promouvoir le droit romain au rang de droit commun, les grands Docteurs italiens, les *Doctores legum* des universités médiévales, qui avaient cru, et surtout fait croire à ce qui n'était peut-être pour l'essentiel que vue de l'esprit, esquisse d'une méthode idéale, fiction sans ancrage réel sur la réalité de la vie juridique.

Que l'histoire du droit commun relève pour partie de l'histoire des représentations, de l'histoire des croyances, cela ne fait pas de doute, et c'est sans doute une des meilleures voies pour comprendre ce phénomène essentiel de l'histoire juridique européenne (17). C'est un *phénomène de foi*, à étudier comme tel chez ceux qui s'en voulurent et s'en dirent les prêtres, les « *Sacerdotes* ». L'idée que le droit romain et l'interprétation donnée par l'École ont vocation à servir de droit commun en tous temps et en tous lieux, que ce soit à titre subsidiaire ou à titre principal, cette idée a en effet rencontré un succès prodigieux. L'enseignement des *Doctores legum*, qui se fonde sur cette affirmation, et tente de donner les moyens de sa mise en œuvre, a très largement convaincu tous ceux, et ils furent des milliers, qui sont venus les écouter. Innombrables sont les signes qui attestent que leurs élèves ne remettaient pas en cause ce principe et qu'ils s'efforçaient, dans leur activité de jurisconsulte, de le mettre à effet.

Avec quel succès, c'est une autre question. Les œuvres expriment la foi, mais la foi ne se mesure pas seulement aux œuvres, elle peut et doit être comprise en dehors d'elles. C'est cette voie de réflexion que nous voudrions emprunter ici. Après avoir dans un premier temps essayé de cerner ce qu'était et à quoi servait pour les *Doctores legum* le droit commun, nous tenterons dans un deuxième moment, d'éclairer les convictions qui justifient le rôle assigné par eux au droit romain, en les rapprochant des autres croyances politiques et religieuses qui forment le cadre de la pensée médiévale.

(17) Cf. le titre donné par CALASSO à l'une de ses études sur la question du droit commun : « *Il diritto comune come fatto spirituale* », *op. cit.*, IV.

CONSISTANCE ET ROLE DU DROIT COMMUN CHEZ LES « DOCTORES LEGUM »

Les historiens éprouvent de grandes difficultés à définir ce qu'est véritablement le droit commun pour les *Doctores legum*, et cela tient pour l'essentiel à la nature des indications que ceux-ci donnent sur ce point. Les moments de pure réflexion théorique sont en effet rares chez les maîtres médiévaux, les indications de cette nature sont souvent enserrées dans les raisonnements techniques propres à l'art juridique, de sorte que c'est à travers un discours qui se présente lui-même comme une *interprétation*, et par conséquent comme une mise en œuvre du droit romain conçu comme droit commun, qu'il faut tenter de comprendre leur pensée. Pour dire les choses autrement, il faut, pour discerner le rôle qu'ils assignent au droit romain comme droit commun, et en conséquence pour comprendre ce qu'ils entendent par droit commun, prendre en considération le rôle même que tient le droit romain dans leur propre discours.

Les multiples contenus qui seront dans l'histoire juridique européennes visés à travers le terme de *jus commune* ne sont, à maints égards, que le déploiement des indications données par les Docteurs eux-mêmes, et, à travers eux, qui en reprennent et en diffusent l'enseignement, par le *Corpus juris civilis* lui-même.

Ce sont en effet d'abord les *leges* elles-mêmes qui parlent de *jus commune*, et qui en parlent en des sens extrêmement divers. L'expression est utilisée en plusieurs endroits du *Digeste*, pour opposer le droit à vocation générale au droit dit singulier, *jus singulare*, lequel constitue une exception par rapport à la règle ordinaire. En outre, et c'est souvent sur ces passages que s'appuieront les *Magistri*, l'expression *jus commune* est fréquemment utilisée lors de la présentation des grandes subdivisions du droit, pour préciser les relations des différentes catégories de normes les unes avec les autres.

Est ainsi qualifié de droit commun dans le *Corpus* des *Compilationes* justiniennes, tout d'abord le droit qui vaut pour l'ensemble de la nature animée, c'est-à-dire le droit naturel au sens large (D., I, 1, 3). Est également dit droit commun, et c'est sans doute l'affirmation essentielle, le *jus gentium* (18), en tant qu'il exprime un droit naturel *commun* aux seuls êtres humains (D., I, 1, 2). Ainsi défini, il s'oppose au droit propre à chaque cité, droit qui est alors présenté comme *jus civile*, le droit que chaque communauté politique constitue — la définition est célèbre et sera souvent réuti-

(18) Sur le contenu et le rôle de ce droit des gens *classique*, très largement différent de la réalité que, depuis le xvii^e siècle, les juristes visent à travers ce terme, nous nous permettons de renvoyer à notre article, « La disparition du droit des gens classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 4, 1987, pp. 24 et s.

lisée — en *ajoutant* ou en *retranchant* au droit de tous (D., I, 1, 6), c'est-à-dire en précisant, à l'usage d'une société civile particulière, des règles considérées par ailleurs comme valables pour tous les hommes. Le *jus civile* va donc au-delà du *jus commune*, mais il n'en est pas non plus totalement séparable : il faut donc conclure avec Ulpien (D., I, 1, 6), que le droit utilisé par les Romains, le « *jus nostrum* », est composé — et cela vaut naturellement pour *tous* les droits particuliers — à la fois de droit écrit et de droit non-écrit. En outre ces règles de droit civil, dans leur formulation particulière, deviennent elles aussi *communes* à tous les membres de cette société, et on peut dès lors les utiliser comme telles au regard d'autres normes de moindre extension.

En simplifiant quelque peu, on peut donc dire que, au vu des textes romains, la qualification de *jus commune* peut finalement être appliquée à la plus grande partie des normes, puisque en fait elle apparaît à chaque fois comme une *qualité relative*, résultant de la place, par définition variable, occupée par telle catégorie de règles au regard d'une autre catégorie. Mais ce qui est essentiel, ce sont les liens que les indications du droit romain conduisent à poser entre droit commun et droit particulier : cette réalité complexe et multiforme qu'est pour eux le droit commun doit toujours être considérée comme étant à la fois hors de la norme juridique particulière et présente en elle, différente par ses fondements, par sa nature, par son extension, et pourtant indissolublement liée, mêlée à elle.

Au moyen âge, en son sens le plus usité — mais cet usage, à l'échelle de l'Europe, déborde très largement, on le sait, la seule période médiévale — l'expression *jus commune* vise en premier lieu à qualifier le droit romain, en le situant par rapport aux autres droits. Pour les *Doctores legum*, si les *leges romanae* constituent un droit commun, c'est d'abord par opposition aux *statuta*, c'est-à-dire aux normes que créent, pour leurs besoins particuliers, les différentes communautés politiques qui se multiplient dans l'Italie de la période communale, ces statuts étant considérés par eux comme l'équivalent des lois municipales dont les jurisconsultes romains admettent l'existence et la particularité (19). Le droit romain s'en différencie par conséquent comme un droit plus général et plus complet.

Mais ce premier schéma d'opposition en engendre une infinité d'autres. Etant donné que le droit commun est pour l'essentiel contenu dans le *Corpus juris civilis* de Justinien, et qu'il ne peut de ce fait être modifié, il tend à apparaître comme un droit immé-

(19) Pour la présentation du principe bartoliste selon lequel les communautés sont « *sibi principes* », et plus généralement, sur la question de la possibilité d'un droit nouveau pour les jurisconsultes médiévaux, cf. E. HOLTTHOFFER, « Die Litteratur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien, und Portugal », *Handbuch der Quellen*, 1972, II, 2, pp. 522 et s.

morial, qui s'oppose aux règles nées des besoins du moment. Le couple droit commun - droit particulier permet également de penser l'opposition entre droit qui vaut pour l'ensemble du territoire occupé par la communauté politique — le *Corpus juris civilis* a précisément cette valeur pour le *Sacrum imperium* — et les droits dépourvus de cette portée. Le droit dit commun tend alors à se confondre avec une forme de droit national. Rentrera donc dans cette catégorie, et sera de ce fait considéré comme droit commun, le droit posé par l'Empereur, mais également, lorsque ces méthodes de pensée seront utilisées en dehors de l'Empire, le droit posé par le Roi, c'est-à-dire l'ensemble des mesures de portée générale fondées sur l'autorité de l'Etat (20).

En outre, il faut noter qu'en face de la loi générale, le droit particulier tend à apparaître comme une *privata lex*, comme un privilège, terme qui peut aussi être utilisé pour désigner les règles, le plus souvent d'origine coutumière, propres à un groupe d'hommes ou à une région. L'opposition interfère alors avec celle qui existe entre droit autoritaire et droit populaire. Enfin, parler de droit commun à tous les peuples, c'est viser, comme y invitent certains textes fondamentaux de la tradition chrétienne, telles en particulier les *Etymologies* d'Isidore de Séville (21), un droit qui s'applique à tous parce qu'il tire sa validité de lui-même, *a se*, c'est donc viser le droit fondé sur la nature de l'homme et des choses, ce que la pensée médiévale appelle le *jus naturae gentiumque*, le droit de la nature et des gens, par opposition à une règle définie comme une règle de pur droit positif.

Par ailleurs, le fait que le droit romain lui-même, dans sa particularité historique, soit considéré comme la meilleure expression du droit commun vient encore compliquer les choses. En lui-même en effet, le droit des *Compilations* est pour partie la présentation d'un droit particulier, puisqu'il énonce ce qui est le *jus civile* du peuple romain. C'est donc de ce fait un droit particulier qui est utilisé comme droit commun. Qui plus est, le terme *jus civile* a lui-même plusieurs sens dans le vocabulaire juridique romain : il désigne le plus souvent les règles propres à Rome, mais il peut aussi viser le seul droit des *Jurisprudentes*, c'est-à-dire un droit constitué lui-même par des interprétations, des mises en œuvre d'autres règles. Or c'est précisément ce droit que présente le *Digeste*, l'instrument de travail favori des *Doctores legum*.

Par conséquent, on le voit, la notion de droit commun est susceptible de recevoir des sens très divers, elle peut désigner des réalités juridiques extrêmement variées, mais elle intervient toujours dans un *schéma d'opposition* de forme binaire, qui permet une

(20) L'Empereur édictant du droit en vertu d'une illumination divine, la légitimité des règles nouvelles posées par l'Etat n'a suscité que peu de problèmes chez les *Doctores legum*. Cf. *Handbuch der Quellen, op. cit., ibid.*

(21) II, c. XVIII, 4.

confrontation de valeurs, et l'utilisation de ces schèmes alternatifs (22) semble destinée à permettre de privilégier soit l'une soit l'autre de ces valeurs.

A partir de cet éventail de sens, on peut essayer de mieux comprendre ce qu'est le *jus commune* pour les Docteurs. Ils semblent y voir tout d'abord un *concept opératoire*, un instrument du raisonnement juridique. En différenciant les normes par leur caractère plus ou moins commun, le juriste se donne les moyens de les rapprocher, de les comparer, et par conséquent de les interpréter l'une par l'autre. Les règles de confrontation du droit commun et des autres droits posés par les Docteurs sont certes nombreuses, et parfois contradictoires entre elles (23). Mais globalement, elles visent toutes à permettre de préciser l'extension à donner à la règle particulière lorsqu'on l'applique à un cas d'espèce. C'est donc en mettant la règle particulière en tension avec le droit plus général dont on peut considérer qu'elle est la mise en œuvre, qu'il devient possible d'achever le processus de particularisation, et de déterminer l'application précise qui en sera faite.

L'intérêt de cette qualification tient aussi à ce qu'elle permet de différencier les normes les unes des autres, non seulement en fonction de leur champ d'application, mais également en fonction de leur origine, des fondements qui leur confèrent force obligatoire. Par là, elle peut permettre de mettre en place des hiérarchies entre les différentes normes. Mais ces hiérarchisations n'ont rien de fixe, ni de définitif, et c'est l'un des points sur lesquels, tout en la préfigurant, les méthodes du droit commun diffèrent profondément des formes que prend le raisonnement juridique dans un système de droit codifié. En effet, du fait que le couple droit commun - droit particulier renvoie à de multiples oppositions de valeurs, les hiérarchies ainsi instaurées peuvent et doivent varier en fonction des exigences du temps et des lieux. En outre, les liens que le raisonnement noue entre les normes, permettent certes de les rapprocher ponctuellement, mais sans pour autant présupposer et, par là-même, requérir leur homogénéisation. Certes, puisque la norme moins générale vient préciser la norme plus générale, elle est conçue, soit comme sa mise en œuvre, soit comme une exception à interpréter comme telle. Mais les différentes catégories de normes ainsi mises en œuvre et rapprochées pour la solution d'une espèce, peuvent par ailleurs demeurer fondamentalement différentes les unes des autres,

(22) L. MAYALI, « La notion de *statutum odiosum* dans la doctrine romanistique du Moyen Âge. Remarques sur la fonction de Docteur », *Jus commune*, 1984, p. 60, a fortement mis l'accent sur l'utilisation que font les juristes consultes médiévaux de ces schèmes alternatifs.

(23) Ainsi, pour certains, le statut contraire au droit romain est nul, mais pour d'autres, il doit toujours l'emporter. De même, on affirme souvent qu'il convient, pour interpréter le statut d'avoir recours au droit romain, mais selon d'autres indications, il convient avant tout de prendre en considération l'esprit de la loi elle-même, la *mens* ou la *ratio legis*. Cf. pour une présentation de ces règles, CALASSO, *op. cit.*, p. 72, et surtout p. 115, ainsi que GUZMAN, *op. cit.*, pp. 20-21.

et cela résulte de la conception même que les *Magistri* se font des relations entre droit commun et droits particuliers : le droit dit commun est toujours considéré comme étant à la fois hors de la norme particulière — puisqu'il en diffère par ses fondements et par son extension — tout en restant présent en elle.

Toutefois, les *Doctores legum* ne se contentent pas de dessiner, et d'une certaine manière d'inventer les principales figures du raisonnement juridique. Pour eux, le droit commun n'est pas seulement *l'instrument* du travail qui permet à la raison juridique de mettre en tension le droit avec lui-même, il est également *le résultat* de la mise en œuvre de cet instrument. Très souvent en effet, l'expression *jus commune* désigne plus particulièrement chez les Docteurs, non pas telle règle prédéterminée comme telle et dotée en conséquence d'un contenu intangible, mais les conclusions auxquelles conduit la mise en œuvre des méthodes du droit commun, c'est-à-dire les principes communs entre deux règles de droit qui ont été mis en évidence par le travail de comparaison des juristes. Ainsi conçu, le droit commun tend à se confondre avec *l'interprétation elle-même*, sous ses différentes formes, judiciaire, *forensis*, ou doctrinale. On a en effet souvent noté que les juristes de droit savant, tout autant que les juristes de pratique sensibles à leur influence, mettaient à peu près sur le même plan le *Corpus juris civilis* lui-même, et la lecture, l'interprétation qui en est proposée : les opinions des Docteurs s'insèrent elles-mêmes dans cette réalité complexe qu'on appelle le droit commun, comme une sorte de greffe, ou plutôt comme une multiplicité de greffes qui s'entrelacent sans rupture avec le tissu des règles contenues dans les *Compilationes*, pour ne plus former qu'un seul corps avec lui (24). En glosant ou en commentant le droit romain, les Professeurs ne veulent pas faire œuvre d'érudition, leur intention n'est pas de décrire un droit mort, mais au contraire, par ce travail d'interprétation, de faire revivre le droit romain : en faisant apparaître ce qui en lui est droit commun, le travail de l'interprète transforme le droit romain en droit vivant.

La mise en évidence de ce mode d'insertion de l'interprétation magistrale dans le Corps des *leges*, permet de mieux comprendre que l'ensemble qualifié droit commun puisse se mêler sans véritable difficulté avec les autres droits existants. Certes, nul n'ignore les différences qui séparent sur ce point (25) les Glossateurs et leurs

(24) Cf. sur cette question, CARPINTERO, *op. cit.*, pp. 114-115, et CAVANNA, *op. cit.*, pp. 100 et s. A. WIJFFELS (*op. cit.*, pp. 109) a pu montrer de manière précise dans les dépouillements qu'il a fait des dossiers du Grand Conseil de Malines, que, dans leurs allégations du droit savant, les avocats utilisaient les commentateurs médiévaux tout autant que les textes originaux eux-mêmes.

(25) Cette question a suscité de nombreuses discussions. Il est certain que les Glossateurs tendent à considérer le droit romain comme *le seul droit véritable* (cf. GUZMAN, *op. cit.*, p. 20), tandis que de leur côté les Post-Glossateurs accentuent plutôt son caractère de droit supplétif. Mais beaucoup d'historiens jugent que la continuité entre les deux écoles l'emporte sur les différences, et que, globalement, on peut considérer leur enseignement sur ce point comme un tout (cf. CALASSO, *op. cit.*, p. 36).

successieurs. Il est certain que les premiers maîtres du droit romain tendent à le considérer comme un droit absolu, applicable à tous et à tout, sans qu'aucune composition soit possible avec les autres droits. Mais assez rapidement les *Doctores legum* ont dû reconnaître la validité des normes puisées à d'autres sources. Globalement, c'est l'interprétation par laquelle les Docteurs expliquent à la lumière les unes des autres — car, bien qu'on en ait discuté, et que les indications de textes sur cette question soient difficiles (26), il semble de l'essence de la méthode du droit commun que le procédé soit réversible — les règles romaines et les règles particulières, statutaires ou autres, qui permet par la mise en évidence de ce qu'elles ont de commun, d'agrèger les normes nouvelles au *corpus* déjà constitué. De là la définition, certes un peu tardive, mais célèbre et souvent reprise, que donne Jason : par droit commun, affirme-t-il, il faut certes entendre les *leges* elles-mêmes, mais également le droit statutaire, mais également « *omnes limitationes, ampliaciones, declarationes quas recepit jus commune in eadem materia* » (27). Le droit commun, c'est une méthode qui crée ses instruments en même temps qu'elle les met en œuvre.

Les Docteurs finissent ainsi par faire entrer la quasi-totalité des règles dans l'orbite du droit commun (28). Cependant, bien qu'il préfigure de manière certaine les *systèmes de règles hiérarchisées* à l'intérieur desquels la pensée juridique moderne s'est efforcée d'enfermer le juriste, le *corpus* ainsi constitué ne leur est pas totalement réductible. Or ces différences sont essentielles, car elles permettent de comprendre que les méthodes du droit commun aient permis de faire fonctionner ensemble des sources marquées par le pluralisme. En effet, malgré le lien qui les agrège en un ensemble unique, chacune des normes utilisées conserve, au moins partiellement, sa spécificité. L'insertion des différentes catégories de normes juridiques dans cet ensemble doctrinal qualifié de *jus commune*, permet de mettre en quelque sorte le droit en tension avec lui-même, elle rend possible le travail d'interprétation qui permettra leur mise en œuvre. Par là, elle modifie leur fondement et leur nature, mais sans remettre en cause les liens qui les rattachent aux sources dont elles émanent, et qui leur confèrent leur valeur de droit positif. L'interprétation qui *incorpore* la règle particulière au droit commun, lui donne, est-on tenté de dire, une double nature : elle est à la fois une règle de droit positif, reposant sur l'autorité qui l'impose, et une règle dont la validité est éprouvée

(26) Cf. sur cette question, B. PARADISI, *op. cit.*, pp. 435 et s., qui critique avec vigueur la thèse de la réversibilité de l'interprétation, et, à travers elle, l'idée d'une sorte d'union « organique » entre le droit romain-commun, et les différents droits particuliers.

(27) Voir à ce sujet les commentaires de CALASSO, *op. cit.*, p. 74.

(28) La principale caractéristique du droit commun médiéval, écrit CAVANNA, c'est d'être universellement participatif d'une pluralité d'ordres juridiques positifs (*op. cit.*, p. 101).

par son rapprochement avec d'autres règles puisées à d'autres fondements, une règle dont la validité tient, au moins pour partie, à ce que la raison du juriste la tient pour une bonne règle.

JUSTIFICATIONS : LE JEU DE LA RAISON ET DE L'AUTORITE

Demeure bien sûr la question essentielle, celle qui depuis toujours fascine tant les historiens de la pensée que les historiens du droit. Que dans les cas d'espèce où une question de droit se pose, il faille, pour déterminer les modalités d'application d'une norme, la comparer avec d'autres normes, dont on peut considérer qu'elle est la mise en œuvre, tout le monde peut en être d'accord. Mais qu'est-ce qui justifie le rôle privilégié accordé, malgré certaines nuances, au droit romain ? Pourquoi le droit romain, dans sa matérialité, dans sa corporéité même de droit romain, de droit particulier, aurait-il vocation à servir éminemment de droit commun ?

Ces justifications sont bien connues, c'est d'une part l'existence du *Sacrum imperium*, ce sont d'autre part les qualités intrinsèques du droit romain, disons sa perfection. La tradition juridique européenne a sur ce point repris l'enseignement des Docteurs, en affirmant que l'autorité privilégiée accordée aux *leges* reposait sur deux fondements : l'*auctoritas* et la *ratio*. Après l'œuvre de l'anglais Duck, qui a lancé ces termes, il deviendra classique dans la pensée juridique des Temps Modernes de distinguer l'*imperium rationis*, et la *ratio imperii*. Mais, comme le suggèrent ces expressions constamment reprises, ces deux fondements sont eux-mêmes en rapport dialectique.

La principale justification donnée à cette utilisation du droit romain comme droit commun, c'est tout d'abord, on le sait, l'existence du *Sacrum imperium*, et c'est à elle que les *Magistri* font principalement référence. Comme l'Empire romain chrétien qu'il prétend ressusciter, le Saint-Empire est en effet pour eux la communauté qui a vocation à rassembler l'ensemble des chrétiens. En conséquence, le droit des *Compilations*, qui est, par la volonté et l'autorité de l'Empereur Justinien, le droit de cet empire romain-chrétien, s'applique *ipso jure* à la totalité de ceux qui, au sein de cette communauté politique, vivent dans la dépendance de celui qui est le successeur des Césars, et par conséquent reprend à son compte et *autorise* les règles compilées par Justinien (29).

Mais cette justification n'est que très partiellement satisfaisante. Nul n'ignore que le Saint-Empire n'est universel qu'en théorie, et

(29) On peut, pour une présentation détaillée du fondement impérial, se reporter à CAVANNA, *op. cit.*, pp. 34 et 27.

que très rapidement de nombreux Princes territoriaux ont revendiqué en droit une indépendance souvent inscrite dans les faits depuis fort longtemps, voire depuis toujours. Or la proclamation de ces *exemptiones imperii* n'a en aucune manière empêché la diffusion de l'enseignement des Docteurs et des méthodes du droit commun sur la plus grande partie des territoires ainsi soustraits à l'autorité impériale.

On ne saurait cependant négliger la justification apportée par l'idée impériale. D'abord parce que la très grande majorité des Docteurs y était fermement attachée, et ce quelle que soit leur nationalité (30). Ensuite parce qu'elle est indispensable pour comprendre les raisons pour lesquelles le droit romain-commun est considéré, non comme un ensemble de principes rationnels, dépourvus de validité juridique, mais comme *un vrai droit*, un droit au plein sens du terme. L'évolution ultérieure de la notion de droit commun est sur ce point exemplaire : à partir du moment où, principalement au XVII^e siècle, certains vont modifier les fondements de son applicabilité en le considérant comme l'expression d'un droit naturel, quelque chose d'essentiel manquera ; les *leges* perdront le caractère contraignant qui leur était sans hésitation reconnu par la plus grande partie des juristes médiévaux. Au XVIII^e siècle, un jurisconsulte français encore proche de leur esprit le dira : ainsi conçues, les règles romaines ne sont plus que des raisons qui persuadent, et non des lois qui obligent (31).

Or, dans la pensée médiévale, ce qui donne au droit du *Corpus* cette autorité pleine et entière de loi, c'est sans ambiguïté possible, le fait qu'il est le droit de l'Empire romain. La justification est donc pour l'essentiel historique, mais en rappelant que pour cette pensée, histoire et raison ne se séparent pas : l'histoire est providentielle, elle dévoile les mystères du gouvernement de Dieu dans sa création. Pour une grande partie des penseurs du moyen âge, il ne fait pas de doute que l'existence de cette communauté universelle qu'a été — et que devrait être encore — l'Empire romain, répond au dessein général de Dieu. La plupart auraient sans doute approuvé la formulation que donne Péguy de cette question : le fait que « le destin temporel de Dieu » soit lié à Rome est un « mystère mystique » (32).

Les arguments sur lesquels les penseurs du moyen âge appuient cette pensée sont, on le sait, scripturaires. Il y a l'affirmation du caractère légitime de l'autorité de César : « Rendez à César... ». D'où chez certains, chez les Glossateurs en particulier, l'affirmation que l'autorité impériale est *la seule autorité vraiment légitime*. Il y a

(30) Cf. sur cette question, les citations classiques rapportées par A. DUCK, *op. cit.*, L. II, p. 134.

(31) Cf. BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, Dijon, 1742, p. 194.

(32) *La république, notre Royaume de France*, Paris, 1946, 15^e éd., p. 305.

également l'argument dit « du cens » : les Evangiles attestent que l'Empire est universel au moment de la naissance du Christ (33). Il y a enfin la confusion presque complète qui s'est produite entre Eglise et Empire, entre communauté spirituelle et communauté temporelle, après la conversion de Constantin. Tous ces thèmes sont présents dans les esprits et expliquent les affirmations contenues en particulier dans le fameux *Tractatus de subtilitatibus juris* (34) : l'Empire et l'Eglise ont le même *sedes*, Rome, lieu du gouvernement universel, d'où émanent les préceptes spirituels et les lois temporelles, lesquels se communiquent leur validité ; la puissance temporelle de l'Empire, loin d'être étrangère à la puissance spirituelle, lui est associée, elle est *sociâ*, nous dit l'auteur de ce traité. D'où les conclusions qui sont présentes chez beaucoup de penseurs : l'existence d'un Empire universel est nécessaire au dessein de Dieu envoyant au monde un Sauveur ; la communauté universelle est l'instrument par lequel Dieu entend préparer temporellement, voire rendre possible l'union spirituelle à laquelle il destine tous les hommes. Au XVII^e siècle, l'anglais Duck montre la force que conservent pour nombre d'esprits ces affirmations : entre l'Incarnation et le Deuxième Avènement du Fils de Dieu — c'est-à-dire la fin du monde — il n'y a, affirme-t-il (35) qu'une seule organisation politique universelle qui ait le droit de donner des lois au monde, et cette organisation, c'est l'Empire romain.

C'est donc la volonté divine elle-même qui fait du droit romain l'*unum jus* de l'*unum imperium*. Parce qu'il est nécessaire pour aller à Dieu, il est le droit qui vaut pour l'ensemble des chrétiens. C'est pourquoi, bien que leurs règles ne portent pas sur les mêmes domaines, et constituent de ce fait deux ensembles juridiques distincts, il est consubstantiellement lié à l'autre droit universel de la chrétienté, le droit canonique. De fait l'idée semble s'être diffusée chez beaucoup (36), que ces deux droits constituaient les deux parties d'un même tout, permettant ainsi la constitution d'un droit romano-canonique qui est, nous disent certains docteurs, l'*ultrumque jus* de l'*ultraque vita*. Ainsi conçu, le droit romain apparaît comme la *lex saeculi* de la communauté spirituelle qui rassemble et conduit les chrétiens vers Dieu ; il est, nous dit-on encore, la *lex approbata* de l'Eglise, la *lex mundana* par excellence, celle qui est de par sa nature même *per orbem diffusa* et qui vaut donc pour tous, partout,

(33) Cette concomitance a été souvent rappelée. Cf. en particulier B. DE LUCQUES, *De regno*, I. III, c. 12. Ce texte du *De regno* a été très souvent cité, et le fait qu'il ait été, pendant plusieurs siècles, attribué à saint Thomas, a à l'évidence renforcé la portée de cet argument.

(34) *Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius*, éd. H. Fitting, Berlin, 1894, I, *De jure generaliter*, pp. 56-57.

(35) *Op. cit.*, ch. 2.

(36) Cf. par exemple les affirmations de DUCK, *op. cit.*, ch. 2 : les canons empruntent quelque chose de l'autorité du droit civil. Dans le même sens, on peut citer BOUHIER, *op. cit.*, p. 177 : le Décret et les collections de Décrétales font partie du droit commun.

en tous temps (37). On comprend dès lors que beaucoup parmi les juristes médiévaux reprennent à leur compte les affirmations d'Irnerius : les jurisconsultes sont les ministres des choses sacrées, la parole des *leges*, ce n'est certes pas tout à fait la Parole même de Dieu, mais c'est pour la conduite des affaires humaines, la meilleure expression, le meilleur témoignage que nous puissions avoir de la volonté de Dieu (38).

Tous ces thèmes sont bien évidemment liés aux thèses impériales, mais on peut sans difficultés en donner une présentation atténuée, qui permet de les transposer dans d'autres réalités politiques. Tous en effet ne croient pas à la nécessité d'une société politique universelle, qui rassemblerait sous une même autorité temporelle l'ensemble des chrétiens, mais pour la très grande majorité de ces penseurs, il n'est pas non plus possible de séparer totalement les règles qui gouvernent l'âme, et les règles qui gouvernent le corps : aucune communauté naturelle ne peut ignorer les fins surnaturelles de l'homme. Or, s'il fallait admettre que, pour leur vie terrestre, les hommes, les chrétiens, sont régis par des droits *essentiellement* différents les uns des autres (39), c'est l'unité spirituelle à laquelle ils sont appelés comme à leur fin dernière qui serait remise en cause. Pour que donc l'union dernière des hommes en Dieu soit possible, il faut — non certes qu'on leur applique à tous un droit identique — mais que à tout le moins, les différents droits particuliers, dont la plupart des jurisconsultes savent et disent qu'ils sont absolument nécessaires, puissent être considérés comme la mise en œuvre d'un droit unique et valable pour tous. La possibilité de ce rattachement, de cette insertion des droits singuliers dans un droit commun et universel, est à la limite une sorte d'exigence de la foi chrétienne.

Mais ce droit unique, qui forme le substrat nécessaire de tous les droits particuliers élaborés par les hommes et qui, pour ces penseurs marqués par l'augustinisme, est le vrai fondement de leur légitimité, nous ne pouvons pas le connaître complètement par lui-même. Pour la pensée juridique médiévale en effet, la raison humaine ne peut construire d'elle-même, par ses seules res-

(37) Cf. sur ces différentes affirmations, CALASSO, *op. cit.*, pp. 108-110. Voir aussi sur ces mêmes thèmes, F. CARPINTERO, « El derecho natural laico de la Edad media. Observaciones sobre su metodología y concepto », *Persona y derecho, Revista de fundamentaciones jurídicas y de derechos humanos*, 1981, p. 77 et s., et, pour une présentation plus générale, à partir des théologiens contemporains des *Doctores legum*, F.A.F. VON DER HEYDTE, *Die Geburtstunde des souveränen Staates*, Ratisbonne, 1952, pp. 211 et s.

(38) Pour comprendre la puissance de cette affirmation sur les esprits, il convient de rappeler qu'elle s'appuie sur l'autorité de saint Augustin lui-même. Cf. par exemple DUCK, *op. cit.*, ch. 2, qui cite saint Augustin pour affirmer que Dieu s'est servi du peuple romain pour gouverner le monde.

(39) Cf. par exemple l'affirmation célèbre de Balde : il faut faire tomber la « *separatorum separata ratio* » (CALASSO, *op. cit.*, p. 72).

sources (40), le droit véritable, celui qui vaut par soi et pour tous. Elle ne peut que chercher à le discerner et c'est pourquoi le passage par le droit romain, ce droit pour partie voulu et presque *autorisé* par Dieu lui-même, demeure indispensable.

Les justifications de ce recours au droit romain obéissent à une logique très proche de celle qui guide les théologiens médiévaux dans l'édification de la *Sacra doctrina* (41). Certes, la raison naturelle, qui existe en tout homme, lui permet de connaître quelques-uns des principes qui forment le noyau du droit véritable fondé sur la loi de Dieu. De la même manière, on peut par la seule raison, et par la contemplation de la nature, *s'acheminer* vers l'idée d'un Dieu. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, la raison ne peut aller au delà. De même qu'elle ne peut par ses seules ressources découvrir le vrai Dieu, de la même manière, bien qu'elle aperçoive, par une sorte d'intuition, certains des principes du vrai droit, elle est incapable de construire à partir de là un droit juste de part en part. Elle a donc, dans les deux cas, besoin d'une aide, et c'est à partir de cette défaillance structurelle de la raison humaine, qu'on peut essayer de comprendre la récurrence du recours au droit romain proclamé droit commun, dans la pratique juridique européenne, essayer de comprendre pourquoi la plupart des juristes, lorsqu'ils se trouvent confrontés à un problème difficile, commencent par se demander ce que dit « le droit » sur la question.

La raison humaine a besoin d'aides, d'adjuvants. Pour les choses de la foi, cette aide indispensable, c'est bien sûr la Révélation, mais cette Révélation n'est elle-même connaissable qu'à travers tout d'abord le témoignage des hommes qui ont reçu le message divin et l'ont transmis, à travers ensuite le témoignage de l'Eglise, et plus particulièrement de tous ceux qui ont tenté d'explicitier le message divin. Tous ces témoignages accumulés, qui sont comme autant de traces du passage du divin, constituent pour les théologiens les fameuses *auctoritates* qui forment, comme on le sait, le matériau de leur pensée. Or, à certains égards, les *leges des Compilations*, tout autant que les opinions des Docteurs, ont un statut et une fonction très proches de ceux qui, chez les théologiens, reviennent aux *auctoritates*, et ce rapprochement, souvent esquissé, peut éclairer la méthode mise en œuvre par les juristes de droit commun.

(40) Les jurisconsultes reprennent fréquemment l'idée, répandue chez les théologiens, que la raison humaine doit être conçue comme une participation à la raison divine. C'est grâce à ce rapport de participation qu'elle joue un rôle essentiel à la fois pour découvrir et pour constituer le droit. Mais, si tous les hommes peuvent, parce qu'ils possèdent, selon les Paroles de saint Paul, la *lex Dei* inscrite dans le cœur, faire *naturaliter* ce qui relève de la loi, et être à eux-mêmes une loi, cela ne signifie pas, loin s'en faut, que tous les problèmes juridiques seront résolus. Seule la *raison juridique*, parce qu'elle s'est formée par l'étude et l'expérience des affaires humaines, est en mesure de construire les multiples règles particulières qui sont nécessaires à la vie des sociétés humaines.

(41) Cf. pour une présentation de cette méthode, M. D. CHENU, *La théologie au XII^e siècle*, Paris, 1976, ch. XV « Les *Magistri*. La "science" théologique », et ch. XVI, « *Authentica et magistralia* ».

Parler d' « autorités », peut en effet induire en erreur. Les *auctoritates* utilisées par les théologiens, bénéficient certes d'une forme véritable d'autorité, celle qui leur vient de Dieu, et de l'Eglise. Mais ce sont aussi des *témoignages de raison*. Les deux aspects sont indispensablement liés, et c'est ce qui permet de comprendre l'utilisation qui en est faite. Passer par les autorités est nécessaire, car nous ne connaissons, et nous ne pouvons connaître de Dieu que ce qu'il nous en dit lui-même. De là cet indispensable recours aux témoignages authentiques de ceux qui ont reçu la révélation divine, et à ces témoignages dans leur historicité particulière, c'est-à-dire dans le lien qui, en les rassemblant en une chaîne, les rattache au moment de l'Incarnation divine. Ils sont mots devenus corps, raison incorporée. Cependant, bien que leur autorité leur vienne pour l'essentiel de l'acte divin dont elles constituent la trace historique, le *vestigium*, comme aiment à le dire les théologiens, bien qu'elles ne puissent de ce fait être entièrement transparentes pour l'esprit humain et requièrent toujours un acte de foi, elles sont aussi, au moins partiellement, accessibles à la raison. D'abord parce que Dieu est raison, ensuite parce que ce sont des témoignages humains, à traiter comme tels, c'est-à-dire comme l'expression d'une réflexion, d'un effort de compréhension du mystère divin. Il convient donc, comme le font les théologiens par la fameuse « méthode des autorités », de les comprendre rationnellement, d'abord par la comparaison des autorités elles-mêmes, puis par la recherche d'une conciliation.

Telle qu'elle nous est décrite par les historiens de la théologie médiévale, cette méthode fait invinciblement songer à celle que mettent en œuvre les *Doctores legum*. A bien des égards, le statut qu'ils confèrent aux *leges* les rapproche des *auctoritates* de la théologie, en sorte qu'elles finissent, elles aussi, par apparaître comme des témoignages, autorisés par Dieu lui-même, de ce que serait le droit véritable. Témoignage *autorisé*, parce que nous savons par l'histoire, que la constitution du droit romain, et l'extension de sa validité à tous les hommes, attestent qu'il exprime la volonté d'un Dieu qui se présente comme *auctor justitiae*. Mais témoignage humain lui aussi, et par conséquent *œuvre de raison*, à traiter comme telle.

Or, n'est-ce pas ce que font quotidiennement les Docteurs du droit commun ? Les lois romaines sont d'abord, et c'est un point essentiel, un *donum Dei*, mais elles ne doivent en aucune façon être considérées comme des sortes d'oracles, nous sommes aux antipodes d'un positivisme sacré. L'idée générale que dans son existence le droit romain répond au dessein de Dieu, ne va nullement à l'encontre de la vision qui fait du *Corpus juris civilis* une sorte de chef-d'œuvre de la raison humaine, bien au contraire, elles s'étaient mutuellement : c'est l'idée que le droit romain est un don de Dieu qui conduit à présupposer sa rationalité intrinsèque, et réciproquement, la mise en évidence de cette rationalité confirme

le dessein de Dieu. Il y a, entre les deux fondements, un chassé-croisé constant : c'est l'universalité de l'Empire qui conduit à voir dans le droit romain l'expression du droit unique dont les hommes ont besoin pour réaliser le dessein de Dieu, mais l'applicabilité générale des lois romaines est également la conséquence du caractère intrinsèquement raisonnable qui les caractérise, et explique qu'elles aient été reçues en tant que telles, « *tamquam rationabiles* » par la plupart des nations européennes. Les qualités particulières du droit romain confirment qu'il était destiné par Dieu à fournir aux hommes la meilleure expression possible du droit juste par soi, c'est-à-dire du vrai droit. Ainsi peuvent s'éclaircir certaines affirmations des *Magistri* : on peut considérer que c'est Dieu lui-même qui inspirait les jurisconsultes romains (42). Portalis, bien des siècles plus tard, le confirmera avec cette extraordinaire clairvoyance historique qui le caractérise : « La découverte que nos aïeux firent de la *Compilation* de Justinien, fut pour eux une sorte de *révélation* » (43).

Cependant, bien que ce droit soit, comme nous le garantit la volonté divine, la meilleure expression possible du droit véritable, *il n'est pas le droit juste par soi*. Il demeure un moyen pour s'en approcher, un instrument, au même titre que les *auctoritates* de la *Sacra doctrina*. En confrontant les règles romaines les unes avec les autres, en les confrontant avec les nouvelles règles posées par les hommes, les jurisconsultes peuvent, et doivent chercher à retrouver *l'esquisse* de ce qui serait le droit véritable. Mais, si proche de la perfection que soit ce merveilleux instrument donné par Dieu aux hommes qu'est le droit romain, il n'est qu'un instrument.

*
**

Il faut par conséquent dire que c'est Dieu et la raison qui le veulent : sur tout point de droit, et quelles que soient les règles en vigueur, on peut, et même on doit invoquer la règle romaine, car la solution qu'elle propose est celle qui approche le plus de la perfection. Par son contenu, qui lui permet *sur tout problème juridique* de proposer d'autres règles à côté de la règle en vigueur, le droit romain-commun *double* le droit positif, il interfère avec lui, se mêle à lui par le travail de l'interprète qui constamment met en tension ces deux droits pour dégager la solution. Le *jus commune* est donc bien, comme on l'a dit, un « *droit à l'intérieur du droit* », et par là-même un droit véritable.

(42) Cf. sur ce point Duck, *op. cit.*, p. 20, qui cite Balde : les Paroles de l'édit du Préteur ont été dictées par le Saint Esprit.

(43) *Discours préliminaire*, prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, *Naissance du Code civil*, p. 51. Portalis utilise de même un vocabulaire religieux pour condamner ceux qui rejettent le droit romain : « la plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, *blasphèment* ce qu'ils ignorent » (*Ibid.*, c'est nous qui soulignons).

Mais c'est également, de par les fondements de sa force obligatoire, *un autre droit* : il repose en effet, au moins pour partie, sur la volonté de Dieu, et constitue par ailleurs la meilleure expression de cette raison naturelle dont Balde nous rappelle qu'elle n'est pas circonscrite par les frontières posées par les hommes, *non circum-scribitur loco* (44). Il est à ce titre le *jus per excellentiam* de la Glose (45), le droit dont tous les autres ordres juridiques procèdent nécessairement, et qui leur confère pleine valeur de droit en même temps qu'il fonde leur unité.

Intérieur ou extérieur, intérieur *et* extérieur au droit positif, là se trouve peut-être la raison qui nous rend parfois malaisée la compréhension de cette méthode du droit commun.

A maints égards, on l'a souvent noté, les méthodes qu'inventent les Professeurs de droit savant, ce sont celles mêmes que les juristes mettent en œuvre aujourd'hui. Est-ce à dire que la mise en système des normes juridiques qui sera l'un des buts de la codification, puisse être comprise comme le prolongement, voire comme l'aboutissement de l'œuvre des Docteurs médiévaux ? Certes, ce sont eux qui nous ont appris à considérer que les règles de droit formaient un tout, un « *corpus* », et que seule, l'insertion d'une règle dans la totalité ainsi constituée, en permettait l'interprétation et la mise en application. De même, c'est incontestablement chez eux qu'il faut chercher l'origine de l'idée que les normes ainsi assemblées sont, ou à tout le moins peuvent être hiérarchisées.

Mais, parce que ce noyau dur de l'ensemble normatif que constitue le droit romain renvoie lui-même à autre chose, à un autre droit qu'il permet simplement de viser, l'esprit général de la méthode, et la configuration de ce qu'il demeure difficile d'appeler un « système », s'en trouvent modifiés. Au lieu d'être l'œuvre d'une autorité, les liens qui agrègent en un tout les différentes catégories de normes, sont pour l'essentiel une construction doctrinale, une œuvre de raison. De la même manière, au lieu d'être préétablies et de s'imposer à l'interprète du droit, les hiérarchies entre les normes sont déterminées, presque cas par cas par le travail de la raison juridique. C'est à l'évidence là que se trouve la raison permettant de comprendre que le *jus commune* ait pu fédérer des droits puisés à des sources très différentes, sans pour autant leur ôter leur spécificité. Mais c'est également là que se rencontre l'obstacle qui rend problématique toute forme de résurrection des méthodes du droit commun.

Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ,
Professeur à l'Université de Rouen.

(44) Cf. GUZMAN, *op. cit.*, p. 56.

(45) En commentant D. I, 1, 2.