

LE COMPARATISME ET LA NAISSANCE DU DROIT FRANÇAIS

L'édit de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1679, parmi diverses mesures visant à restaurer les études juridiques, a institué dans les Facultés de droit un enseignement public du « droit français » contenu dans les ordonnances royales et les coutumes (1). Si l'application de cette réforme a été abondamment étudiée, la notion de droit français, à laquelle elle fait référence, demeure par contre assez vague. Qu'est-ce que le droit français ? Quand et dans quel contexte ce concept est-il apparu ? Ces questions n'ont guère été posées, ni *a fortiori* résolues. Ou bien le droit français n'a été envisagé que dans le cadre de la mise en œuvre de l'édit de Saint-Germain, donc seulement à partir de la fin du XVII^e siècle et exclusivement sous l'angle de son enseignement (2), ou bien il est implicitement considéré comme une sorte de constante de notre histoire juridique, comme une notion quasi intemporelle, dont on trouverait trace dès l'origine : la réforme de 1880 n'a-t-elle pas mis au programme des Facultés de droit l'étude de l'Histoire du droit français de l'époque franque à la Révolution ? Simple commodité de langage peut-être, mais qui présente tout de même l'inconvénient d'occulter tout ce que l'existence du droit français peut avoir de contingent, et le caractère en fin de compte assez tardif de son apparition.

(1) Art. 14, dans ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, XIX, p. 199.

(2) R.O. BENECH, *De l'enseignement du droit français dans la Faculté de Droit civil et canonique de l'ancienne Université de Toulouse*, Toulouse, 1847 ; A. DE CURZON, « L'enseignement du droit français dans les Universités de France aux XVII^e et XVIII^e siècles », *N.R.H.D.*, 1919, p. 209-269, 305-364, et tiré à part ; E. CHENON, « Les professeurs de droit français de l'Université de Bourges et les manuscrits de leurs cours », *N.R.H.D.*, 1921, p. 584-633 ; E. BRIDREY, *L'enseignement des Professeurs de Droit français à la Faculté de Droit de Caen après l'édit de Saint-Germain et la place qu'ils ont faite au Droit normand*, Caen, 1939 ; Fr. OLIVIER-MARTIN, « Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français », *Mélanges dédiés à Monsieur le Professeur Sugiyama*, Paris, 1939, p. 263-281 ; A. LEMASNE-DESJOBERT, *La Faculté de Droit de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1966 ; J. POUMARÈDE, « La chaire et l'enseignement du droit français à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse (1681-1792) », *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, 6^e sér., IV, 1967, p. 41-131 ; Chr. CHÈNE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, 1982 ; J. PORTEMER, « La politique royale de l'enseignement du droit en France au XVIII^e siècle. Ses survivances dans le régime moderne », *Rev. Hist. Fac. Droit et Science Jurid.*, 1988, n° 7, p. 15-43. Ces travaux, à l'exception du dernier cité, ne cherchent pas à remonter aux sources de la notion de droit français.

Pourtant, il est possible de dater avec une relative précision la naissance, sinon directement du concept, du moins de l'expression « droit français ». On la voit poindre occasionnellement au cours des années 1560, dans le *Traité de la réformation de la justice* du chancelier Michel de L'Hospital (3) et dans le *Panégyrique du roi Charles IX* de Louis Charondas Le Caron (4). Puis se répandre à partir des années 1580, où elle figure dans le titre d'ouvrages de plus en plus nombreux : les *Responses et décisions du Droit françois rapportées au Droit romain* et les *Pandectes ou Digestes du Droit françois* du même Le Caron (5), l'*Institution au Droit des François* de Guy Coquille (6) ; un peu plus tard, vers 1600, l'*Alliance des Loix romaines avec le Droit François* de Jean Duret (7) et l'anonyme *Corps du Droit François* (8) ; enfin, en 1610, les *Maximes générales du Droit François* de Pierre de l'Hommeau (9), sans compter d'autres publications dont le titre ne se réfère pas expressément au droit français mais qui en traitent exclusivement, comme les célèbres *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel (10). Et comme il n'existe aucune raison sérieuse de penser que l'apparition de la notion ait pu précéder de beaucoup celle de l'expression, on est fondé à en attribuer la paternité à cette génération de juristes qui a atteint sa maturité dans la seconde moitié du xvr^e siècle. De fait, les premiers éléments existaient déjà chez Du Moulin, et il allait revenir à ses successeurs immédiats, aux Coquille, Pasquier, Loisel, pour ne citer que les principaux, de les développer.

Cette chronologie n'a rien de fortuit. Pour qu'émerge un droit français totalement émancipé du droit romain, il fallait que fussent réunies plusieurs conditions : une forte unification politique de la France, un sentiment national vivace et, sur le plan plus spéci-

(3) *Œuvres inédites du chancelier de L'Hospital*, éd. Dufey, Paris, 1825, II, p. 99 sq. Il existe cependant des doutes sur l'attribution au chancelier de L'Hospital de cet ouvrage, de plus truffé d'additions postérieures.

(4) *Panégyrique ou Oraison de loüange au Roy Charles VIII, nostre souverain seigneur*, Paris, 1566, p. E. r^o-v^o, cité par V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, 1962, p. 106, n. 24.

(5) *Responses et décisions du Droit françois rapportées au Droit romain*, s.l., 1579-1582 ; *Pandectes ou Digestes du Droit français*, Lyon, 1596.

(6) *Institution au droit des François*, Paris, 1607, reproduit dans *Œuvres de Guy Coquille*, Paris, 1646. Comme la plupart des ouvrages de Coquille, ce traité n'a été publié qu'après sa mort, survenue en 1603.

(7) *Alliance des Loix romaines avec le Droit françois, contenu aux Ordonnances des Roys, arrests des Cours souveraines et Coustumes provinciales, le tout rapporté aux articles des Coustumes de Bourbonnois*, Paris, 1600, in-4^o.

(8) *Le Corps du Droit françois, contenant un recueil de tous les édicts, ordonnances, stils et pratique observées tant aux Cours souveraines qu'ès justices inférieures et subalternes du Royaume de France, distingués en livres, titres, loix et paragraphes à l'imitation du Code Justinien, avec amples annotations...*, [Genève] 1600, in-4^o.

(9) *Maximes générales du Droit françois, divisées en trois livres...*, Saumur, 1610, in-8^o.

(10) *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, Paris, 1607, in-4^o. L'expression « droit français » est employée par Loisel dans la préface. V. M. REULOS, *Etude sur l'esprit, les sources et la méthode des Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, Paris, 1935.

quement juridique, le déclin de la doctrine médiévale du *jus commune*, qui opposait un obstacle difficilement surmontable à l'affirmation d'un droit national autonome. Il n'y a pas lieu de s'étendre sur les progrès précoces de l'unité du royaume (11), ni sur la formation du sentiment national français, déjà intense dès le Moyen Age (12) et conforté par les épreuves des guerres de religion, du moins dans le clan des Politiques auquel appartenaient la quasi-totalité des partisans du droit français (13). Le déclin du *jus commune* appelle davantage de développements. On sait que les romanistes médiévaux avaient soutenu la prééminence, au-dessus des multiples droits locaux formés par les statuts municipaux et les coutumes, d'un droit commun supérieur, qu'ils identifiaient pour l'essentiel aux règles rapportées par les compilations de Justinien et aux constructions doctrinales qu'ils avaient édifiées à partir d'elles. Un droit commun dont la supériorité apparaissait doublement fondée : au point de vue politique, sur le caractère impératif que lui aurait attribué l'Empereur, souverain universel ; au fond, sur sa valeur morale et technique bien supérieure à celle des droits locaux, qui lui conférait une sorte de caractère providentiel. Les droits locaux, simple *jus singulare*, devaient s'écarter le moins possible du droit commun, et les bartolistes, tout en admettant d'éventuelles dérogations, avaient élaboré une théorie très précise, selon laquelle les statuts municipaux et les coutumes qui leur étaient assimilées, devaient être soumis à une interprétation systématiquement restrictive chaque fois que leurs dispositions se révélaient contraires aux solutions romaines (14). Un tel système ne faisait aucune place à un quelconque droit national, notion du reste étrangère à l'esprit de ses créateurs, qui vivaient pour la plupart dans le cadre politique du Saint-Empire : le droit commun, qui avait vocation à s'appliquer universellement, était par nature supranational ; les droits locaux, considérés dans le cadre d'une cité ou d'un ressort coutumier, infra-nationaux.

Il est vrai, et sans doute déjà pour cette raison, que la réception de la doctrine du *jus commune* dans le royaume de France a fait l'objet de réserves au XIII^e siècle. Quelques indices donnent à penser qu'une certaine spécificité du droit coutumier avait pu être entrevue dès cette époque, suffisamment pour empêcher qu'on le réduisît à

(11) G. DUPONT-FERRIER, *La formation de l'Etat français et l'unité française*, 3^e éd., Paris, 1946.

(12) C. BEAUNE, *Naissance de la nation France*, Paris, 1985.

(13) M. YARDENI, *La conscience nationale en France pendant les guerres de religion (1559-1598)*, Paris-Louvain, 1971, p. 163 sq., 263 sq.

(14) Sur le *jus commune* dans la doctrine des romanistes : Fr. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1970, spéc. p. 31-76, et *Medio evo del diritto*, Milan, 1954, p. 367-390 ; M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milan, 1969 ; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I., Le fonti e il pensiero giuridico*, Milan, 1982, p. 33-190 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La méthode du droit commun... », dans cette revue.

un simple droit particulier, assujetti au droit commun. Un acte de Blanche de Castille, de 1251, opposait ainsi la *consuetudo gallicana* au droit écrit des pays du Midi (15). Les *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir, reprenant une expression utilisée au Parlement, mentionnaient « un droit qui est commun à tous au royaume de France », c'est-à-dire, semble-t-il, une coutume générale du royaume sans doute encore rudimentaire, mais qui aurait pu constituer un élément unificateur en face du droit romain (16). Les réticences les plus graves provenaient toutefois du lien établi par les romanistes italiens entre le caractère impératif du *jus commune* et la souveraineté universelle revendiquée par l'Empereur. Pour sauvegarder son indépendance à l'égard de l'Empire, le roi de France a été conduit à refuser toute force contraignante au droit romain, dans une série de dispositions qui va de la célèbre décrétale *Super specula* du pape Honorius III, prohibant l'enseignement du droit romain à Paris à la demande de Philippe-Auguste, à une ordonnance de Philippe-le-Bel relative aux privilèges de l'Université d'Orléans, en 1312 (17). Mais sans que l'influence du *jus commune* en France en soit freinée pour autant : privé de son fondement politique, de sa force coercitive, le droit commun a néanmoins imposé son autorité grâce à sa valeur intrinsèque, à la raison supérieure dont il était censé porteur. Au témoignage du juriste italien Balde, les Français ne suivaient pas le droit romain par obligation, mais au nom de la seule raison (18). Et l'observance du droit commun *non ratione imperii sed imperio rationis* paraît bien n'avoir introduit qu'une réserve assez formelle, surtout lorsque se furent dissipées les dernières prétentions impériales. Le *jus commune* s'intégrait au système des autorités, qui dominait la pensée médiévale, et à ce seul titre il devait peser lourdement sur les doctrines des juristes français. On

(15) Cité par E. CHENON, « Le droit romain à la *Curia Regis* de Philippe-Auguste à Philippe-le-Bel, *Mélanges Hermann Fitting*, Montpellier, 1907 (réimp. Aalen, 1969), I, p. 202.

(16) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. A. Salmon, Paris, 1899-1900 (réimp. Paris, 1970), § 6, I, p. 3-4. Sur l'interprétation de ce texte, au demeurant controversée : P. PETOT, « Le droit commun en France selon les coutumiers », *R.H.D.*, 1960, p. 412-429. Même si l'on suit l'interprétation de Pierre Petot, il apparaît impossible de prêter à cette coutume générale du royaume la même portée et la même valeur technique qu'au *jus commune* des romanistes : en ce sens, P. CRAVERI, *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII-XVI)*, Milan, 1969, p. 32 sq.

(17) E. CHENON, « Le droit romain à la *Curia regis...* », *loc. cit.*, p. 195-212.

(18) BALDE, *In Codicis libros commentaria*, ad lib. 7, tit. 45 : *Non est exemplis, sed legibus judicandum. h.d. Nota quod judex non debet sequi sententias, nisi in se habeant rationem; et tunc non sequitur eas, quia hoc vel illo modo judicatum, sed quia jus ita vult, sicut faciunt Francigenae, qui servant rationem legis, non quia lex hoc dicat, nam non allegant, sed quia ratio sic vult. But. Item non allegant constitutiones Imperatorum, quia Imperatorum, sed quia sunt naturales et bonae, ut in C. Obertus, in qui. cau. feud. amit., quam de naturali ratione procedunt et de fonte aequitatis, ut in C. Obertus, de feu. cogni. Porro ratio naturalis non circumscribitur loco, quum ipsa cum humano genere nata est a principio.* Sur ce texte : A. GUZMAN, *Ratio scripta*, Francfort-sur-Main, 1981 (*Jus Commune. Sonderhefte* 14), p. 51-60.

voit mal comment ceux-ci, formés dans les Universités par l'étude du droit romain, menée selon l'esprit de Bartole, confrontés aussi aux insuffisances des coutumes, encore orales et parfois incertaines, auraient pu échapper à la domination intellectuelle du *jus commune*, c'est-à-dire à la fois des textes romains et des procédés de raisonnement bartolistes (19). Et les quelques velléités manifestées au XIII^e siècle pour reconnaître une certaine valeur propre aux solutions coutumières, ne paraissent guère avoir connu de prolongements aux siècles suivants.

Si l'on se transporte maintenant dans la première moitié du XVI^e siècle, l'influence du *jus commune* se révèle toujours aussi forte, et sans doute plus forte que jamais, en un temps où se produit la seconde renaissance du droit romain, où l'italianisme à la mode, le développement de l'imprimerie et l'essor des Universités se conjuguent pour assurer à la doctrine des commentateurs une diffusion sans précédent (20). Les juristes français restent manifestement fidèles aux conceptions médiévales. Il s'en trouve encore quelques-uns, comme Chasseneuz (21) et Rebuffe (22), pour rappeler, plus par habitude ou par scrupule que par nécessité, l'absence de force contraignante du droit romain en France. Mais tous, à commencer par les commentateurs de coutumes, et même ceux qui, à d'autres égards, ne restent pas insensibles à l'humanisme, appliquent avec

(19) Cette considération ne vise que l'élite des juristes, non les simples praticiens, qui n'avaient bien souvent qu'une vague teinture de droit romain et dont l'ignorance a constitué l'obstacle majeur à la pleine réception de celui-ci.

(20) V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, 1962.

(21) B. DE CHASSENEUZ, *Consilia*, Lyon, 1588, Cons. VIII, n° 23-28, f 31 r° : *Item et maxime in tota Gallia ubi praedictae consuetudines feudales non fuerunt receptae, nec approbatae, nec ligant Gallos. Cum Galli non sunt subjecti Imperio, nec Rex Franciae aliquem superiorem in temporalibus recognoscat. C. per Venerabilem. qui filii sint legiti. Imo quod plus est, Galli non utuntur legibus Romanis, multominus aliorum, nisi in quantum nituntur ratione, et non eas pro legibus receperunt, ut dicit Guillelmus Benedictus in sua repeti. C. Raynutius. in verbo et uxorem nomine Adelaisiam, nu. 235. de testa. extra., ubi dicit quod papa Eusebius in Galliam scribens, leges Romanas vocat quoad Gallos externas, ut habetur in C. de accusationib. 3 qu. 5. Et semper, cum quaelibet patria solita sit suo sensu abundare, inter alias Gallia plus suis constitutionibus et ordinationibus, seu consuetudinibus abundavit, quam quaecumque alia fuerit patria, ne maxime videretur caeteris Principibus Romanis, et Imperatoribus subdita.* Cette argumentation abondante, puisée aux sources médiévales, n'empêche d'ailleurs pas Chasseneuz d'adopter en cette occurrence la solution du *jus commune*. Cf. Chr. DUGAS DE LA BOISSONNY, *Barthélémy de Chasseneuz (1480-1541)*, Thèse Droit, Dijon, 1977, p. 83 sq.; V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 55-57; A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 69-71.

(22) P. REBUFFE, *Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias*, Lyon, 1554, *proemium*, gl. 5, n° 20, p. 22 : *Unde cum leges Imperatorum non fuerint receptae in hoc Franciae regno, non ligant regnicolas tanquam legibus subditos, licet ipsi servent rationes legum; non eo quod leges hoc dicant, nec quia Imperator hoc statuerit, sed quia ratio sic vult, a qua nemo subduci potest. Ita egregie dicit Bal. in L. nemo C. de pace juramen. firmam...* Cf. A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 72 sq.

rigueur aux coutumes la théorie bartoliste des statuts (23). L'opinion que Coquille prêtait au Premier Président du Parlement de Paris, Pierre Lizet, qui « tenoit le Droict Civil Romain pour nostre Droict Commun, et accommodait en tant qu'il pouvait nostre Droict Français, et réputait estre de droict estroict et à restraindre ce qui est contraire audit Droict Romain » (24), est parfaitement représentative de cette génération pour laquelle le droit ne pouvait être que le droit romain, et la science du droit que le *mos italicus* d'inspiration bartoliste. Et si ces mêmes juristes manifestaient un intérêt croissant pour les coutumes, à mesure que progressait leur rédaction, les commentaires qu'ils en donnaient reposaient entièrement sur les concepts et les procédés d'interprétation empruntés aux romanistes.

Pour qu'apparaisse et se dégage pleinement la notion de droit français, il a donc fallu que s'opère une rupture complète avec la science juridique du Moyen Age, avec ses méthodes et ses postulats fondés sur la supériorité du *Corpus juris civilis*. Cette rupture est le fruit de l'humanisme, qui a progressivement transformé la vision du droit romain. Sous l'influence des travaux de Budé, le droit romain a été peu à peu considéré dans une perspective plus historique, plus teintée de relativisme : non plus comme l'expression de la raison universelle, bien que certains juristes soient restés fidèles à cette conception, mais seulement comme le droit particulier d'un peuple. Les études érudites dont il a fait l'objet ont conduit à dévaloriser les compilations justiniennes, jugées trop infidèles au vrai droit romain, celui des siècles antérieurs, de l'époque qu'on nommera plus tard classique, donc à saper les fondements du *ius commune*. Face au *mos italicus* traditionnel s'est imposée en France, vers le milieu du siècle, la méthode nouvelle du *mos gallicus*, plus

(23) L'assimilation des coutumes aux statuts italiens, et l'application des procédés d'interprétation bartolistes qu'elle impliquait, demeurent courantes chez les juristes français de la première moitié du xv^e siècle, y compris chez les commentateurs de coutumes. V. par ex. le commentaire de Jean SAINSON sur la coutume de Touraine, dans le recueil intitulé *Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae*, Francfort, 1575, qui oppose au *ius commune* le *ius speciale civitatis vel provinciae* (p. 9-14), dans un long exposé inspiré du bartolisme le plus pur, et soutient que *Consuetudo est stricti juris* (p. 133), et que *Consuetudinum verba recipiunt intellectum a regulis juris communis* (p. 164). Les affirmations sur l'identité du droit romain et du *ius commune* abondent aussi dans le commentaire de la coutume de Berry par Nicolas BOERIUS (not. p. 30, 33, 40-41, 53, 64) et dans celui de la coutume d'Orléans par Jean-Pyrrhus d'ANGLEBERME (not. p. 3 et 90), contenus dans le même volume. Mêmes constatations chez André TIRAQUEAU, *In Consuetudines Pictonum commentarii*, dans *Tiraquellii... Tractatus varii*, Lyon, 1574, II, p. 531, 559-560, 567, et chez CHASSENEUZ, *Consuetudines ducatus Burgundiae*, Lyon, 1582. Bien qu'il distingue en principe les coutumes des statuts (col. 1-6), Chasseneuz ne cesse de leur appliquer les règles d'interprétation formulées pour ces derniers, et d'assimiler le *ius commune* au droit romain (col. 535, 538, 694, 716, 858, 1155, 1350. *Consilia*, éd. cit., cons. XXXII, n° 3, f. 86, r° v°. V. aussi les textes cités par V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 56, n. 20).

(24) *Commentaires sur les Coutumes du pays et comté de Nivernois*, Introduction, dans *Œuvres de Guy Coquille*, Paris, 1646, non paginé. Sur les idées juridiques de Lizet, V. J. VENDRAND-VOYER, « Réformation des coutumes et droit romain : Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales Fac. Droit Sc. polit. Clermont-Ferrand*, t. 18 (1981), p. 315-381.

soucieuse d'une interprétation historique des textes romains, plus détachée des vues utilitaires rendues moins nécessaires par les progrès du droit coutumier (25). Parallèlement, au nom des mêmes tendances historisantes, l'humanisme en est arrivé à exalter les cultures nationales, la langue, la littérature, le droit de chaque peuple. A partir des années 1560, il a donné naissance à un véritable culte des particularismes nationaux, incompatible avec l'existence d'un droit commun supra-national (26). Ces transformations intellectuelles ont affecté tout particulièrement le foyer de culture humaniste que constituait le Parlement de Paris, véritable lieu de naissance du droit français, puisque la plupart de ses promoteurs appartenaient, en qualité de magistrats ou d'avocats, à cette cour. Le droit français est bien un produit de l'humanisme, mais d'un humanisme particulier, celui des praticiens, fort différent de celui des universitaires (27). Son avènement marque la promotion de ces praticiens éclairés, leur revanche sur les théoriciens du droit savant.

Les méthodes comparatives ont été appelées à jouer un grand rôle dans ce mouvement. La négation de la valeur universelle du droit romain, l'idée qu'il existait un droit particulier à chaque peuple, nécessairement différent de celui des autres, étaient naturellement propres à les stimuler, et c'est à cette époque qu'est apparue la science du droit comparé, en même temps que l'histoire comparée (28). En ce qui concerne plus précisément le droit français, ce rôle a été double. D'abord, d'une manière en quelque sorte négative, le comparatisme a été mis en œuvre pour rejeter le *ius commune*, pour souligner l'indépendance et l'originalité du droit français au regard du droit romain (I). Et puis, d'une manière plus positive, il a servi aussi à construire le droit français, en permettant d'harmoniser les éléments disparates dont il se composait, de lui donner une certaine unité, et aussi, comme le parti-pris de privilégier les traditions nationales n'allait pas jusqu'à l'exclusivisme, de l'enrichir d'emprunts au droit romain (II).

(25) Fr. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1970, chap. V, *Umanesimo giuridico*, p. 183-205 ; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. ital. Florence, 1962, p. 185-213 ; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2^e éd., Turin, 1961.

(26) Sur cette évolution, v. en particulier C.-G. DUBOIS, *Celtes et Gaulois au XVI^e siècle. Le développement littéraire d'un mythe nationaliste*, Paris, 1972, p. 20 sq.

(27) Sur ce milieu des praticiens du droit et son rôle dans le développement de la pensée juridique : M. REULOS, « L'importance des praticiens dans l'humanisme juridique », *Pédagogues et Juristes. Congrès du Centre d'Etudes supérieures de la Renaissance de Tours. Été 1960*, Paris, 1963, p. 119-133, et « L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) », *La Formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del Terzo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, I, Florence, 1977, p. 281-288.

(28) Sur l'histoire et le droit comparés, en particulier chez Bodin : J. MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, Paris, 1933.

I. — ROLE DU COMPARATISME DANS LE REJET DU « JUS COMMUNE »

Entre les juristes de la première moitié du xvi^e siècle, toujours fidèles au *jus commune*, et ceux de la génération suivante, qui le repoussent, la transition est assurée par Charles Du Moulin. Né en 1500, Du Moulin semble avoir longtemps partagé les vues traditionnelles : dans la première édition de son *Commentaire de la coutume de Paris*, en 1539, il reconnaissait sans la moindre originalité au droit romain la qualité de droit commun (29). Mais dans la seconde édition de son ouvrage, en 1554, et dans son traité *De dignitatibus, magistratibus et civibus*, composé la même année, les développements consacrés à la question du droit supplétoire applicable dans le silence de la coutume marquent un revirement complet. Lorsqu'une coutume se révèle lacunaire ou obscure, il faut, écrit-il, recourir d'abord aux coutumes voisines et à la *consuetudo Galliae* la plus répandue et la plus générale, qui constituent le vrai droit supplétoire, le vrai droit commun en matière coutumière. Quant au droit romain, on peut éventuellement faire appel à lui, mais en dernier ressort, non comme à une autorité revêtue d'une quelconque force coercitive, mais à titre purement facultatif et seulement dans la mesure où il apparaît conforme à la raison et compatible avec les usages de la France. Et Du Moulin de s'attaquer, pour justifier ce revirement, à l'idée qui était à la base de l'application du *jus commune* en France, à savoir l'assimilation de nos coutumes aux statuts italiens. Il ne trouve pas de termes trop durs pour fustiger cette thèse absurde, propagée par des jeunes gens inexpérimentés, qui répètent sottement les théories des Docteurs italiens apprises dans les écoles, sans comprendre que la France n'est pas l'Italie, que le droit romain n'y peut prétendre à aucune valeur impérative, car jamais notre pays ne fut soumis à l'Empire, et qu'y règne par contre un droit original, venu de nos ancêtres Gaulois et Francs (30).

(29) A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 71-72.

(30) DU MOULIN, *In Consuetudines Parisienses Commentarii...*, I, *Epitome*, n° 107-109, dans *Caroli Molinaei Opera quae extant omnia*, Paris, 1658, I, col. 44-45 : *Deficiente vero, vel dubia consuetudine localis praefecturae, tum in materia consuetudinum nostrarum non est recurrendum ad jus Romanum, sed vicinas et generales, et promiscuas consuetudines Galliae. Jus autem Romanum nullo modo hic est, nec esse potest commune, nisi in locis (ut in hoc regno) quae jure scripto reguntur, ubi major adhuc pars scripti juris exolevit. Porro, nihil ineptius, quam quod juvenes quidam inexerti recens a scholis reversi, scholastica Italorum doctorum argumenta adducunt, videlicet statuta stricte et ad verborum proprietatem intelligenda, utque minus gravent jus commune, ad quod semper in dubio recurrendum... Illa enim procedunt in Italia adhuc, non in omnibus locis, sed in illis demum, in quibus jus scriptum Romanorum est pro regula communi. Merito statuta dictorum locorum, vel consuetudines municipales non sunt, nec esse possunt jus commune, sed singulare vel particulare. Quod quantum fieri potest, restringendum est ad regulam communem, quo minus corrigatur... Cujus oppositum est in hoc Regno, ubi consuetudines locorum male perperamque a quibusdam jura municipalia vocantur : sed nesciunt illi quae dicunt, nec de quibus loquantur. Si quidem omne jus*

De sorte que l'on trouve déjà chez Du Moulin les deux arguments qui vont servir à combattre la théorie du *jus commune*. Le premier, d'apparence traditionnelle, se rattache à l'affirmation de l'indépendance du royaume de France à l'égard de l'Empire : il connaît toutefois un tel regain de faveur dans la seconde moitié du xvi^e siècle, à une époque où, pourtant, il ne paraît plus guère d'actualité, que l'on peut se demander si ce succès nouveau ne correspond pas à un changement profond dans les conceptions mêmes de la souveraineté et du droit. Le second, de manière plus originale, s'attaque à l'autre fondement de l'autorité du *jus commune*, le seul qui ait jamais été accepté en France, la rationalité absolue, universelle, du droit romain, contestée maintenant au nom des particularismes, pour ne pas dire de l'esprit propre de la nation française.

*
**

Le refus au droit romain de toute valeur positive, pour des raisons politiques, fait figure de lieu commun chez les juristes français de la seconde moitié du xvi^e siècle. Dans la lignée de Du Moulin, Le Caron, tout en concédant que « les Loix Romaines ont esté en grand'valeur en la France depuis l'érection des Universitez », soutient qu'il « ne leur faut tant attribuer d'auctorité qu'on doive asservir les François. Car le Roy et le Royaume de France n'est sujet aux Loix Romaines et ne les a reçeuës que pour en tirer une instruction de bien et justement administrer le Droict... » (31), ce qui exclut que l'on puisse le considérer comme le droit commun. Guy Coquille débute ses *Commentaires des coutumes de Nivernais* et ses *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes* en démontrant que « nos coustumes ne sont pas statuts,

municipale in contrarium praesupponit aliud jus commune... Atqui in hoc regno non recognoscimus hos jus commune. Itaque apud nos consuetudines nostrae non sunt jura municipalia, sed sunt jura communia cujusque loci... Tractatus de dignitatibus, n° 143 (éd. cit., IV, col. 66-67) : Et hic obiter advertendum quod multi indocti et inexperti hanc regulam quae in patria juris scripti sub jure Romano optime procedit : trahunt ad consuetudines Galliae sunt tam inepte, quam absque jure, imo contra omne jus, nec jura quidem ipse quibus nituntur intelligentes. Gallia enim nunquam fuit subdita juri Romano, sed jura particularia et consuetudines suas nativas semper habuit. Consuetudines ergo in Gallia jus nativum et primitivum, idque adeo vere et proprie jus commune loci, non autem jus Romanum, quod nunquam ibi vis legem habuit, etiam post academias in Gallia erectas jura Romana coeperunt frequentius et familiarius usurpari in Gallia, non tamen tanquam astringentia, nisi in locis quae scripto illo jure reguntur, sed tanquam in auxilium et administriculum, quatenus rationabilia sunt moribus et usibus Galliae consentanea. Non sunt igitur, nec unquam fuerunt jus commune in Gallia, quicquid inepti quidam scioli blaterent, qui putant se esse Romae, vel Florentiae, vel Bononiae crassae, vel Senis. Quibus in locis optime congruunt argumenta illa Doctorum Italicorum : sed oppositum est in Gallia, ubi a consuetudinibus locorum quae sunt naturae nostrae et primitivae jure communi juxta. Cf. A. GUZMAN, op. cit., p. 73-80, et ma thèse, Charles Du Moulin, Etude sur l'esprit, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance, Genève, 1980, p. 95 sq.

(31) LE CARON, *Pandectes ou Digeste du Droit François*, Lyon, 1596, Liv. I, ch. 2, p. 11.

ains sont le vray droict civil » de leurs provinces (32). Le juriste angevin François Grimaudet aborde ce thème dans la perspective historique chère aux humanistes : dans son discours *De la Loy*, il dénie au droit romain toute valeur législative, car, s'il est vrai que certaines lois romaines ont été promulguées par des empereurs qui avaient autorité sur la Gaule, depuis les Gaulois se sont retirés de l'obéissance de leurs successeurs et ont élu pour rois d'autres princes, s'affranchissant du même coup de toute sujétion au droit romain (33). C'est aussi en historien qu'Étienne Pasquier traite le sujet dans ses *Recherches de la France*, mais en se plaçant à une époque plus tardive, celle de la renaissance du droit romain, pour commenter de manière critique la décrétale *Super specula*. La prohibition pontificale de l'enseignement du droit romain à Paris lui paraît à la fois vaine et trop restrictive : vaine, car « C'estoit defendre une chose de soy chez nous defenduë, n'ayant adoncques le Droit civil des Romains rien de commun avecques le Droit commun de nostre France » ; trop restrictive, car, à supposer cette mesure utile, il aurait fallu alors l'étendre à l'ensemble du royaume, à tous les territoires soumis à l'autorité du roi, à laquelle le droit romain portait atteinte (34). Le souci d'utiliser tout ce qui pouvait apparaître comme un précédent historique, est du reste constant chez les partisans du droit français. La bulle *Super specula*, amplement citée par Pasquier, est également mentionnée par Coquille (35), malgré la gêne évidente qu'éprouvent ces gallicans devant une telle intervention pontificale dans les affaires du royaume. Aussi préfèrent-ils par dessus tout se référer aux ordonnances royales qui, au XIII^e siècle et au début du XIV^e, avaient cherché à limiter la pénétration du droit romain. Celles de Philippe III et de Charles IV, qui interdisaient aux avocats d'alléguer les lois romaines contre les dispositions claires des coutumes, sont rapportées par Bodin (36),

(32) COQUILLE, *Commentaires sur les Coutumes... de Nivernais*, introduction, et *Questions, responses et méditations sur les articles des coutumes*, qu. I, dans *Œuvres de Guy Coquille*, Paris, 1646.

(33) Fr. GRIMAUDET, *Les Opuscules politiques*. I, *De la loy*, dans *Œuvres de François Grimaudet*, Paris, 1669, p. 483-484.

(34) PASQUIER, *Recherches de la France*, liv. IX, ch. 36, dans *Œuvres d'Étienne Pasquier*, Amsterdam, 1723, I, col. 981-984.

(35) COQUILLE, *Commentaires sur les Coutumes... de Nivernais*, introd. : « De fait, quand les privileges des Universitez de France, esquelles y a estude de Droict Civil, sont verifiez en Parlement, on y met la modification, que c'est sans reconnoistre que le Droict Romain ait force de Loy en France. Et c'est la vraye raison pour laquelle à Paris n'y a estude public dudict Droict Civil Romain ; Paris estant la premiere ville de France et sejour ordinaire des Roys : Jaçoit qu'au chapitre *Super specula*, au tiltre des Privileges, es Decretales antiques soit mise encore une autre raison, à sçavoir la faveur de l'estude de Theologie. Mais en la Decretale antique est adioustée ladictte raison de n'estre la France sujette au Droict Civil Romain. » La prohibition d'enseigner le droit romain à Paris a été renouvelée par l'ordonnance de Paris (dite de Blois) de mai 1579, art. 69.

(36) *Les six livres de la République*, I, ch. 8, éd. Paris 1583 (réimp. Aalen, 1977), p. 155.

Grimaudet (37), Choppin (38) et de L'Hommeau (39). Mais la vedette revient incontestablement à l'ordonnance de Philippe le Bel sur les privilèges de l'Université d'Orléans, qui avait pour principal mérite de fixer clairement la position de la royauté à l'égard du droit romain, et que l'on trouve citée chez presque tous les auteurs (40). N'y lisait-on pas que, dans les affaires civiles, le royaume était régi par ses propres coutumes et non par le droit écrit ? Et que, si l'enseignement de ce dernier était néanmoins toléré en plusieurs lieux, c'était uniquement pour favoriser la diffusion de la saine doctrine d'équité et de raison qu'il propageait ? On y trouvait également la solution de l'irritante question des pays de droit écrit, qui, selon les termes mêmes de l'ordonnance, étaient censés suivre non directement le droit romain, mais, avec la permission du roi, une coutume semblable au droit romain (41). Pasquier précise d'ailleurs que ce droit romain n'est pas celui de Justinien, le *jus commune* des Italiens, mais celui qu'avait fait compiler Théodose le Jeune et qu'avait transmis les Wisigoths (42).

En humanistes férus d'histoire, les partisans du droit français se posaient ainsi en continuateurs d'une longue tradition nationale de refus de l'autorité du droit romain. Et ils l'étaient assurément, ces juristes formés dans le conservatoire du vieil esprit légiste que demeurait le Parlement de Paris. Mais n'étaient-ils que cela ? il est permis d'en douter, car, malgré d'indéniables convergences, leurs thèses paraissent bien avoir dépassé les précédents sur lesquels ils prétendaient les fonder. Les intentions qui les inspirent, comme leur portée, se révèlent différentes. On sait qu'à travers le droit romain, les légistes du Moyen Age visaient les prétentions du Saint-Empire à la souveraineté universelle, de sorte que le *jus commune*, d'un point de vue d'ailleurs purement défensif, n'était rejeté qu'en qualité d'instrument de cette hégémonie : ce qui explique que, dans les périodes de bonnes relations avec l'Empire, la rigueur à son égard se soit souvent relâchée (43), et qu'à partir du XIV^e siècle, il ait certainement profité de l'affaiblissement continu des menaces impériales pour accroître son influence en France. Et l'on pourrait s'étonner de voir ressurgir en plein XVI^e siècle cette argumentation depuis longtemps en sommeil, à une époque où l'idée impériale achevait de se décomposer, après que les échecs et l'abdication de Charles Quint eurent définitivement consacré la faillite des dernières

(37) *De la loy, loc. cit.*, p. 483.

(38) *Traité du domaine de la Couronne*, II, tit. 15, dans *Œuvres de René Choppin*, Paris, 1662, II, p. 332.

(39) *Maximes générales du Droit François, éd. cit.*, p. 70.

(40) LE CARON, *Pandectes...*, p. 11 ; GRIMAUDET, *De la Loy, loc. cit.*, p. 484 ; BODIN, *République*, I, ch. 8, *éd. cit.*, p. 154 ; PASQUIER, *Recherches*, IX, ch. 37, *éd. cit.*, I, col. 990 ; DE L'HOMMEAU, *Maximes...*, p. 70-71.

(41) Texte publ. dans *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, I, p. 501, reproduit et commenté par A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 53-56.

(42) PASQUIER, *Recherches...*, IX, ch. 34 et 40, *éd. cit.*, I, col. 983 et 1001 sq.

(43) E. CHENON, « Le droit romain... », *loc. cit.*, p. 200 sq.

prétentions à la monarchie universelle. A une époque aussi où la question impériale se posait en termes nouveaux : l'Empire, dans la conception humaniste, avait perdu toute vocation à la sainteté et à l'universalité ; ce n'était plus guère qu'un simple Etat allemand, en admettant même que l'on pût qualifier d'Etat cet agrégat de territoires dépourvu de véritable unité politique (44). De fait, le contexte s'était profondément transformé, et vraisemblablement avec lui les raisons du rejet de l'autorité politique du droit romain.

Pour les promoteurs du droit français, ce rejet n'est plus affaire de circonstances, mais question de principe. Leur but n'est plus d'atteindre l'Empire à travers le droit romain, mais, à l'opposé, le droit romain à travers l'Empire. Ce dernier, dans l'optique historique qui est la leur, n'est d'ailleurs pas le Saint-Empire, dont on ne se préoccupe plus guère, mais le vieil Empire romain, celui de Justinien. L'argument décisif tient au fait qu'au temps de la promulgation du *Corpus juris civilis*, la Gaule s'était soustraite à l'autorité impériale, et surtout que les Francs, eux, n'avaient jamais été soumis à Rome (45). Ce n'est donc plus pour l'appui qu'il procurait à des thèses impériales maintenant périmées, que le droit romain se trouve rejeté, mais pour lui-même, parce qu'il n'a plus sa place dans la conception nouvelle des sources du droit, elle-même liée à une conception différente de la souveraineté, qui s'impose à cette époque.

Derrière la négation de la force contraignante du droit romain se dissimule à peine l'idée que le droit positif, ou, pour employer la terminologie fort suggestive du temps, la loi, est le produit de la raison ou de la volonté du souverain, d'où l'accent mis sur la promulgation, qui fonde son caractère obligatoire. Et comme se dégage dans le même temps la notion d'Etat, un Etat fondamentalement différent par nature de tous les autres groupements politiques que le Moyen Age confondait sous le même concept d'*universitates*, et qui apparaît maintenant comme le titulaire exclusif de la souveraineté, on en arrive à considérer que le droit positif ne peut être que d'origine étatique ; que, dans chaque pays, il ne peut émaner que du souverain légitime et doit donc présenter un caractère strictement national. En France, il provient exclusivement du roi : tout droit

(44) G. ZELLER, « Les rois de France candidats à l'Empire. Essai sur l'idéologie impériale en France », *Aspects de la politique française sous l'Ancien Régime*, Paris, 1964, p. 12-89, spécialement p. 62-63. Cf. M. FRANÇOIS, « L'idée d'Empire en France au temps de Charles Quint », *Charles Quint et son temps. Actes du Colloque de Paris, 30 sept. - 3 oct. 1958*, 2^e éd., Paris, 1972, p. 23-35.

(45) DU MOULIN, *De dignitatibus*, n° 143, cité *supra* n. 30 ; *Tractatus de usuris*, n° 234 (éd. cit., II, col. 186) : *Non obstant novellae..., quia nunquam fuerunt in usum receptae apud Francos, nec etiam apud Gallos, quibus Justinianus et successores sui nunquam imperaverunt*. GRIMAUDET, *De la Loy*, cité *supra* p. 10. PASQUIER, *Recherches de la France*, Liv. IX, ch. 33 (éd. cit., I, col. 975-976), qui souligne que le droit de Justinien n'avait jamais été appliqué en Occident avant la renaissance du droit romain aux XII^e-XIII^e siècles. COUILLE, *Questions, Responses et Méditations...*, qu. 2 : « Mais du temps des dessusdits Empereurs Martian, Leo, Zeno, Anastase, Justin et Justinian, les Gaules ne reconnoissoient aucune supériorité des Romains, pourquoy les loix desdits Empereurs doivent avoir peu d'efficace auprès de nous... ».

issu d'une autre source reste étranger et ne doit à aucun titre obliger les Français. L'humanisme juridique s'oriente ainsi vers le positivisme, voire le légicentrisme, et tend à assimiler le droit positif à la loi, et la loi au commandement du souverain placé à la tête de la nation (46).

Le droit romain se trouve de ce fait frappé d'une vice rédhibitoire, qui l'empêche irrémédiablement de constituer le droit commun de la France : celui d'avoir été promulgué par un souverain, Justinien, qui ne régnait pas sur la Gaule, donc de n'avoir jamais reçu force obligatoire dans notre pays. En conséquence, il ne relève pas du droit positif français et ne peut en aucune manière lui porter atteinte. Dans la *République*, Jean Bodin a développé ce thème dans une perspective générale, en critiquant la fameuse affirmation de Balde sur la place du droit romain en France, et en soulignant que l'absence de caractère positif du droit romain ne constituait pas un fait spécifiquement français, mais universel, car incompatible avec la souveraineté des princes, dont la nature est partout la même : il est faux, soutient-il, de prétendre que les Français se distinguent des autres peuples en n'observant le droit romain que pour la raison, car en réalité c'est dans tous les pays, y compris dans ceux qui l'utilisent le plus, l'Italie, l'Espagne, la Savoie, en France même, les pays de droit écrit, que le droit romain se trouve dépourvu de toute valeur positive. Penser le contraire, c'est confondre le droit, le *jus* fondé sur la seule équité, et la loi, le droit positif, à caractère impératif car promulgué et sanctionné par l'Etat souverain : « Mais il y a bien différence entre le droit et la loy : l'un n'emporte rien que l'équité, la loy emporte commandement du souverain, usant de sa puissance. Tout ainsy donc que le Prince souverain n'est point tenu aux Loix des Grecs, ny d'un estrange quel qu'il soit, aussi n'est-il aux Loix des Romains, et moins qu'aux siennes, sinon en tant qu'elles sont conformes à la Loy naturelle... » (47). La même conception, mais limitée au cas de la France, se retrouve chez plusieurs juristes contemporains, qui s'attachent à démontrer que l'unique droit positif du royaume, ce sont les normes voulues, acceptées et sanctionnées par le roi : il est contenu dans les ordonnances, dans les coutumes rédigées, promulguées par lettres patentes et revêtues de ce fait d'une autorité équivalente à celle des lois, et, à la rigueur, dans les coutumes encore orales ou non rédigées officiellement, au nombre desquelles il faut compter les coutumes conformes au droit romain des pays de droit écrit, en vertu d'une approbation tacite du prince. Ainsi, pour Le Caron, le roi, seul souverain, détient le pouvoir exclusif de faire les lois ; quant aux coutumes, « Leur force despend de la souffrance et permission du Prince souverain. Aussi, pour les faire

(46) Sur l'évolution de l'humanisme juridique vers le positivisme : M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968, IV, p. 397 sq.

(47) BODIN, *République*, I, ch. 8, éd. cit., p. 155.

accorder par les estats du pays, reformer et rediger par escrit, faut avoir recours à l'auctorité du Roy et obtenir lettres patentes... ; et estant accordées et redigées par escrit, il les convient porter aux greffes des Cours, tellement que l'auctorisation et homologation d'icelles procede du Roy, lequel aussy par ses lettres patentes declare et ordonne expressement qu'elles seront d'oresnavant gardées et observées comme Loy et edict perpertuel et irrevocable » (48). Au nom du même principe, Grimaudet oppose les coutumes rédigées au droit romain : « Desquelles coutumes ainsi reformées et arrêtées par l'autorité des Roys, nous avons depuis usé en ce Royaume pour droit escrit. De laquelle force en ce Royaume ne sont autorisées les Loix Romaines, veu que le principal point requis en la Loy (qui est l'autorité de commandement et d'execution) leur défaut » (49). Aussi, pour certains de nos juristes, est-ce un « crime de lèse-majesté que d'opposer le droit romain aux ordonnances de son Prince souverain » (50). Au début du XVII^e siècle, un opuscule anonyme, aujourd'hui perdu mais dont les thèses sont connues par la réfutation qu'en a présentée le romaniste Claude Du Pré, la *Catacrise du droit romain*, tirait les conclusions extrêmes, mais finalement logiques, de ce légicentrisme, en préconisant l'abandon complet de l'usage du droit romain à Lyon et même dans tous les pays de droit écrit, au motif « Que les Roys de France ont toujours eu pouvoir non seulement de commander selon les loix, mais aux loix mesmes, ne recognoissant autre supériorité que de Dieu nostre Créateur : Que les Lyonnois sont vrais et naturels subjects de leur Roy. Pourtant conclude en general que le droit escrit (qui est tiré en partie des Romains) ne doit estre observé soit pour loy ou coutume tant audit païs de Lyonnois qu'autre païs, qu'on appelle abusivement de droict escrit » (51).

Cette conception plus rigoureuse et plus exigeante de la souveraineté étatique, source exclusive du droit positif, a inspiré une attitude semblable à l'égard du droit canonique. Les principaux promoteurs du droit français, Du Moulin, Grimaudet, Coquille, Pasquier, comptent aussi parmi les grands théoriciens du gallicanisme parlementaire, auquel ils ont contribué à donner un tour plus systématique, qui trahit une certaine influence de la Réforme. Les parlementaires gallicans du XVI^e siècle ne se bornent plus à prôner une relative autonomie de l'Eglise de France vis-à-vis de la papauté, ils cherchent à la soustraire à tout lien de sujétion à l'égard des organes dirigeants de l'Eglise universelle, pape ou concile, assimilés à des autorités politiques étrangères, pour la soumettre exclusivement au souverain national, au roi, pour tout ce qui

(48) LE CARON, *Pandectes ou Digeste du droit françois*, p. 12-13.

(49) GRIMAUDET, *Opuscules politiques*, I, *De la Loy*, éd. cit., p. 483-484.

(50) DE L'HOMMEAU, *Maximes...*, p. 70-71.

(51) CL. DU PRÉ, *Apologie contre un livre intitulé Catacrise du droit romain...*, Lyon, 1601, préface, cité par V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 157.

concerne la discipline extérieure largement entendue. La conséquence, pleinement dégagée lors des débats sur la réception des décrets disciplinaires du concile de Trente, est que le droit canonique apparaît lui aussi comme une législation étrangère, tout aussi dépourvue que le droit romain de valeur positive dans le royaume, et qu'il revient au roi seul de réglementer la discipline de l'Eglise de France. De sorte qu'au droit canonique, droit de l'Eglise universelle, est appelée à se substituer une législation ecclésiastique nationale promulguée par l'Etat, un véritable droit ecclésiastique français (52).

*
**

A défaut de valoir comme droit positif, le droit romain ne devait-il pas s'imposer au titre de la raison, ou, pour employer la terminologie du temps, sinon comme *lex*, du moins comme l'expression du *jus*, de l'équité naturelle ? L'immense vénération que lui vouait le Moyen Age, avait conduit jusqu'à lui reconnaître une autorité providentielle, jusqu'à y voir l'équivalent dans le domaine temporel des Saintes Ecritures dans le domaine spirituel : comme Elles, il était censé exprimer des vérités révélées, qui venaient suppléer aux faiblesses de la raison humaine (53). Si bien qu'en France même, le refus de lui attribuer une quelconque force contraignante n'avait au fond guère tiré à conséquence et ne paraît pas avoir fait obstacle à sa reconnaissance comme *jus commune* sur le seul fondement de la raison. C'est bien ce que constatait Balde, lorsqu'il écrivait que la raison du droit romain, commune à l'ensemble du genre humain, ne valait pas seulement pour un lieu déterminé, mais transcendait les frontières politiques : *ratio naturalis non circumscribitur loco, quum ipsa cum humano genere nata est a principio* (54).

Or, cette croyance en la rationalité du droit romain s'est trouvée également ébranlée chez les partisans du droit français. Elle était de nature à heurter à la fois leurs convictions humanistes et leurs sentiments nationalistes. D'abord parce qu'elle relevait de ce système des autorités qui répugnait profondément à l'esprit du xvi^e siècle. L'humanisme traduisait l'aspiration à une complète liberté intellectuelle, revendiquait le libre examen, conduit suivant les seules lumières de la raison, la liberté de critique, qui impliquait la remise en cause de toutes les autorités d'origine purement humaine, pour ne s'arrêter que devant les vérités révélées. Et, en un temps où l'influence de la Réforme s'ajoutait à celle de l'humanisme pour

(52) V. MARTIN, *Le gallicanisme et la réforme catholique. Essai historique sur l'introduction en France des décrets du concile de Trente (1563-1615)*, Paris, 1919 (réimp. Genève, 1974) ; H. MOREL, *L'idée gallicane au temps des guerres de religion*, Thèse Droit Toulouse, 1944, dactyl. ; J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin*, p. 272 sq.

(53) M.-F. ZAGAMÉ-RENOUX, *loc. cit.*

(54) Cité *supra* n. 18.

séparer bien plus radicalement sources divines et sources humaines de la connaissance, le droit romain devait être rejeté inéluctablement parmi les secondes. Œuvre purement humaine, le *Corpus juris civilis* se trouvait directement exposé à la critique : une critique qui, en France, allait se révéler dévastatrice, avec la méthode du *mos gallicus*. Non contente de s'attaquer, dans un premier temps, aux interprétations et aux constructions des romanistes médiévaux, qui faisaient elles aussi partie du *jus commune*, elle s'en est prise également aux compilations de Justinien elles-mêmes, que certains humanistes français n'ont pas hésité à présenter comme un travail informe et maladroit, effectué par des Byzantins ignorants et vénaux. Les polémiques contre Justinien et Tribonien, l'accusation maintes fois portée contre eux d'avoir interpolé, mutilé, déformé les textes et la pensée des jurisconsultes romains, se rattachent à un désir nouveau de ne pas s'arrêter au droit du Bas Empire, de remonter au-delà pour découvrir le droit antérieur, celui de la République et du Haut Empire, dont les sources ne livraient que quelques rares éléments et que, dans une perspective fortement idéalisée, on supposait profondément différent (55). Elles ont contribué non seulement à dévaloriser le *Corpus juris civilis*, mais aussi à proposer du droit romain une image différente, non plus celle d'un monument intangible, d'un système juridique cohérent, définitivement figé dans son unité et sa perfection, mais celle d'un droit muable, sujet à évolution au cours de sa longue histoire et dont les compilations de Justinien nous révèlent seulement l'état à une époque tardive, qui n'apparaît d'ailleurs pas, et de loin, comme la plus brillante (56).

Une telle vision, résolument neuve, menait tout droit au relativisme. Profondément marqué par l'histoire, l'esprit humaniste a acquis un sens aigu de la relativité du droit : relativité historique, car le droit change avec le temps, mais plus encore géographique.

(55) V. PIANO MORTARI, *Diritto romano...*, p. 67 sq., 99 sq. ; R. ORESTANO, *Introduzione...*, p. 176 sq.

56) V. par ex. COQUILLE, *Questions, réponses et méditations...*, qu. 2, qui entrevoit clairement la notion de droit romain classique lorsqu'il oppose les lois promulguées à Rome même à celles édictées après le transfert de la capitale de l'Empire à Constantinople : « Et quand nous y voulons avoir recours [aux lois romaines], je ferois volontiers distinction des temps esquels les loix des Romains ont été faites, afin d'avoir plus de respect aux loix faites avant que le siege de l'Empire fust transferé en Constantinople, lieu participant de la Grece et de l'Asie, pour deux raisons. L'une, parce que tant que le siege de l'Empire a esté à Rome, les Empereurs et gens de leur Conseil estoient esleveez, nourris et appris en l'air, humeur et doctrine de Rome : l'air servant de beaucoup à incliner et diriger les humeurs des hommes... Et depuis qu'il a esté transferé en Grece, la valeur, le sens et la prud'hommeie des principaux de cet Empire ont esté alterez, et tousjours depuis la grandeur dudit Empire est allée en declinant. Et nous voyons aussi par le style des loix faites depuis et des le temps de Constantin, qu'elles sont avec des paroles fastueuses, propos longs et plustost d'Orateur que d'Empereur... Le style des loix faites avant ledit Constantin est avec peu de paroles, toutes bien signifiantes, reportées des escrits des Jurisconsultes, toutes pleines d'efficace, les loix grandement equitables... ».

Il en est arrivé à considérer que tout système juridique traduisait pour une grande part les conditions propres à une époque et surtout à un milieu, qu'il entretenait donc des relations très étroites avec l'esprit de chaque peuple, lui-même modelé largement par ce déterminisme historique et géographique. Que le droit exprimait ainsi ce que Bodin, qui a amplement développé ce thème, appelait le « naturel des peuples », façonné par des facteurs d'ordre physique, en particulier par le climat, mais aussi d'ordre intellectuel et historique (57). Avec cette conséquence inévitable que chaque peuple possède son droit propre, accordé à son naturel, conforme à son esprit, et qu'il apparaît donc impossible de lui appliquer sans précaution, sans adaptation, un droit établi par ou pour un autre peuple. Le thème de la relativité du droit est courant chez les juristes humanistes. Dès 1564, un compatriote de Bodin, l'Angevin Pierre Ayrault, avait exposé, dans un *Discours de la nature, variété et mutation des loix*, que, si partout les hommes respirent et se nourrissent, l'air qu'ils inhalent, les viandes qu'ils mangent, diffèrent selon les pays ; et que, de même, si tous les Etats sont nécessairement régis et policés par des lois, constitutions ou coutumes, celles-ci sont « non semblables ny unes », étant bien entendu que c'est en France que l'air est le plus pur, la nourriture et les lois les meilleures (58). Dans ces conditions, aucun droit, quel qu'il soit, et le droit romain pas plus que les autres, ne peut prétendre exprimer à lui seul les vérités universelles, ni servir de droit commun. Bodin, fort attaché à l'idée d'unité du genre humain, admet certes que tous les peuples, en établissant leurs lois, sont mus par un même idéal de justice et de rationalité ; il souligne néanmoins qu'aucun n'est jamais parvenu à l'atteindre et qu'on ne peut découvrir les éléments d'un droit universel que par l'étude comparative des différents droits positifs nationaux, non en ne considérant qu'un seul de ces droits, le droit romain, comme on l'a fait jusqu'ici (59). Mais

(57) J. MOREAU-REIBEL, *op. cit.*, p. 69 sq.

(58) *Discours de la nature, variété et mutation des loix*, dans Pierre AYRAULT, *Plaidoyers et Arrests, opuscules et divers traitez*, Paris, 1615, p. 75-82. Cf. V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 99-100. Il n'est pas dénué d'intérêt de noter que ce discours a été imprimé pour la première fois en préface au *Traité du Retrait lignager* de Grimaudet, pour justifier l'existence de cette institution propre au droit français.

(59) J. BODIN, *Exposé du droit universel* (vers 1560), trad. L. JERPHAGNON, Paris, 1985, p. 9. Bodin expose son projet de formuler le droit universel à partir d'une comparaison entre les droits des différents peuples : « Ainsi les maîtres des autres disciplines ne pourrout plus tourner en dérision, à la grande confusion des jurisconsultes, ce droit que nous invoquons mais qu'on ne trouve dans aucun exposé scientifique. C'est que les gens qui auraient dû diffuser cet enseignement rationnel et méthodique se contentaient de professer le droit romain. Pourtant rien ne pouvait être plus contraire à la dignité et au prestige des disciplines scientifiques : alors que les arts et les sciences ont des objets universels, le droit romain n'est le propre que d'une Cité. Qu'on ne s'étonne donc pas si, dans cet exposé du droit universel, nous nous séparons de ceux qui n'ont fait que disperser çà et là les membres arrachés et lacérés du droit romain ». Cf. LE CARON, *Pandectes...*, épître dédicatoire : « ...Si la loy, qui n'est autre chose que la droite raison commandant ce qu'il faut faire selon l'ordon-

la plupart des contemporains de Bodin ne partageaient pas ses préoccupations universalistes et limitaient leurs réflexions au seul droit français, qui sortait considérablement renforcé de ces conceptions nouvelles.

Ce qu'ils ont retenu du relativisme de la pensée humaniste, c'est avant tout son incompatibilité avec la notion de *jus commune* universel. Ils en ont tiré argument pour refuser cette qualité au droit romain, pour ne plus voir en lui que le droit particulier d'un peuple, le « droit des Romains », pour le ramener dans le domaine du contingent, de l'imparfait (60). Ils s'en sont servi aussi pour revaloriser les droits locaux ou nationaux, non plus ravalés au rang d'un simple *jus singulare* apportant au droit romain des dérogations plus ou moins fondées, mais exaltés comme l'expression même du naturel des Français. A l'opposé de leurs prédécesseurs, qui cherchaient à restreindre les particularismes coutumiers pour les conformer le plus possible aux solutions romaines, les juristes humanistes ont insisté sur leur originalité, qu'ils s'efforçaient encore de réhausser en leur prêtant de lointaines origines historiques, aussi anciennes que celles de la nation elle-même. Du Moulin, après avoir énuméré les principales institutions coutumières inconnues du droit romain : le douaire, la communauté conjugale, les règles de succession aux propres, les fiefs, les censives, les retraits, ajoutait fièrement qu'elles formaient le *jus nativum et primitivum* de la Gaule, le *jus peculiare et commune Francorum et Gallorum* (61). Le Caron liait l'origine du droit français à celle du peuple franc et prétendait le rattacher dans sa totalité à la Loi Salique (62). Coquille, tout en attribuant plus d'importance à l'apport féodal dans la formation des coutumes, croyait également trouver chez les Francs et les Burgondes l'origine

nance de Dieu, et defendant le contraire, pouvait estre veuë des yeux du corps, ou esgalement cognue de tous les esprits humains sans y avoir entre eux aucune repugnance et contrariété, certainement les hommes vivoient tres heureusement et ne seroit la société humaine tant agitée et tourmentée de partialitez, dissensions, procez, guerres et querelles : ains chacun se contentant de sa condition, se conformeroit à l'ordonnance de la loy, s'efforçant le magistrat de bien commander, et les sujets de bien obeyr. Mais les erreurs qui pendent (comme dit Pindare) à l'esprit humain, font que les opinions surpassent et eblouissent souvent la verité. Dont advient aussi que celles qu'on appelle Loix, sont quelquefois eslongnées de ceste vraye et universelle Loy, et qu'il y a tant de contrarietez entre icelles : d'autant qu'elles procedent des opinions, constitutions, mœurs et coutumes des hommes, qui sont grandement differentes.»

(60) Thème exploité dans une intention polémique par François HOTMAN, *Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé Jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des Loix*, Paris, 1603 (réimp. Saint-Etienne, 1980), p. 74 : « Et s'il est besoin de parler du droit civil des Romains, je diray davantage qu'il ne fut jamais fait ni composé pour servir d'équité et raison naturelle, convenable indifféremment à toutes nations, mais seulement par une particulière prérogative inventée exprès pour maintenir les bourgeois Romains, et en plus hault degré et dignité que les autres habitans du pais d'Italie.»

(61) *In Cons. Paris.*, I, *Epitome*, n° 107-109, et *Tractatus de dignitatibus*, n° 143, cités *supra* n. 30.

(62) *Pandectes ou Digeste du droit français*, Liv. I, ch. 2, *éd. cit.*, p. 8-10.

de nombreuses règles (63). Pasquier préférerait y voir l'œuvre des Gaulois, qu'il a contribué à tirer de l'oubli et dans lesquels il a été l'un des premiers à reconnaître les véritables ancêtres des Français : pour lui, les coutumes des provinces et des bailliages proviennent directement, dans leur diversité, des coutumes des cités gauloises (64). L'intérêt suscité par les écrits des juristes français du Moyen Age, et en particulier par les coutumiers, s'en est trouvé accru, même s'il n'était pas entièrement neuf : Du Moulin a réédité le *Stylus Curie Parlamenti* de Guillaume Du Breuil et les *Quaestiones Johannis Galli* (65) ; Le Caron a annoté et publié le *Grand Coutumier de France* (66) et la *Somme Rural* de Jean Boutillier (67) ; le même Le Caron et Antoine Loisel ont fait état d'un projet, qui n'a pu aboutir, d'éditer pour la première fois les *Coutumes de Beauvaisis* de Beaumanoir (68). Ainsi le droit français, malgré les divergences sur ses origines précises, s'identifie-t-il pleinement à la tradition nationale, sur laquelle l'essor des recherches historiques jette des lueurs nouvelles (69). Au même titre que la langue française, qui lui est d'ailleurs étroitement associée : c'est dans les ouvrages de droit français qu'elle s'est imposée définitivement comme langue du droit au détriment du latin (70).

L'expression la plus achevée du patriotisme culturel et juridique des parlementaires parisiens, inspirés par l'humanisme, se trouve dans les écrits d'Etienne Pasquier, et en particulier dans sa lettre à Barnabé Brisson, qui constitue une véritable déclaration d'indé-

(63) *Questions, réponses et méditations...*, qu. 314, éd. cit., p. 268-269.

(64) *Recherches de la France*, Liv. IX, ch. 40, éd. cit., I, col. 1001-1004. Même opinion chez René CHOPPIN, *Commentaires sur la coutume d'Anjou* (1584), 2^e partie, qu. I, dans *Œuvres de René Choppin*, Paris, 1662, I, p. 28-29. Sur l'intérêt tout neuf des humanistes français pour les Gaulois, v. Cl.-G. DUBOIS, *Celtes et Gaulois au XVI^e siècle. Le développement littéraire d'un mythe nationaliste*, Paris, 1972.

(65) DU MOULIN, *Stylus antiquus supremae Curiae amplissimi ordinis Parlamenti parisiensis...*, Paris, 1551. Cf. ma thèse précitée, p. 197 sq. Ce recueil contient le *Stylus Curie Parlamenti* de Du Breuil, les *Quaestiones* de Jean Le Coq et les arrêts du Parlement de Toulouse avec la glose d'Aufréri.

(66) *Le Grand Coutumier de France, contenant tout le droit François et pratique judiciaire...*, par Louys Charondas Le Caron, Paris, 1598, in-4^o.

(67) *Somme rural de Jean Boutillier*, publ. avec les commentaires de Charondas Le Caron, Paris, 1603, in-4^o.

(68) LE CARON, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, Paris, 1613, f^o 19, v^o. A. LOISEL, *Mémoires des pays, villes, comté et comtes... de Beauvais et Beauvaisis*, Paris, 1617, p. 204.

(69) Sur cet essor et les méthodes historiques des juristes humanistes, v. en particulier G. HUPPERT, *L'idée de l'histoire parfaite*, trad. franç. Paris, 1973, et C.-G. DUBOIS, *La conception de l'histoire en France au XVI^e siècle*, Paris, 1977.

(70) Si Du Moulin, qui, sur ce point aussi assure la transition, a composé encore en latin la plupart de ses traités, ne publiant en français que ceux qu'il destinait à un large public, tous les juristes de la génération suivante qui ont pris clairement position en faveur du droit français, ont écrit les leurs dans la langue nationale : ainsi Le Caron, Coquille, Pasquier, Loisel, Ayraut, Grimaudet. Seul un auteur traditionaliste comme Choppin, qui, tout en reconnaissant l'existence d'un droit français, conservait au droit romain sa fonction de droit commun, a continué d'utiliser le latin au moins dans certains de ses ouvrages. Pasquier invoque exactement les mêmes arguments pour défendre le droit français et l'usage de la langue française : *Lettres d'Etienne Pasquier*, Liv. I, 2, *Œuvres d'Etienne Pasquier*, Amsterdam, 1723, II, col. 3-8.

pendance du droit français à l'égard du droit romain (71). Pasquier félicite Brisson d'avoir composé son *Code Henri III*, « par lequel vous, Français et Président au Premier Parlement de France, nous enseignez à n'estre plus aulbains en nostre païs, mettant... en campagne d'une si belle ordonnance, nos Ordonnances, qu'elles peuvent maintenant faire teste à toutes celles de Rome... Il est désormais temps, poursuit-il, qu'ostions ceste folle appréhension qui occupe nos esprits, par laquelle mettant sous pieds ce qui est du vray et naïf droit de la France, réduisons tous nos jugemens aux jugemens des Romains : ne nous advisans pas que tout ainsi que Dieu nous voulut séparer de l'Italie par un haut entrejet de montaignes, aussi nous sépara-t-il presque en toutes choses, de mœurs, de loix, de nature et de complexions... ». Et Pasquier d'illustrer son propos par une comparaison point par point du droit romain et du droit français, qui fait ressortir toute l'originalité et toute la valeur du second. Et de déplorer que cette originalité et cette valeur restent encore trop méconnues de son temps, particulièrement de ses confrères avocats, qui persistent à fonder leurs plaidoiries sur le droit romain : « Ce que je me suis proposé de déduire en ce lieu est du fond de nostre vieux droit de la France ; et puis au bout de tout celà nous alléguons en un barreau, pour le soustenement de nos causes, un eschantillon de loix des Jurisconsultes de Rome. Si l'on parle d'un retrait lignager, il est odieux et restrictible ; si des testamens, ils sont favorables, dit-on, parce qu'ainsi il estoit déterminé par le droit commun des Romains. Mon Dieu que j'ay honte, s'indigne Pasquier, que pour sauver nos causes, nous perdions le droit de la France ! Au contraire, les Retraits lignagers sont tres-favorables, et les testamens tres-odieux entre nous. D'autant que sur deux divers fondemens, le Romain et le Français semblent avoir estably leurs loix ; celui-là sur une considération plus œconomique, pour la conservation des volontez de chacun en son particulier ; cestuy sur une plus politique, pour l'entretienement des familles en leur entier... ». Le comparatisme révèle donc bien, selon Pasquier, une raison, un esprit propres au droit français, différents de ceux du droit romain, moins soucieux d'individualisme mais davantage de la protection de la famille, qui justifient les solutions proprement coutumières comme le droit d'aînesse, l'exclusion successorale des filles dotées, le retrait lignager et la réserve héréditaire. Ce n'est plus à l'aune du droit romain qu'il convient de juger de la validité de ces institutions, mais en considération de l'esprit particulier du droit français, qui n'est autre, dans la perspective humaniste que partage Pasquier, que l'émanation du naturel de la nation française. Le droit romain a cessé d'être la référence suprême, l'expression de la raison universelle ; il n'a *a priori* aucune vocation à s'appliquer à des Français dont les traditions, les sentiments et les besoins diffèrent profondément de ceux des Romains.

(71) Lettres, Liv. IX, I, *éd. cit.*, II, col. 221-228.

La rupture avec le *jus commune* était de ce fait complète. Sans doute n'impliquait-elle pas le refus de toute influence du droit romain, dès lors qu'il n'était pas imposé comme autorité mais librement accepté en fonction des besoins et de la valeur des solutions qu'il proposait (72). Pour n'être plus inconditionnelle, l'admiration vouée au droit romain restait vive, y compris chez les plus chauds partisans du droit français, qui en demeuraient profondément imprégnés, ne serait-ce que par leur formation universitaire. Mais, loin d'entraver les progrès du droit national, elle a contribué au contraire à les accélérer. Chez les meilleurs humanistes, l'admiration sincère de l'Antiquité ne suscitait pas un désir d'imitation, mais d'émulation. Budé, et après lui les poètes de la Pléiade, avaient prétendu surpasser les œuvres littéraires non seulement des Italiens, mais également des Anciens, persuadés qu'ils étaient de la possibilité d'un progrès indéfini de l'esprit humain (73). Une conviction identique animait les juristes : l'admiration plus ou moins vive conservée pour le droit romain ne les empêchait pas de soutenir que le droit français lui était devenu supérieur, grâce surtout aux apports de la culture humaniste. L'idée, déjà présente chez Le Caron (74), inspirait la lettre de Pasquier à Brisson, toute vibrante de fierté nationale. Elle était également partagée par Coquille, qui opposait à l'excessive complexité du droit romain, dont les maladresses et les subtilités des Byzantins, puis des commentateurs scolastiques, avaient fait un abîme, un labyrinthe, un véritable « alembic à cerveaux », la simplicité des « loix courtes et substantieuses de nos coutumes, qui ne sont sujetes à tant d'anxietez et incertitude » (75). De L'Hommeau, de son côté, soutenait que les jurisconsultes français, les Faure, Masuer, Du Moulin et autres, « ont tellement enrichi le droict François qu'il excelle maintenant par sus le droict Romain » (76). L'idéal humaniste d'un droit clair et simple ne s'accommodait plus des trop nombreux textes, fragmentaires et contradictoires, du Digeste et du Code ; le sentiment national aidant, il se reconnaissait davantage dans les articles brefs et concis des coutumes réformées.

Aussi Coquille et de L'Hommeau, anticipant de près d'un siècle sur l'édit de Saint-Germain, ont-ils été les premiers à préconiser l'instauration dans les Universités d'un enseignement du droit français, qui devait occuper une place égale, voire supérieure, à celle du droit romain, en considération à la fois de sa valeur propre et de son intérêt pratique. Si le projet de De L'Hommeau restait très

(72) V. *infra*, p. 169 et s.

(73) L. DELARUELLE, *Guillaume Budé. Les origines, les débuts, les idées maîtresses*, Paris, 1907 (réimp. Genève, 1970), 160 sq. ; H. GILLOT, *La querelle des Anciens et des Modernes en France*, Paris, 1914, p. 1-167.

(74) V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 103-109.

(75) *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes*, qu. 2.

(76) *Deux livres de la jurisprudence française*, Saumur, 1605, p. 4.

sommaire (77), celui de Coquille se présentait sous une forme détaillée, et peut-être a-t-il inspiré les auteurs de l'édit de 1679 ? On y trouve déjà, en effet, outre l'idée d'enseigner le droit français, une autre innovation majeure introduite par celui-ci : le recrutement des professeurs de droit français parmi les praticiens et non plus dans le milieu universitaire. Un tel projet se heurtait toutefois à une difficulté matérielle, dont Coquille se montrait parfaitement conscient : la faiblesse des traitements alloués par les Universités, bien inférieurs aux gains procurés par la pratique. En bon gallican, il proposait de le résoudre, et d'attirer ainsi les praticiens vers l'enseignement, en affectant à la rémunération des professeurs de droit les excédents de revenus de quelques riches abbayes (78).

Egal ou même supérieur au droit romain, le droit français l'était-il vraiment ? N'y avait-il pas quelque présomption à le soutenir, face à la masse compacte de textes et de solutions qu'apportait le *Corpus juris civilis* ? Ses partisans ne pouvaient se borner à rejeter l'emprise du *jus commune* ; il leur fallait également démontrer que le droit français présentait suffisamment de consis-

(77) *Maximes générales du droit François*, épître dédicatoire : « Quand Philippe-le-Bel érigea le Parlement de Paris et de Montpellier, il declara qu'ils ne seroient tenus aux loix Romaines, mais selon les Ordonnances et costumes approuvées, et arrests des Cours souveraines, passez en force d'Edits, dont le droict François est composé, qui se devoit lire et apprendre aux Universitez de droict, aussi bien ou mieux que le droict Romain, puisque l'un est le droict particulier des François, l'autre sont constitutions des Empereurs Romains, qui ne peuvent servir de Loix en France... ».

(78) COQUILLE, *Questions, responses et méditations sur les articles des coutumes*, qu. 3, « Advis pour la forme d'enseigner le droit ès Universitez qui sont en France : La bonne institution de la jeunesse et la direction d'icelle, fait partie du reglement d'une Republique : Mesme des jeunes, qui doivent estre appelez aux charges publiques, pour conseiller les Princes, et administrer Justice. En quoy est grandement à plaindre le long, bigarré et mal ordonné estude qu'ils sont contraints de faire, quand après avoir employé bonne partie de leur tems ès Universitez des Loix, et quand il leur semble estre bien sçavans Docteurs, ils se trouvent tous apprentis et novices non seulement à la pratique judiciaire, mais aussi en intelligence des Loix de nostre France, qui sont contenuës partie ès Constitutions des Rois, partie ès Coustumes, partie en cabale non escrite, qui s'apprend en exerçant et maniant. Pourquoi je desirois qu'ès Universitez, esquelles on lit le droit civil des Romains, et le droit Canonique, fussent preposez Docteurs, personnages sçavans tant èsdits droicts, qu'en nostre droit François ; et qui fussent chargez d'enseigner conjointement tous lesdits droicts ; et avec aussi grand, ou plus grand soin nostre droit François, que celui des Romains. Aussi la plupart de ceux qui enseignent ès Universitez, font leurs lectures plus parées et ornées de belle apparence et admiration à ce jeune peuple, que fructueuses et profitables. Je croy que peu se trouveroient de personnages qui voulussent, ou peussent enseigner les deux par ensemble exactement bien. Car selon que nous sommes de present, chacun des deux estudes est long, et desire un homme entier : et ceux qui par long travail et usage sçavent exactement bien ce droit François, pour la plupart sont ès Palais et Auditoires, où l'on gagne plus qu'ès Escholes des Universitez. S'il plaisoit à nos Roys de destiner le revenu de quelques Abbayes (j'entends le revenu qui resteroit apres les Moines nourris et entretenus, aumosnes ordinaires faites, et reparation des bastimens) pour en tirer gages amples, la faveur desquels appellast de toutes parts les plus doctes de tous lesdits Droits, pour pretendre les Doctorats ; et estre les regences baillées à ceux qui apres disputes publiques seroient trouvez les plus suffisans tant au droit Romain, que François : ce seroit une entreprise vraiment heroïque, digne de la Majesté d'un bon Roy, et qui rendroit sa memoire perpetuelle à la posterité. »

tance, de précision technique et même de valeur éthique, pour se substituer à lui. Aussi, en même temps qu'ils affirmaient l'existence du droit français, devaient-ils le construire. Ce travail d'édification a également bénéficié de l'apport des méthodes comparatives.

II. — ROLE DU COMPARATISME DANS LA CONSTRUCTION DU DROIT FRANÇAIS

L'unanimité règne entre les juristes de la seconde moitié du xv^e siècle lorsqu'ils entreprennent d'énumérer les éléments constitutifs du droit français. Pasquier, qui une fois de plus se montre le plus clair mais n'exprime pas sur ce point des vues très originales, arrête à quatre le nombre de ces éléments : « Maintenant il nous fault recognoistre en quoy gist et consiste le droict dont nous usons en la France. Et pouvons dire qu'il gist en quatre parties : la première, ès Ordonnances royaulx ; la seconde desdend des Coutumes des diverses provinces ; la troisième, des maximes generalles que nous avons transplantées en France, non de tout le droict des Romains, mais d'une partie d'iceluy ; la quatriesme, des arrestz de chaque Parlement » (79). La faveur nouvelle dont les juristes de l'époque témoignent à la législation royale, lui vaut ainsi d'être citée en premier, alors que, malgré d'incontestables progrès, elle demeure encore loin de constituer quantitativement la source principale, du moins du droit privé (80). Mentionnée au dernier rang, la jurisprudence des parlements peut en être rapprochée, puisque Pasquier vise principalement les « arrests généraux », les arrêts de règlement (81). Mais les deux sources les plus importantes, celles qui ont fourni le plus de matériaux à l'édification du droit français, sont représentées par les coutumes et les emprunts au droit romain. Du fait du caractère disparate des premières, de l'origine étrangère du second, ce sont celles aussi où les méthodes comparatives ont trouvé le plus à s'employer.

**

L'importance de l'élément coutumier dans le droit français a été fortement soulignée par les juristes du xv^e siècle. Par le fait qu'elles régissaient une part considérable du droit privé, par leur ancienneté, par leur originalité au regard des solutions romaines, les coutumes apportaient les preuves les plus manifestes du particularisme juri-

(79) E. PASQUIER, *L'Interprétation des Institutes de Justinian*, Liv. I, ch. 15, Paris, 1847, p. 30 sq. Cf. LE CARON, *Pandecties...*, p. 14-43 ; DE L'HOMMEAU, *Maximes...*, épître dédicatoire, cité *supra* n. 77.

(80) Les progrès de la législation royale dans la doctrine juridique française de la seconde moitié du xv^e siècle feront l'objet d'une autre étude.

(81) PASQUIER, *Interprétation des Institutes*, I, ch. 18, p. 37-38.

dique national. Leur rédaction en avait facilité l'étude, en permettant de leur appliquer les mêmes procédés d'interprétation qu'aux droits savants, donc de fonder une véritable science du droit coutumier. Leur réformation, dans la seconde moitié du siècle, avait contribué à les moderniser, à les adapter aux besoins nouveaux. Pourtant, une difficulté majeure provenait de la diversité des coutumes, dont on pouvait se demander si elles exprimaient vraiment le droit français, ou simplement le droit propre de leur ressort, le droit parisien, le droit angevin, ou le droit auvergnat ? Parler à leur propos de droit français, supposait l'existence entre elles de nombreuses règles communes, une unité profonde par-delà les innombrables différences de détail. Les partisans de cette notion devaient donc faire apparaître cette unité, réduire les divergences, et pour cela mettre en œuvre systématiquement les méthodes comparatives.

De fait, la naissance du concept de droit français s'est traduite par un développement considérable du comparatisme intercoutumier, dans lequel Du Moulin, une fois de plus, a joué un rôle précurseur. Non, certes, qu'il n'y ait eu avant lui aucun effort pour confronter les coutumes : il s'agissait là d'une démarche naturelle chez les juristes coutumiers, en particulier chez les avocats et les magistrats du Parlement de Paris, dont l'immense ressort était régi par une multitude de coutumes différentes, et, dès le Moyen Age, l'existence de règles communes avait été relevée, autorisant les références à une coutume générale du royaume (82). Mais Du Moulin a donné une tournure bien plus systématique à l'emploi, jusque-là assez occasionnel et empirique, du comparatisme ; il lui a assigné un but précis, directement rattaché à la doctrine du droit français qu'il a esquissée dans son œuvre.

Le mérite lui revient en effet d'avoir montré que la diversité coutumière ne constituait qu'un phénomène superficiel et même, selon lui, relativement tardif, donc nullement inéluctable. A l'origine, avançait-il, la Gaule avait été régie par une coutume unique, appliquée par une cour de justice ambulante, qui garantissait le maintien de l'uniformité. Plus tard, pour des raisons de commodité, ont été instituées des juridictions locales, et c'est dans les divergences d'interprétation de ces tribunaux qu'il conviendrait de rechercher la cause de la diversification progressive des coutumes. Pourtant, cette évolution, à bien des égards fâcheuse, n'a jamais pu effacer les traces de l'unité originelle : elle a laissé subsister un fonds commun à la quasi-totalité des coutumes, où l'on rencontre les mêmes institutions caractéristiques du droit français ; seul change le détail de la réglementation qui leur est appliquée. Ainsi le droit successoral connaît-il partout la règle « le mort saisit le vif », de même que le retour des propres dans la souche ou la ligne dont ils sont issus ; la plupart des coutumes établissent-elles la communauté des meubles

(82) V. *supra*, p. 142.

et acquêts entre les époux, et ouvrent-elles l'exercice du retrait lignager au plus proche parent dans la ligne dont provient le bien vendu (83). « Lesdites coutumes conviennent tellement ès points principaux, affirme Du Moulin, que semble d'ancienneté n'avoir esté qu'une coutume uniforme, dont tant plus facile est la réduction » (84). De nombreuses différences dans la réglementation, mais aussi de grandes ressemblances, des principes généraux communs, une étroite parenté liée à une commune origine, voilà bien réunies les conditions propices à l'essor du comparatisme. D'autant plus que Du Moulin n'entendait pas se résigner à la diversité coutumière, bien qu'il cherchât à la minimiser. Son grand dessein, exposé dans la célèbre *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*, était d'unifier le droit coutumier français, de revenir à ce qu'il croyait être la situation primitive, en rassemblant les différentes coutumes rédigées des provinces et des bailliages en une coutume unique, composée à partir de leurs éléments communs (85). Et, à défaut d'avoir pu obtenir la rédaction officielle d'une telle coutume générale, sans doute prématurée, il a du moins ouvert la voie à l'unification doctrinale du droit coutumier français. Il a montré que, par la comparaison de toutes les dispositions coutumières, on pouvait révéler et systématiser leurs points de convergence, dégager un droit commun coutumier que l'on substituerait au droit romain dans sa double fonction de droit supplétoire et de critère général d'interprétation des coutumes territoriales; qu'il était donc possible de réduire la diversité en étendant à toutes les coutumes muettes ou obscures les dispositions de ce droit commun coutumier, et en interprétant restrictivement les règles contraires (86).

Les successeurs de Du Moulin ont partagé, sinon toujours ses vues hypothétiques sur l'unité primitive du droit français (87), du moins, et c'était bien là l'essentiel, sa conviction de pouvoir réaliser cette unité dans l'avenir, d'aboutir à une codification du droit, grâce à la comparaison systématique des coutumes : programme qui s'accordait parfaitement à leurs sentiments nationalistes et monarchistes, à leur souci de traduire sur le plan juridique les progrès de l'unification politique du royaume (88). Toute la littérature

(83) *In Cons. Paris.*, I, *Epitome*, n° 107-109, cité *supra* n. 30. Cf. ma thèse, p. 95 sq., 114 sq.

(84) *Sommaire du livre analytique des contracts, usures, rentes constituées, interest et monnoies*, dans *Molinaei Opera*, II, c. 812.

(85) *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae* (1546), dans *Molinaei Opera*, II, 2^e partie, col. 287-292.

(86) J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin*, p. 114-127.

(87) La plupart d'entre eux, notamment PASQUIER (*Recherches*, Liv. IX, ch. 40, *éd. cit.*, I, col. 1001-1004), GRIMAUDET (*De la Loy*, *éd. cit.*, p. 483), COQUILLE (*Questions, responses*, qu. 2, *éd. cit.*) insistent au contraire sur l'ancienneté de la diversité coutumière, que Pasquier fait même remonter aux Gaulois, sur la foi du témoignage de César.

(88) Sur les projets de codification des partisans du droit français, v. J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France. Etude historique et psychologique*, Paris, 1929, p. 36 sq.

juridique de la seconde moitié du siècle témoigne de l'essor du comparatisme intercoutumier. Dans les commentaires d'une coutume particulière, il devient de plus en plus courant de confronter ses dispositions avec celles des autres, pour en souligner les convergences ou divergences (89). Bien plus, on voit se répandre des ouvrages entièrement consacrés à la comparaison des règles coutumières : les conférences de coutumes, disposées en ordre méthodique et qui, sur chaque question, rassemblent toutes les dispositions qui en traitent. Sans être entièrement neuf, ce genre subit néanmoins une évolution notable, en ce sens qu'à côté des conférences traditionnelles, qui regroupaient seulement les articles de quelques coutumes géographiquement voisines (90), apparaissent vers la fin du siècle des conférences générales, qui visent à rassembler les dispositions de toutes les coutumes de France : ainsi la *Conférence des coutumes de France, réduites en épitomés, selon les titres de droict*, de Guy Coquille (91), la *Conférence des coutumes tant générales que locales et particulières du Royaume de France*, de Pierre Guénois (92), ou encore les *Alliances des Coutumes de France...*, du juriste bourbonnais Jean Duret (93). Ces ouvrages, il est vrai, se révèlent souvent décevants, dans la mesure où ils se bornent à compiler, à juxtaposer les articles des différentes coutumes, sans trop chercher à les harmoniser. Ils offraient du moins l'avantage de présenter, sur chaque question, l'éventail des solutions coutumières en vigueur, donc de faciliter un éventuel travail de rapprochement. Mais surtout le développement du comparatisme a fait éclore des œuvres qui, cette fois, appartiennent à un genre entièrement nouveau et échappent à ce travers : les synthèses des règles coutumières. Elles se donnent pour ambition non plus

(89) Ainsi, dans son *Commentaire de la coutume de Paris*, Du Moulin fait-il référence, à titre de comparaison, aux dispositions de très nombreuses autres coutumes : v. ma thèse, p. 121 sq. V. aussi parmi d'autres : J. DURET, *Commentaires des Coutumes du duché de Bourbonnois, rapportées aux mœurs et observances des pays de Bourgogne, Berry, Auvergne, la Marche, Nivernois et autres plus eslongnez*, Lyon, 1584 ; G. FORTIN, *Conférence de la Coutume de Paris avec les autres Coutumes de France...*, Paris, 1595 ; F. RAGUEAU, *Les Coutumes générales des pays et duché de Berry, avec le commentaire et conférence des autres Coutumes et statuts de France...*, Paris, 1615.

(90) V. par ex. : *Agrégatoire des coutumes contenant ce qui s'ensuit : les Coutumes générales de la prévosté de Monstrœul..., Boulenois..., Guines..., Saint Pol..., Saint Omer..., Hesdin..., Aire..., Théroouane..., Artois..., Hesdin*, 1517 ; P. LOUVET, *Coutumes de divers bailliages de Beauvoisis à sçavoir : de Senlis, Amiens, Clermont et Montdidier, conférés l'une à l'autre*, Beauvais, 1615. Sur ces ouvrages : M. REULOS, *Les « Institutes coutumières » d'Antoine Loisel*, p. 39 sq.

(91) *Conférence des Coutumes de France, réduites en épitomés, selon les titres de droict*, par M. Guy Coquille, sieur de Romenay, Paris, 1642.

(92) *La Conférence des Coutumes tant générales que locales et particulières du royaume de France... Avec une briefve explication tirée des loix romaines ou canoniques, anciens docteurs et modernes ; ensemble les ordonnances et arrests des Cours souveraines...*, par Pierre Guénois, conseiller du roy, lieutenant-particulier au siège royal d'Issoudun, Paris, 1596, 2 vol., in-fol.

(93) *Alliances des Coutumes de France*, par maistre Jehan Duret, jurisculte de Moulins en Bourbonnois, s.l.n.d. [vers 1600], in-fol.

d'énumérer les diverses solutions rencontrées dans les coutumes, mais d'en extraire des principes généraux communs et de les exposer sous une forme brève, claire, bien ordonnée. Leur titre montre qu'elles se plaçaient sous le patronage des *Institutes* de Justinien, qui apparaissaient aux humanistes comme le modèle des études juridiques synthétiques : ce sont les *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel, l'*Institution au Droit des Français* de Guy Coquille, auxquelles on peut ajouter, car composées dans le même esprit bien qu'elles ne fassent pas directement référence aux *Institutes*, les *Maximes généralles du Droit François* de De L'Hommeau (94).

Il existe assurément des différences de forme entre ces ouvrages. Les *Institutes coutumières* de Loisel, comme chacun sait, exposent le droit français en adages brefs et pittoresques, ordonnés en gros selon le plan des *Institutes* de Justinien. A l'opposé, l'*Institution au Droit des Français* de Coquille, tout en faisant preuve d'une relative concision, offre sur chaque question des développements suivis et substantiels. Entre les deux, les *Maximes* de De L'Hommeau se présentent comme une succession de courts articles, semblables à ceux d'un code, mais accompagnés de commentaires plus ou moins étendus. Mais, sur le fond, tous ont en commun de prendre leurs distances avec les particularismes coutumiers, de prétendre embrasser la totalité du droit français, public et privé (95), et de chercher à en donner, autant que faire se peut, une image cohérente, celle d'un droit coulé en un certain nombre de normes générales, applicables dans tous les ressorts coutumiers. Coquille, à qui l'ampleur de son *Institution* interdisait de négliger totalement la diversité des solutions coutumières, s'astreint néanmoins à commencer chaque paragraphe par l'énoncé d'une règle générale ; et ce n'est qu'ultérieurement, dans le cours de ses développements, voire tout à la fin, qu'il mentionne les oppositions et les divergences irréductibles, inaugurant ainsi une méthode d'exposition que suivra encore Pothier (96). De sorte que les différences entre les coutumes ne restent pas ignorées, mais passent au second plan, s'effacent en

(94) Sur les ouvrages de synthèse coutumière, v. M. REULOS, *op. cit.*, p. 43 sq.

(95) Les ouvrages synthétiques de droit français ne se limitent pas au droit privé coutumier, même s'ils lui réservent évidemment la plus grande place. Loisel commence, sous le titre « Des personnes », par exposer les principes fondamentaux de la souveraineté royale, rapportés à la personne du roi. Coquille et de L'Hommeau traitent successivement des droits royaux, des droits seigneuriaux et des droits des particuliers, ce plan tripartite étant particulièrement bien structuré chez le second.

(96) Par exemple dans le chapitre de l'*Institution au droit des Français* relatif au droit des gens mariés (*Euvres de Coquille*, 1646, p. 74 sq.), Coquille commence par poser le principe fondamental de la subordination et de l'incapacité de la femme mariée, édicté par la quasi-totalité des coutumes, et qui apparaît bien comme une coutume générale. Mais il s'attache ensuite à en préciser la portée, à l'aide d'éléments pris dans diverses coutumes, mais qui doivent être étendus à toutes : une première exception au caractère obligatoire de l'autorisation maritale, lorsque la femme mariée doit répondre en justice de ses délits, est empruntée aux coutumes de Poitou, Berry et Bourbonnais, qui la formulaient expressément ; une seconde, en faveur de la femme mar-

partie derrière le principe commun. Chez Loisel et De L'Hommeau, le caractère lapidaire des formules contribue encore à accentuer cette impression d'unité, puisque, par brièveté, il n'est, sauf exception, pas fait mention des divergences et que seules ont été retenues, en quelques centaines d'adages ou d'articles, les règles censées communes à toute la France coutumière.

Pour réduire à l'unité la diversité des coutumes, les auteurs de travaux synthétiques se sont d'abord attachés à isoler les solutions sur lesquelles semblaient s'accorder la quasi-totalité d'entre elles, et où l'on pouvait reconnaître de ce fait la coutume générale de la France. A ce stade, leur tâche se limitait à une constatation objective, relativement aisée pour des juristes expérimentés, rompus au maniement des textes coutumiers, mais à elle seule insuffisante. Car la coutume générale n'exprimait bien souvent que des rudiments, qu'il fallait compléter, préciser, et que les coutumes mettaient en œuvre selon des modalités diverses. Le droit commun coutumier ne s'identifiait pas à cette seule notion de coutume générale, du reste bien plus ancienne que lui, qu'il a absorbée mais qu'il se devait d'enrichir pour la rendre pleinement opérante (97). Les compléments, les précisions indispensables, provenaient de sources très diverses. En premier des dispositions propres à telle ou telle coutume, mais que l'on jugeait dignes de recevoir une application générale en raison de leur intérêt pratique, de leur équité ou de leur conformité à la raison (98) : un juriste du début du XVII^e siècle, Jean Tronçon, a pu comparer ce travail de construction du droit français à partir de règles prises à diverses coutumes, à celui du sculpteur, qui donne forme à une statue en s'inspirant non d'un seul modèle, mais de plusieurs, et en composant son œuvre avec ce que chacun d'eux a de plus beau (99). Des emprunts ont été également faits à des

chande publique, vient des coutumes de Paris, Poitou, Auxerre, Melun, Laon, Reims, Bourgogne ; une troisième, pour la femme séparée de biens, est tirée des coutumes de Paris, Blois, Melun. Le testament de la femme mariée soulève davantage de difficultés, dans la mesure où quelques coutumes, en particulier celles de Nivernais et de Bourgogne, le soumettent expressément à l'autorisation maritale, mais Coquille critique cette solution et s'efforce d'étendre au maximum la règle contraire. Enfin, il existe des points sur lesquels il paraît impossible d'accorder les coutumes, ainsi sur le caractère absolu ou simplement relatif de la nullité frappant les actes de la femme non autorisée, mais Coquille prend néanmoins position en faveur de la nullité relative. Dans l'ensemble, l'exposé qu'il donne de cette réglementation apparaît plus complet et plus cohérent que celui des diverses coutumes dont il s'inspire. On le retrouvera sans grands changements chez Pothier, puis dans les articles 214 sq. du Code civil de 1804.

(97) La distinction est déjà entrevue chez Du Moulin, *In Cons. Paris*, II, art. 76 gl. 1, n° 7. Cf. ma thèse, p. 125.

(98) J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin*, p. 123 sq.

(99) J. TRONÇON, *Le Droit français et la Coutume de la prévosté et vicomté de Paris...* [1618], Paris, 1643, p. 523 : « Ces conférences et différences de Coutumes sont très utiles, pour sçavoir le défaut qui peut estre en chacune d'icelles : il en faut faire comme les bons Statuaires, qui ramassent artificieusement d'une infinité de corps, ce qu'ils en remarquent de rare et de bien proportionné, les meslent et rapportent ensemble ; de toutes ces diversitez ils en font un ouvrage parfait. Ainsi de toutes les Coutumes nous en pouvons apprendre les règles et les Maximes générales du Droit Français, pour en résoudre les difficultés ; c'est nostre vray Droit commun : car en País coutumier, le Droit écrit ne nous sert que de raison. »

sources extra-coutumières, à la jurisprudence, à la doctrine, à l'occasion aussi au droit romain. Le droit privé français, ou droit commun coutumier, dès lors qu'il dépasse la constatation élémentaire d'une coutume générale, apparaît comme un ensemble composite, créé et assemblé par la doctrine : « Il n'est ni le droit particulier d'une coutume, écrivait Edmond Meynial (100), ni même toujours la simple généralisation des principes coutumiers, l'extrait mathématique, le simple résidu des coutumes auxquelles on aurait enlevé leurs traits originaux ou locaux : il est tout cela, mais modifié, atténué, altéré ou confirmé par le voisinage des conceptions romaines ». La comparaison des coutumes permettait de reconnaître les solutions les meilleures, de conférer une portée générale à des dispositions au départ purement locales, d'arbitrer, au moyen de transactions, les désaccords entre elles. Sans apporter toujours des éléments nouveaux, mais en utilisant, en améliorant, en systématisant ce qui existait déjà, éparpillé ou incomplètement formulé dans les coutumes : « Sur bien des points, notait encore Meynial (101), la systématisation doctrinale a su donner aux tendances coutumières un relief qu'elles n'avaient pas ailleurs ».

Dès la fin du xv^e siècle, la doctrine est ainsi parvenue à donner du droit français une formulation cohérente et sur laquelle il ne semble pas avoir existé de trop graves discordances entre les juristes. Le fait mérite d'être porté au crédit du droit français, qui n'apparaît déjà plus vague et incertain, comme le prétendaient, aux dires de De L'Hommeau, ses détracteurs (102). Cette absence de divergences fondamentales est-elle à mettre au compte des seules vertus du comparatisme ? En réalité, plus encore que par l'utilisation des méthodes comparatives, elle s'explique par l'homogénéité profonde du milieu où évoluaient nos juristes, par les influences communes qu'ils ont subies, en bref par l'ascendant qu'exerçait le Parlement de Paris. Même si la comparaison des dispositions coutumières a permis d'utiles rapprochements, on constate que les règles communes, ou réputées telles, sur lesquelles repose le droit français, s'attachent surtout à reproduire les solutions introduites par cette Cour. Toutes les constructions doctrinales du droit français ont été composées à l'aide d'éléments identiques, parmi lesquels figurent en bon rang les arrêts du Parlement et les opinions de Du Moulin, qui avait lui-même pour partie utilisé, pour partie inspiré, cette juris-

(100) « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », *Revue générale du Droit*, 1903, p. 326-351, 446-457, spéc. p. 328-329.

(101) *Ibid.*, p. 329.

(102) *Maximes générales du Droit François*, Paris, 1614, postface, où de L'Hommeau affirme son intention de « montrer au doigt et à l'œil, que le droit François n'est point vague, ne incertain (comme quelques-uns pensent inconsidérément) mais qu'il a ses règles et Maximes certaines, assurées et infaillibles, comme tous autres arts et sciences... »

prudence (103). Toutes ont profité également du travail accompli par les réformateurs de coutumes, avec à leur tête le Premier Président Christofle de Thou, qui s'étaient efforcés de rapprocher déjà les solutions coutumières, de les harmoniser autant que possible, et d'y intégrer les principales innovations de la doctrine et de la jurisprudence parisiennes, à tel point que l'on a pu reconstituer une coutume-type, représentant le droit commun des réformations, et dont beaucoup de dispositions se retrouveront dans les adages de Loisel et les maximes de De L'Hommeau (104). Toutes enfin, à partir de 1580, ont pu prendre comme référence le chef-d'œuvre des réformateurs, la Nouvelle Coutume de Paris, dont Pasquier, qui a participé à sa rédaction, avouait qu'elle n'était « autre chose qu'un abrégé de l'air général des Arrests de la Cour de Parlement » (105). Forte déjà du prestige ancien que lui valait de régir la ville capitale du royaume et siège du Parlement, la coutume de Paris est apparue, après sa réformation, comme la meilleure, la plus moderne de toutes, comme le modèle qui devait être proposé aux autres, précisément parce que, mieux que les autres, elle exposait les vues des parlementaires parisiens, particulièrement dans ses dispositions nouvelles (106). Sans doute était-elle dépourvue de force contraignante

(103) Chez de L'Hommeau par exemple, on trouve plus de quatre cents références à la jurisprudence, le plus souvent à des arrêts récents du Parlement de Paris. L'influence de la jurisprudence du Parlement est également très forte chez Loisel : M. REULOS, *op. cit.*, p. 49 sq. Cf. l'article précité de E. MEYNIAL, *Revue générale du Droit*, p. 326 sq.

(104) R. FILHOL, *Le Premier Président Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, 1937, p. 185 sq.

(105) *Lettres d'Etienne Pasquier*, VII, 10, *éd. cit.*, II, col. 578 : « Je dy cecy par exprés, parce qu'en la reformation derniere de nostre Coustume de Paris, on y apporta très-grande religion : car premierement, on délégua au siege Presidial quelques uns des plus fameux Advocats pour deschiffrer en quoy gisoit leur commun usage : et leur besogné ayant esté apporté au Parlement, furent commis neuf Advocats, dont moy indigne..., qui travaillasmes en la maison de Versoris..., chacun de nous rapportant sur le tapis verd, tout ce que nous avions remarqué dedans nos memoriaux avoir esté jugé par le Parlement, non seulement pour la Prévosté et Vicomté de Paris, ains pour les autres Provinces, és questions generales, non attachées aux Coustumes particulieres des lieux ; et sur ce moule accommodasmes les articles. Et depuis, les deputez des trois Estats de la Vicomté et Prevosté de Paris, assemblez en la maison Episcopale, en la presence de Messieurs les Commissaires deleguez par le Roy, on y adjousta la derniere main : tellement que je vous puis dire, comme chose très-vraye, la Coustume de Paris n'estre autre chose qu'un abregé de l'air general des Arrests de la Cour de Parlement, et à tant qu'on ne se repentiroit d'y avoir recours en défaut des autres Coustumes, comme aussi estant Paris dedans ce Royaume, ce qu'estoit Rome dedans l'Empire ».

(106) Du Moulin et avant lui Tiraqueau avaient reconnu une certaine supériorité à la coutume de Paris, *caput omnium hujus regni... consuetudinum*, mais sans en tirer de conséquences précises : v. ma thèse p. 124 sq. Les doctrines qui font de la coutume de Paris l'expression du droit commun coutumier, sont postérieures à 1580. V., outre la lettre précitée de Pasquier : R. CHOPPIN, *Commentaire sur les Coustumes de la Prévosté et Vicomté de Paris*, Epître dédicatoire au roi Henri IV, dans *Œuvres de René Choppin*, III, Paris, 1663, non paginé ; P. GUENOIS, *La Conférence des Coustumes...*, préface ; J. TRONÇON, *Le Droit François...*, p. 1 : « On peut aussi dire que la Coustume de Paris a grands avantages pardessus les autres Coustumes de ce Royaume, dautant qu'elle contient les principales Résolutions du Droit François ». DE L'HOMMEAU, *Deux Livres de la Jurisprudence Française*, p. 9 : « Quand donques la Coustume ne dispose du cas spécial, il faut avoir recours à la Coustume la plus proche, qui en dispose ; si elle n'en décide rien, à la Cous-

hors de son ressort, mais elle devait s'imposer au nom de la raison : elle détournait ainsi en sa faveur l'argumentation traditionnelle qui, au temps du *jus commune*, justifiait le recours au droit romain (107), pour ne plus laisser à ce dernier qu'un rôle accessoire, celui de raison écrite.

*
**

Si les coutumes, et accessoirement les ordonnances royales, avaient l'avantage de présenter des solutions qui pouvaient apparaître comme du « droit purement français » (108), elles demeuraient trop lacunaires pour constituer la source exclusive de ce droit, et il fallait bien faire place, à côté des institutions proprement autochtones, à des règles d'origine romaine. De longue date, le droit romain avait exercé en France une influence considérable, et, sans même évoquer la situation des pays de droit écrit, du reste de plus en plus fortement romanisés au cours du xvi^e siècle, nos juristes ne pouvaient ignorer que des pans entiers de leur droit, comme les contrats, les obligations, une partie du régime des biens, se trouvaient traditionnellement régis par lui, ni que, même dans les matières coutumières, il venait combler bien des lacunes et fournissait les cadres généraux du raisonnement juridique. Ils savaient pertinemment, par exemple, que certaines solutions appliquées à la garde des mineurs provenaient de la réglementation romaine des tutelles, ou que, dans une institution aussi typiquement coutumière que la communauté conjugale, le statut des propres de la femme s'inspirait dans une certaine mesure de celui de la dot. Bien plus, à côté des influences anciennes, que l'on pouvait toujours expliquer par la réception d'une coutume conforme au droit romain, il fallait prendre en compte aussi une romanisation toute récente, favorisée

tume de Paris, qui est le droit commun de la France, et est composée des plus célèbres arrêts de la Court, j'entens le Parlement de Paris.» Dans ses *Maximes*, de L'Hommeau fait de très nombreux emprunts à la coutume de Paris, « qui excelle par sus toutes les autres » (p. 160), « la mieux réformée de toutes les autres » (p. 198). Cf. Fr. OLIVIER-MARTIN, *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, 1925.

(107) COQUILLE, *Commentaires sur les Coustumes... de Nivernais*, introduction : « A la mesme suite de raison qui nous fait emprunter les Loix Romaines, je croy que chacune Province peut et doit s'ayder des Coustumes des autres Provinces par bienséance, quand les Coustumes domestiques défailent, mesme de la Coustume nouvelle de Paris. Non pas pour recognoistre que Paris, au fait des Loix, ait quelque supériorité sur nous... Mais pour ce que les Commissaires et les principaux Autheurs desdites nouvelles Coustumes de Paris, et autres Provinces, estoient personnages très-doctes, et grandement bien scavans au Droit François, et avec grande et longue experience : on a fait grand estat des articles nouveaux de la nouvelle Coustume de Paris. Car lesdits articles de la nouvelle Coustume pour la plupart contiennent decisions de plusieurs difficultez et diversitez d'opinions, qui estoient entre les Jurisconsultes François, mesmes qui ont esté décidées par Arrests solennels.» Attaché aux particularismes provinciaux, Coquille reste plus nuancé que la plupart des autres juristes, comme Pasquier ou de L'Hommeau, qui présentent comme une obligation fondée sur la raison, l'application de la coutume de Paris à titre supplétoire.

(108) L'expression est de Jean TRONÇON, *op. cit.*, p. 3, 160, 509.

par la rédaction et la réformation des coutumes. On sait qu'à cette occasion, avaient été introduites dans les coutumes des institutions directement tirées du droit romain, et qui leur étaient jusque-là restées inconnues, comme la représentation successorale en ligne collatérale et la légitime, parmi bien d'autres (109). Quelle que fût sa force, le courant nationaliste qui animait les juristes français, ne pouvait dissimuler à leurs yeux ce fait trop évident, que le droit français s'était nourri, et continuait de se nourrir, d'influences romaines.

Seulement, ce fait incontestable, il était désormais impossible de l'expliquer par la notion, combattue et rejetée, de *jus commune*. Il fallait lui découvrir une autre justification, ménageant davantage l'indépendance du droit français et plus compatible avec son refus de tout assujettissement à ce qui apparaissait maintenant comme une législation étrangère à l'esprit national, tout en permettant de préciser les modalités et les précautions qui devaient entourer d'éventuels emprunts. Et c'est dans le but de répondre aux difficultés, voire aux scrupules suscités par cette intégration d'apports extérieurs dans le droit français, que s'est répandu, au moment même où le droit romain cessait d'être reconnu comme *jus commune*, le thème de la raison écrite. A partir du milieu du siècle, on constate en effet l'usage de plus en plus fréquent de désigner le droit romain par l'expression « raison écrite », qui n'est d'ailleurs pas nouvelle, car les termes *ratio scripta* n'étaient pas inconnus dans la langue juridique du Moyen Age, mais qui tend à changer de signification en même temps qu'elle se vulgarise (110).

En effet, la raison écrite, au sens que lui donnent maintenant les juristes français, ne doit pas être prise comme synonyme de droit commun. C'en est même le contraire, comme le montre l'opposition, faite par Coquille, entre le Premier Président Lizet, qui, ainsi qu'on l'a dit, « tenoit le Droict Civil Romain pour nostre Droict Commun », et son successeur Christofle de Thou, qui « estimoit les Coustumes et le Droict François estre notre Droict Commun, et appelloit le Droict Romain la Raison Escripte » (111). L'opposition ne recouvrait pas seulement l'antithèse droit (positif) - raison, déjà évoquée, mais, plus largement, entendait séparer radicalement raison et autorité, à l'encontre de la doctrine médiévale, que cette autorité fût fondée sur la contrainte publique ou simplement sur un caractère providentiel ou sur une présomption absolue de rationalité. En d'autres termes, la qualité de raison écrite n'attribuait plus aucune autorité au sens médiéval du terme. Elle exprimait seulement le choix d'une voie moyenne entre la soumission autoritaire et contrai-

(109) R. FILHOL, *op. cit.*, p. 169 sq.

(110) Sur l'histoire de l'expression et l'évolution de son contenu, v. l'étude précitée de A. GUZMAN, *Ratio scripta*.

(111) COQUILLE, *Commentaires sur les Coustumes de Nivernais*, introduction (*loc. cit.*).

gnante au *jus commune* et le rejet, en l'occurrence impossible, de toute influence romaine. Ou, si l'on préfère, elle permettait de conférer au droit romain un titre à concourir à la formation du droit français, mais de manière totalement libre, sans lui subordonner pour autant celui-ci.

Ce titre tenait à son caractère rationnel : les juristes français, bien qu'ils n'aient guère éprouvé de complexes d'infériorité à leur égard, savaient rendre hommage aux qualités intellectuelles des Romains, à leur sens de la justice, à l'ingéniosité de leurs constructions. Il leur apparaissait légitime de tirer profit de ces qualités et d'en faire bénéficier le droit national. De ce fait, on voit fleurir, dans la littérature juridique du temps, un nouveau genre d'ouvrages, les conférences du droit français et du droit romain, comme les *Pandectes ou Digeste du Droit François* de Le Caron, l'*Alliance des Loix Romaines avec le Droit François* de Jean Duret, précédemment cités, ou encore l'*Interprétation des Institutes de Justinien* d'Etienne Pasquier (112), dont les auteurs s'attachent à montrer, en traitant des matières du droit français, les points sur lesquels le droit romain est susceptible d'apporter des éléments utiles. Même les travaux qui se veulent de pur droit français, n'hésitent pas à établir des comparaisons avec les règles romaines et, le cas échéant, à leur faire des emprunts (113). Mais l'attitude est bien différente de celle que dictait le respect du droit commun : le droit romain ne constitue plus le critère suprême, auquel il fallait tout ramener, mais seulement un appoint, dont l'utilisation, purement facultative, est uniquement fonction de l'intérêt et des besoins du droit français : « Ainsi, écrivait Coquille (114), nous n'alleguons les Loix des Romains, sinon pour la raison qui y est, entant que la nation des Romains, brave, généreuse, amatrice de la société humaine, de grand sens et jugement, a constitué certaines loix propres pour la conservation d'icelle société humaine, et quand nos loix particulières nous défont, nous avons recours aux Romaines, non pas pour nous obliger précisément,

(112) E. PASQUIER, *L'Interprétation des Institutes de Justinian, avec la conférence de chaque paragraphe aux Ordonnances royaulx, arrestz du Parlement et Coustumes générales de la France*, Paris, 1847. L'ouvrage, demeuré longtemps inédit, a été publié au XIX^e siècle par un lointain descendant de l'auteur, le duc Pasquier. Comme le laisse pressentir son titre, il ne cherche pas à commenter le texte des *Institutes*, mais plutôt à exposer, sous chaque rubrique, les règles du droit français, plus ou moins proches ou inspirées du droit romain.

(113) Le seul titre de certains de ces ouvrages exprime bien les intentions de leurs auteurs. V. par ex. : P. GUÉNOIS, *La Conférence des Coustumes... Avec une briefve explication tirée des Loix Romaines ou Canoniques, anciens Docteurs et modernes...*, Paris, 1596 ; P. DE L'HOMMEAU, *Deux livres de la Jurisprudence Française, avec belles remarques et décisions notables tirées des Loix Françaises et Romaines, en ce qu'elles sont conformes au Droit François...*, Saumur, 1605 ; J. TRONÇON, *Le Droit François et la Coustume de... Paris, où il est fait rapport du Droit Romain et des Ordonnances de nos Roys...*, Paris, 1618. En général, les références au droit romain sont nettement séparées des sources coutumières et invoquées simplement à titre d'arguments.

(114) *Questions, responses et méditations sur les articles des Coustumes*, qu. 1.

mais pour ce que nous cognoissons qu'elles sont accompagnées, *imo* fondées, en toute raison ». Pasquier précise de son côté que, si l'on a toléré l'étude des compilations de Justinien, c'est « non vrayment pour tenir lieu de Loy en la France, telle que nos Ordonnances Royaux ou Coustumes provinciales, ains pour puiser d'elles une infinité de beaux advis qui pouvaient en sens commun servir de guides aux juges, tant à l'instruction que décision des causes qui se présentent devant eux... » (115). Encore faut-il bien voir que la présomption d'équité et de rationalité dont ils créditent toujours le droit romain, n'a plus, comme chez les juristes du Moyen Age et même chez certains humanistes, comme Doneau, un caractère absolu, irréfragable, mais seulement relatif, avec d'ailleurs bien des nuances entre les auteurs. Les plus traditionalistes des juristes français, ou les plus timides, l'étendent encore à l'ensemble du droit romain : toute solution romaine serait, du seul fait qu'elle est romaine, considérée jusqu'à preuve du contraire, comme équitable et rationnelle. Pour Le Caron, pour Choppin, à côté du droit français, assimilé à la pratique, le droit romain représenterait la théorie, la science, de sorte qu'il faut en permanence conjointre les deux, appliquer en priorité les ordonnances et les coutumes, mais en les interprétant à l'aide des notions romaines (116). De Thou aurait également partagé ce point de vue, mais le fait qu'il n'ait laissé aucun écrit ne permet pas de l'affirmer avec certitude : toujours est-il que, dans plusieurs articles des coutumes dont il a dirigé la réformation, il a introduit des références au droit romain, désigné globalement, semble-t-il, comme la raison écrite (117). Coquille se montre déjà plus circonspect, en limitant la présomption favorable au seul droit romain « classique », à l'exclusion de celui du Bas Empire, que les influences grecques ont rendu obscur et plein de sophismes (118). Mais chez les partisans les plus avancés du droit français, un Du Moulin ou un Pasquier, l'éloge des qualités de juristes des Romains n'implique guère plus qu'un simple préjugé en leur faveur : ce n'est rien de plus qu'une incitation à recourir à leur avis en cas d'embarras, mais sous la condition expresse d'avoir

(115) *Recherches de la France*, Liv. IX, ch. 37, *éd. cit.*, I, col. 989.

(116) LE CARON, *Pandectes...*, épître dédicatoire : « Mais parce qu'en France ordinairement on a recours au Droit Romain, pour l'interprétation des Ordonnances ou Coustumes, et souvent on use d'iceluy comme d'une raison apportant auctorité, és causes qui ne sont décidées par le seul Droit François, il convient, pour bien entendre la Jurisprudence Française, conjointre le Droit Romain avec celuy de la France ». R. CHOPPIN, *Commentaires sur la Coustume d'Anjou*, dans *Œuvres (éd. cit.)*, I, préface.

(117) Coutumes de Vermandois, art. 75, Chalons, art. 82. V. R. FILHOL, *op. cit.*, p. 169 sq., et A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 109-112.

(118) V. *supra* n. 56. Il paraît difficile de suivre A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 99 sq., lorsqu'il range Coquille parmi ceux qui admettent une présomption générale d'équité et de rationalité en faveur du droit romain. V. par ex. *Questions, réponses et méditations*, qu. 2 : « Bien se peut dire que nous sommes beaucoup mieux reglez par nos Coustumes, que ne sont pas les Provinces qui se gouvernent par le droit escrit des Romains, auquel se trouvent ces grands abysses des substitutions, des transmissions, suites, præteritions, formes de testamens et d'actions, subtilitez au fait des servitudes. »

à vérifier, dans chaque cas d'espèce, que leur solution se révèle bien la plus équitable, qualité qui ne doit d'ailleurs pas s'apprécier *in abstracto* mais en fonction de l'esprit même du droit français (119).

Dès lors, l'assimilation du droit romain à la raison écrite conduisait à faire du *Corpus juris civilis* rien de plus qu'une simple réserve, qu'un stock de solutions et de modèles de raisonnements juridiques, où l'on pouvait puiser en fonction des nécessités du droit français. Avec d'ailleurs bien des précautions, car la réception de solutions romaines devait rester entourée d'un certain nombre de conditions restrictives énumérées par les juristes.

Les emprunts au droit romain devaient d'abord se justifier par les insuffisances du droit français, pour combler ses lacunes, pour remédier à ses obscurités. Tant que le droit français fournit une solution claire, celle-ci doit évidemment prévaloir, comme l'affirme Coquille : « De vray, tant que ce Droict François nous peut administrer autorité, pour conseiller ou juger, nous ne devons avoir recours au Droict Civil des Romains » (120). Les lois romaines, en tout état de cause, ne sauraient avoir qu'une fonction supplétoire : encore ne sont-elles appelées à la remplir qu'en cas de défaillance complète du droit français. La hiérarchie des sources juridiques, établie par Du Moulin dans l'introduction de son *Commentaire de la Coutume de Paris*, a été reprise par tous les partisans du droit français, qui préconisent, dans le silence de la coutume, l'appel aux coutumes voisines et au droit commun coutumier, puis en dernier lieu seulement au droit romain, non par obligation, mais en raison de ses qualités éminentes (121).

Encore fallait-il, en second lieu, que les solutions proposées par le droit romain fussent en accord avec les usages, les mœurs, l'esprit des Français, qu'elles fussent, comme l'écrivait Du Moulin, non

(119) DU MOULIN, *De dignitatibus*, n° 143, cité *supra* n. 30 : ...*quatenus [jura Romana] rationabilia sunt et usibus Galliae consentanea.*

(120) *Questions, responses et méditations sur les articles des Coustumes*, qu. 2.

(121) DU MOULIN, *In Cons. Paris.*, I, *Epitome*, n° 107-109, cité *supra* n. 30, et n° 111 : *Et tunc primo attendi debent pacta et conventiones investiturae feudalis... Secundo, consuetudo cujusque praefecturae : quod si in certo casu pacta investiturae et consuetudo deficiant, vel sit ambigua, tunc tertio et ultimo jus commune et generale regni et consuetudines vicinae. Quarto et ultimo, jus commune Romanum sub Justiniano magno redactum, quatenus rationi congruit, nec receptis moribus repugnat, debet attendi.* Cf. COQUILLE, *Commentaires sur les Coustumes de Nivernais*, introduction ; PASQUIER, Lettre à Barnabé Brisson, *Lettres d'Etienne Pasquier*, IX, I, *éd. cit.*, II, col. 225, qui justifie le recours prioritaire aux coutumes voisines par le fait qu'elles sont vraisemblablement mieux adaptées au « naturel » de la population : « Car si les Coustumes se forment en chascque pays, petit à petit, de la diversité de nos mœurs, et nos mœurs de la diversité de nos esprits, il y a beaucoup plus d'apparence en telles obscuritez ou défauts, d'avoir recours aux peuples qui nous atouchent de plus près, lesquels pour le voisinage, symbolisent vraysemblablement plus, de mœurs et d'esprits : et par consequent plus de Coustumes, avecques nous. »

seulement *aptae*, mais encore *congruae* (122). Si Pasquier louait Christofle de Thou d'avoir introduit la légitime et la représentation en ligne collatérale dans les coutumes rédigées, c'est parce que ces institutions, nonobstant leurs origines romaines, se révélaient parfaitement en accord avec l'un des buts du droit français, la conservation du patrimoine familial (123). Allaient dans le même sens, selon lui, et devaient donc bénéficier de la même acceptation, la rescision pour lésion, la *restitutio in integrum* du mineur de vingt-cinq ans et des contractants victimes de dol ou de violence (124). En bref, il faut « emprunter du Droict Romain ce qui estoit bon, et resseper le mauvais » (125). Pareille condition n'auto-risait à l'évidence que des emprunts ponctuels, semblables à ceux qu'avaient faits les réformateurs des coutumes : elle faisait obstacle à la réception massive du droit romain, comparable à celle qu'avaient connue les pays de droit écrit, ou encore l'Allemagne. Pasquier insistait sur ce point en évoquant les maximes générales transplantées en France, « non de tout le droict des Romains, mais d'une partie d'iceluy » (126). Coquille soulignait, dans le même esprit, l'utilité d'un récent ouvrage qui dressait la liste de toutes les lois romaines, fort nombreuses, non reçues dans le royaume (127).

Enfin, les règles romaines qui, à ce titre, méritaient d'être reprises, ne devaient pourtant pas faire l'objet d'une réception passive : il apparaissait légitime, et souvent même indispensable, de les modifier pour les adapter plus complètement à l'esprit des Français. Du Moulin, lorsqu'il traitait des contrats, commentait les textes du Digeste relatifs à la stipulation, mais en soulignant que le formalisme qu'ils rapportaient, n'avait plus cours en France, où presque tous les contrats, pour l'utilité du commerce, étaient devenus consensuels (128). Pasquier, dans son langage imagé, pouvait comparer le droit romain à une étoffe, à une simple matière pre-

(122) *In Cons. Paris.*, I, *Epitome*, n° 110 : *Ultimo vero e jure scripto romano mutuamur, quod et aequitati consonnum, et negotio quo de agitur, aptum congruumque invenitur, non quod unquam fuerimus subditi Justiniano magno, aut successoribus ejus : sed quia jus illo authore a sapientissimis viris ordinatum, tam est aequum, rationabile et undequaque absolutum, ut omnium fere Christianarum gentium usu et approbatione commune sit effectum.*

(123) PASQUIER, Lettre à Antoine Loisel, *Lettres d'Estienne Pasquier*, XIX, 13, *éd. cit.*, II, col. 567 sq.

(124) Lettre à Monsieur Robert, *Ibid.*, XIX, 15, II, col. 579 sq.

(125) PASQUIER, *Recherches de la France*, Liv. IX, ch. 41, *éd. cit.*, I, col. 1010. Pasquier préconise ainsi l'abandon du Velléien et des bénéfices de division et de discussion, sources inépuisables de chicane.

(126) Cité *supra*, p. 25.

(127) *Questions, responses et méditations...*, qu. 2. Cf. DE L'HOMMEAU, *Deux livres de la Jurisprudence Française*, p. 4 : « Je ne serois pas d'avis qu'on rejettast du tout le Droict Romain, car il faust reconoistre avec verité que les plus beaux secrets de nostre Jurisprudence en sont tirez, mais il seroit très nécessaire de marier aux escoles de Droict les Lois Romaines avec les Lois de France, et faire un abrégé de celles qui se peuvent rapporter à l'usage de la Jurisprudence Française, sans faire perdre à la jeunesse un si long temps à apprendre les rubriques, les Lois et Gloses du Droict Romain. »

(128) *Nova et analytica Explicatio Rubr. et Leg. De Verborum Obligationibus, in rub. n° 42, Molinaei Opera*, IV, col. 138.

mière, que les juristes français façonnaient à leur guise, selon ce qu'ils désiraient obtenir, semblables aussi à ces bâtisseurs qui édifiaient de nouveaux monuments en utilisant les pierres des ruines antiques (129). A tel point que, par l'effet de ces transformations, les institutions venues du droit romain finissaient par rompre leurs liens d'origine avec celui-ci, par s'intégrer pleinement dans le droit français : Pasquier, encore lui, trouvait les mots justes en parlant de transplantation, et même de naturalisation des règles romaines, totalement transformées, remodelées, assimilées au droit français (130).

Ainsi le droit romain ne comptait-il plus guère en lui-même. S'il retenait encore l'attention, s'il continuait d'être étudié, c'était seulement d'un point de vue partiel et utilitaire, pour ce qu'il était susceptible d'apporter au droit français. Il n'était plus considéré qu'en fonction de ce dernier, de ses besoins, de son esprit, seuls critères de l'opportunité de recevoir certaines de ses solutions. Les conséquences qui découlent de la doctrine de la raison écrite, se situent donc exactement à l'opposé de celles du droit commun : la démarche des juristes n'est plus de ramener les droits particuliers au droit romain, mais à l'inverse d'adapter le droit romain, dans la mesure où l'on juge opportun de faire appel à lui, au droit national. Il ne faut sans doute pas chercher ailleurs les causes de l'échec qu'a connu en France le dernier avatar du *jus commune*, l'*Usus modernus Pandectarum*, auquel l'Ecole de Bourges avait pourtant préparé le terrain dès le milieu du xv^e siècle : la systématisation des lois romaines, leur mise en ordre selon un plan logique, n'avaient de sens que si l'on persistait à voir dans le droit romain un ensemble cohérent, globalement reçu et appliqué ; elles ne présentaient aucun intérêt pour ceux qui ne voyaient plus en lui qu'un simple réservoir de recettes juridiques, dont quelques-unes seulement paraissaient adaptées, ou adaptables, au droit français. Jusque dans les cas où il était amené à s'inspirer du droit romain, le droit français parvenait à afficher sa complète indépendance à son égard.

*

**

La naissance du droit français, dans la seconde moitié du xv^e siècle, nous fait assister à un tournant décisif dans l'histoire de la pensée juridique. Certes, il convient de nuancer l'impression

(129) Lettre à Monsieur Robert, *Lettres d'Estienne Pasquier*, XIX, 15, *éd. cit.*, II, col. 579-580 : « Nos Juges ne sont obligés d'y obeïr par leurs Sentences, sinon de faict qu'ils y trouvent quelque lumière naturelle de Justice... ; car pour bien dire, encore que le suivions en plusieurs particularitez, toutefois nous y apportons des limitations et modifications, selon qu'estimons estre le meilleur et plus expédiant... Je vous dy cela par exprès, pour monstrier, qu'empruntans l'estoffe du Droit Romain, nos devanciers luy baillerent telle façon qu'ils estimerent la meilleure. »

(130) *Recherches de la France*, Liv. IX, ch. 33, *éd. cit.*, I, col. 975 : « Puisque nous avons naturalisé en nostre France le Droit Civil des Romains, qui du commencement nous estoit Aubain, et basti sur ses ruines plusieurs polices... »

de triomphalisme que pourrait laisser cet exposé, exclusivement consacré au point de vue de ses partisans. Or, il avait aussi ses détracteurs : les professeurs de droit romain, bien sûr, mais également des praticiens. Des provinciaux, comme le Breton D'Argentré (131) ou le Normand Terrien (132), étrangers au cercle des parlementaires parisiens qui l'a vu naître, et hostiles aux tendances centralisatrices qu'ils décelaient en lui. Même dans son berceau, au sein du Parlement de Paris, certains avocats, par routine ou par intérêt, demeuraient attachés au droit romain, comme en font foi les diatribes de Pasquier à leur encontre (133). Encore au début du XVII^e siècle, Charles Loyseau témoignait d'hésitations persistantes sur le droit commun, entre le droit romain et la coutume de Paris : et lui-même se prononçait en faveur du premier (134). La controverse se poursuivra tout au long du XVII^e siècle, sous une forme atténuée, pour ne pas dire affadie, sans que les arguments des uns et des autres se renouvellent beaucoup (135). Peut-être le droit romain a-t-il même regagné un peu du terrain perdu, à la fin du XVII^e et au XVIII^e siècle, sous l'influence de l'École du droit naturel (136) ? Mais l'émergence du droit français créait de toute façon une situation irréversible, que l'édit de Saint-Germain a entérinée et qui a pesé lourdement sur l'histoire juridique de la France.

(131) Bertrand d'ARGENTRÉ, *Commentarii in patrias Britonum Leges*, Paris, 1656, col. 1564, 1577, 1610. D'Argentré paraît d'ailleurs avoir adopté une position originale, rejetant à la fois l'autorité absolue du *jus commune* et ignorant le droit français, au profit évidemment de la pleine autonomie de la coutume de Bretagne.

(132) Guillaume TERRIEN, *Commentaire du droit civil tant public que privé observé au pays et duché de Normandie...*, Paris, 1574. Cf. A. GUZMAN, *op. cit.*, p. 88-91.

(133) V. *supra*, p. 158.

(134) LOYSEAU, *Traité du Déguerpissement et Délaissement par hypothèque*, Liv. II, ch. 6, dans *Œuvres de Charles Loyseau*, Paris, 1678, p. 42 : Loyseau pose la question de l'extension éventuelle à d'autres coutumes de certaines dispositions de la coutume de Paris : « Veu qu'on tient pour maxime au Palais que la Coustume de Paris, principalement en ce qui a esté adjousté à la réformation dernière, comme ayant esté pris des Arrests de la Cour, doit faire loy commune pour les cas obmis aux autres Coustumes... ». Mais ajoute-t-il : « Aussy il y a une autre maxime au Palais, que les cas obmis és Coustumes doivent estre décidéz selon la disposition du Droit Romain, que pour cette cause nous appelons le Droit commun... Pour donc accorder ces deux maximes, il faut tenir que devant qu'étendre aux autres Coustumes la décision de celle de Paris, il faut premièrement sonder le Droit Romain. Et s'il contient certaine et resoluë décision du point controversé, non répugnante à l'usage général de France, alors posé que la Coustume de Paris soit contraire, il faut plustost que de la suivre s'arrester à la disposition du Droit commun... Ce qui a lieu mesme pour les articles adjoustez de nouveau ; mesme supposé qu'ils aient esté adjoustez suivant les Arrests de la Cour, quand il se peut remarquer que cela est arrivé en conséquence de l'usage invétéré qui soit observé à Paris. Car, comme cet usage ne pourroit faire loy aux autres Coustumes, aussi les Arrests confirmatifs d'iceluy, ou les articles qui l'ont reçu pour Coustume, ne peuvent pas faire loy ailleurs, où il n'y a mesme usage, quand ils sont directement contraires au Droit commun. »

(135) V. GUIZZI, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVII, 1969, p. 1-46.

(136) En ce sens A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 62 sq.

On ne peut qu'être frappé, en effet, par l'aspect résolument moderne des idées développées en faveur du droit français. Et s'il est devenu banal, depuis Hauser, de parler de la modernité du XVI^e siècle, on en trouve là une nouvelle et indiscutable confirmation. En suivant cette évolution, c'est véritablement le droit moderne que l'on voit se mettre en place : un droit conçu comme d'origine étatique, donc à ce seul titre, dans un pays politiquement unifié comme la France, nécessairement national ; un droit qui est aussi censé traduire l'esprit commun d'une nation, en faisant sans doute bon marché de la persistance de bien des particularismes locaux ; un droit, enfin, totalement émancipé des lois romaines, désormais dépourvues, à quelque titre que ce soit, d'autorité contraignante. C'est aussi le comparatisme moderne qui apparaît par la même occasion, au moment où, à la conception hiérarchique du *jus commune* médiéval, se substitue une vision égalitaire, selon laquelle tous les systèmes juridiques, y compris le droit romain, se trouvent placés sur le même plan et totalement indépendants les uns des autres, sans qu'intrinsèquement ils soient tous pour autant d'égale valeur. Certes, pour que les potentialités de cette transformation de l'esprit juridique se manifestent pleinement, il faudra attendre que les autres nations connaissent à leur tour une évolution semblable, qui, pour beaucoup, ne se produira que bien plus tard. Dans sa rupture précoce avec le *jus commune*, dans l'affirmation de son droit national, la France semble être restée longtemps esseulée (137). Il n'est d'ailleurs pas impossible que l'avance qu'elle avait prise se soit révélée d'un certain point de vue dommageable, dans la mesure où elle a isolé le droit français des courants de doctrine scientifiques, qui demeuraient liés au droit romain, et elle pourrait bien l'avoir fourvoyé dans les préoccupations étroitement utilitaires où se complaisent trop souvent les juristes coutumiers du XVII^e siècle, une fois que se fut éteinte la génération cultivée et humaniste de ses fondateurs.

Jean-Louis THIREAU,

Professeur

à la Faculté de Droit d'Amiens.

(137) Sur l'évolution du droit dans les pays voisins : FR. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e éd. Göttingen, 1967, 204 sq. ; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milan, 1982 ; V. PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Naples, 1980.