

LA RÉCEPTION DU DROIT ROMAIN EN FRANCE ENCORE LA BULLE *SUPER SPECULAM*

À l'arrière-plan de cette contribution, il y a, lentement acquise*, la conviction que notre pays dans son entier, le Nord comme le Midi, n'a pas du XIII^e siècle à l'ère des codifications échappé au vaste phénomène européen dit de *Réception* du droit romain¹. Donc que le terme « réception » ne saurait être jugé impropre pour aborder, aussi,

* Un premier état de notre réflexion a été présenté en septembre 2003 au Rechtshistorisches Seminar de notre collègue Pio Caroni à l'université de Berne. La présente étude fera également l'objet en 2008 d'une publication dans la revue *Initium* (université de Barcelone), dirigée par notre collègue Aquilino Iglesia Ferreirós dont les travaux sur la réception du droit romain et ceux qu'il a suscités sur le même thème nous ont encouragés à reconsidérer le cas français.

1. Nombreuses indications de la bibliographie, extrêmement fournie, dans J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, p. 178-185, et J. Gaudemet, « Les persistances du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », dans *"Excerptiones iuris": Studies in Honor of André Gouron*, éd. B. Durand et L. Mayali, Berkeley, 2000, p. 227-260. On signalera depuis, la publication en 2003 d'une traduction en français de l'ouvrage de P. Stein (*Roman Law in European History*) déjà paru en diverses langues : *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, édité et préfacé par J.-Ph. Dunand et A. Keller, Bruxelles, Bruylant, LX-174 pages. Sur l'historiographie de la réception du droit romain dans l'empire romain-germanique, M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police, 1600-1800*, Paris, 1998, p. 79 et suiv. Beaucoup d'informations sur le cas des royaumes ibériques dans *El derecho comun y Europa*, (Actes des Journées internationales d'Histoire du droit de l'Escorial, juin 1999), Madrid, 2000. Encore peu connus en France, les Actes des riches colloques organisés sur le thème de la réception par A. Iglesia Ferreirós, *El Dret comú i Catalunya*, Barcelone, Associació Catalana d'Historia del Dret « Jaume de Montjuïc », (depuis 1995), et la revue elle aussi annuelle dirigée par le même, *"Initium". Revista Catalana d'Historia del Dret*, depuis 1996. La problématique de la réception participe naturellement de la polémique et ancienne question du rayonnement et du déclin en Europe du *jus commune* médiéval (voir notamment les études réunies dans *El Dret comú i Catalunya. Actes del VIII Simposi Internacional*, dir. A. Iglesia Ferreirós, Barcelone, 2000 ; et tout récemment le volume d'Actes dirigé par I. Birocchi et A. Mattone, *Il diritto patrio. Tra diritto comune e codificazione, secoli XVI-XIX*, Rome, Viella, 2006). Il est artificiel, en romanistes ou médiévistes nostalgiques, de rattacher le problème historique de la réception du droit romain au débat contemporain sur la construction par l'Union d'un droit européen uniforme. Voir par exemple les réflexions de M. Ascheri, « Un tournant dans la tradition du droit civil : du *ius commune* au Code Napoléon », *Revue juridique d'Auvergne*, vol. 2001/4, p. 143-150. Du même, « Dal diritto comune alla codificazione : quale discontinuità », dans *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, t. I, 2003, Giuffrè, p. 23-34.

dans sa totalité, le cas français. Une telle proposition est de nos jours encore bien susceptible, à tout le moins, d'irriter. Mais n'y a-t-il pas eu de très sérieux juristes pour autrefois déclarer et démontrer qu'en France le droit civil a bien été « reçu » ? Les arguments que pour ce faire ils ont eu à combattre sont pleins d'enseignements. Nous n'en évoquerons ici qu'un seul, parmi les plus saillants et les plus durs à ébranler hier, puis à l'époque contemporaine : l'interdiction d'enseigner ou d'étudier le droit romain dans Paris et ses environs, proclamée en 1219 dans la bulle *Super speculam*.

Irritante, peut-être même scandaleuse, l'idée que le droit romain ait pu faire l'objet d'une « réception » en France. C'est qu'à l'époque contemporaine, jusque dans les années 1960-1970, les historiens du droit ont chez nous très peu été portés à étudier l'impact de la science juridique universitaire médiévale sur l'élaboration de notre droit privé, encore moins sur celle de notre droit public. Les *lecturae*, les gloses, les commentaires, les *repetitiones* sur les textes du *Corpus*, les *tractatus* même des professeurs et des docteurs n'auraient-ils pourvu qu'à la formation abstraite de milliers et de milliers de diplômés ? Plus significativement encore, jusque dans les années 1960-1970, les historiens du droit en France se sont à l'inverse montrés fort enclins à considérer, et à enseigner, que l'élaboration du droit à la fin du Moyen Âge et sous l'Ancien Régime avait au royaume capétien échappé substantiellement (excepté de rares domaines, comme les obligations) aux leçons du *jus commune*. L'expression vernaculaire « droit commun » sous la plume d'un Beaumanoir, pensait-on alors, n'aurait guère désigné le *jus commune* mais, déjà, un droit d'essence nationale ². Quant aux droits civil et canonique, ils figuraient des « droits savants », comme s'ils n'avaient pas eu pour vocation première de nourrir la pratique ³. Pour la majeure partie de nos prédécesseurs, la source « essentielle » du droit privé français aurait été la coutume, qu'ils concevaient comme un droit forgé par les populations elles-mêmes, une sorte de *Volksrecht* que le pouvoir royal se serait libéralement fait un devoir de respecter. Les manuels déroulaient une vision du génie juridique particulier de la France fait d'une volonté aussi précoce que tenace, face au droit romain considéré comme étranger,

2. G. Giordanengo, « *Jus commune* et « droit commun » en France du XIII^e au XV^e siècle », dans *Droit romain, "jus civile" et droit français*, J. Krynen dir., (*Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 3), Toulouse, 1999, p. 219-247.

3. Pierre Legendre a le premier fustigé cette académique opinion. « La France et Bartole », dans *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milan, 1962, p. 133-172.

de préserver l'originalité des usages locaux, de composer un droit propre, ce dont témoigneraient hautement les premiers « livres coutumiers », puis la rédaction officielle des coutumes, enfin les grandes ordonnances de Louis XIV et de Louis XV, elles-mêmes annonciatrices des codifications napoléoniennes⁴. La romanisation rapide du droit méridional ? On l'expliquait par la persistance locale durant le haut Moyen Âge de l'empreinte romaine sur les usages. Olivier-Martin écrivait que les pays du Midi étant en réalité « comme les autres, des pays de coutume », le roi aurait en quelque sorte laissé à ses sujets « libres de suivre le droit de Justinien ».

Si les choses ont certes commencé à changer autour des années soixante, on observe que les travaux explorant la diffusion du droit romain dans telle ou telle région n'y ont toutefois vu que de la « pénétration ». Roger Aubenas examina « La pénétration du droit romain dans le Midi » (1964), Jacques Brejon de Lavergnée « La pénétration du droit romain dans l'Ouest de la France » (1967), Marie-Louis Carlin sa pénétration dans les actes de la pratique provençale (1967), après que Georges Chevrier l'ait étudiée dans le comté de Bourgogne (1957), André Gouron en Septimanie (1957), Jean-Philippe Lévy en Poitou, Bretagne et Anjou (1957) : dans tous les titres il est question de « pénétration », terme à connotation militaire, qui indique une certaine violence, une sorte d'invasion, d'agression ou d'intrusion venant d'un corps étranger, et qui suggère de la « résistance », pour le moins des « réactions » de défense⁵. Bref, l'idée dominante est que si la France médiévale n'échappe pas totalement au renouveau scientifique du droit romain, elle ne cesse d'y résister⁶. Nulle part il est question d'apparition du droit romain, d'influence, d'expansion, de diffusion, encore moins d'application⁷.

4. J. Krynen, « *“Voluntas domini regis in suo regno facit ius”*. Le roi de France et la coutume », *Él Dret comú i Catalunya*, éd. A. Iglesia Ferreirós, Barcelone, 1998, p. 59-89. Du même, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », dans *Droits et pouvoirs*, dir. G. Giordanengo, vol. VII des *Cahiers de recherches médiévales*, année 2000, p. 171-187.

5. Déjà, en 1907, dans les *Mélanges Chabaneau*, p. 560 et suiv., E. Meynial avait publié des « Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XII^e et XIII^e siècles ».

6. A la suite d'E. Meynial, on a longtemps estimé à tort que les clauses de « renonciation » au droit romain dans les actes de la pratique traduisaient l'hostilité foncière des populations. Cf. J. Gaudemet, article cité à la note 1, p. 250-251. On note l'évolution qui se dessine à partir des années 1970 chez les historiens privatistes au travers du terme « confluence » : *Confluences des droits savants et des pratiques juridiques*. Actes du colloque de Montpellier (décembre 1977), Milan, 1999.

7. À de notables exceptions près (A. Gouron, « Diffusion des consulats méridionaux et expansion du droit romain au XII^e et XIII^e siècle », *BEC*, 1964, p. 53 et suiv.).

Quant à l'influence du droit savant sur la genèse et le développement de l'État royal, cette passionnante problématique ne suscite de véritable intérêt qu'après 1970. Auparavant, malgré l'exemple d'un Gabriel Le Bras⁸, nos prédécesseurs, tributaires du positivisme régnant encore sur l'Université, réfractaires au fait que les doctrines agissent sur les pratiques politiques et sociales, n'imaginent pas utile de mettre en regard le plein essor du droit royal, législatif, judiciaire, administratif, fiscal, dynastique même, avec le renouveau du droit civil et canonique. Du reste, pour la plupart, le droit public n'est pas une matière noble⁹.

Depuis une trentaine d'années, nombreux, souvent même importants sont les travaux d'histoire du droit français à avoir coupé court à tous ces préjugés. Pas d'étude du droit pratiqué sans égard aux doctrines savantes, telle semble être aujourd'hui devenue la bonne méthode. Le droit romain passerait-il désormais pour avoir été « reçu » au royaume capétien ? Il s'en faut de beaucoup. Une crainte foncière de surévaluation de la romanité de notre ancien droit anime toujours nombre de monographies et d'essais de synthèse d'histoire de l'État¹⁰. D'un autre côté, sous la plume des historiens du droit

8. « Le droit romain au service de la domination pontificale », *RHDFE*, 27 (1949), p. 376-398. « Les origines canoniques du droit administratif », dans *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, 1956, p. 395-412.

9. Notation d'A. Tardif, à propos des *Lois civiles* de Domat : « La seconde partie est consacrée au droit public et n'offre que bien peu d'intérêt » (*Histoire des sources du droit français. Origines romaines*, Paris, 1890, p. 495).

10. Ainsi chez A. Rigaudière. Voir son recueil d'études *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen Age (XIII^e-XV^e siècle)*, Paris, 2003, (« Première partie : Le poids de la romanité », p. 35-173, et « Perspectives », p. 683). S'agissant de la législation royale à la fin du Moyen Âge, A. Gouron a conclu à « la défiance, sinon parfois l'hostilité dont témoignent les rédacteurs d'ordonnances à l'égard du *ius civile* ». Cf. son article « Ordonnances des rois de France et droits savants (XIII^e-XV^e siècles) », *CRAIBL*, nov.-déc. 1991, p. 863. Le débat reste ouvert ; voir par exemple G. Giordanengo, « Le roi de France et la loi : 1137-1285 », dans « *Colendo iustitiam et iura condendo...* ». *Federico II legislatore del regno di Sicilia nell'Europa del Duecento*, Actes du colloque international organisé par l'Université de Messine (1995), p. 348-349 particulièrement. Il est bien rare, de toutes façons, que dans les textes de la pratique politique, comme de la doctrine politique, le droit civil fasse cavalier seul. Il se mêle, s'entremêle ou même se fond, dans le droit canonique notamment, lequel lui sert ainsi de vecteur (A. Lefebvre-Teillard, « Recherches sur la pénétration du droit canonique dans le droit coutumier français – XIII^e-XVI^e siècle – », *MSHDB*, 40, 1983, p. 59-76). Mettre en lumière l'influence du droit canonique sur le droit public de l'Ancienne France, comme déjà l'avait esquissé F. Olivier-Martin (*Actes du congrès de droit canonique*, Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique, Paris, avril 1947, p. 362-368), ne doit pas faire oublier que celui-ci fut « un droit romain second » (Pierre Legendre). La doctrine théologique médiévale du pouvoir législatif s'est elle-même nourrie de l'enseignement des glossateurs. Ainsi le principe fondamental de la « juste cause » devant légitimer la loi nouvelle, principe de facture romano-canonique, amplement relayé par saint Thomas, se lit-il constamment dans les lettres patentes, jusqu'à la Révolution. F. Seignalet-Mauhourat, « La valeur juridique des préam-

privé, le mot « réception », s'il n'est plus tabou, demeure assez exceptionnel, et lorsqu'il est employé ce n'est qu'encadré de limites géochronologiques bien restrictives. Le mot « réception » n'est admis que pour décrire l'expérience juridique du Midi de la France, un Midi qui après un temps de « pénétration » et de « résistance » (12^e-14^e siècle), n'aurait qu'avec l'implantation des Parlements connu la « réception » du droit romain. C'est la manière de voir et d'expliquer de Jean-Philippe Lévy et de Jean-Louis Thireau, estimant qu'au Nord, après un temps de simple « pénétration », se serait produit à la fin du Moyen Âge une fermeture définitive. Ainsi, en France méridionale, une réception tardive, en France septentrionale, point de « réception »¹¹.

Nous avons été cependant très sensible à cette insistante précision de Jean-Philippe Lévy : « (...) au total cependant lorsqu'elle s'arrête, le bilan de la pénétration est considérable », puisque « sur le plan substantiel elle porte à peu près sur toute la procédure (...) et sur les contrats (...), ainsi que dans une large mesure, sur la protection des mineurs ». Très sensible encore à ce qu'il affirme à propos de la pénétration « superficielle » du droit romain (par le biais de la terminologie), laquelle « ne doit pas être prise à la légère, car lorsqu'une institution prend le nom d'une autre, elle subit une inévitable contamination et tend à emprunter la nature de celle que ce mot désignait »¹². Si donc dans le Nord de la France le bilan de la pénétration « substantielle » a été « considérable » et si, en outre, celui de la pénétration « superficielle » ne doit pas être pris à la légère, ne pourrait-on pas admettre qu'il y eut, au-dessus de la Loire, en pays de coutumes, une certaine réception ?

À partir du xvi^e siècle, au Nord, écrit Jean-Louis Thireau, « le droit romain a subi en France un sort opposé à celui qu'il connaissait dans d'autres pays d'Europe, en particulier dans ceux où il avait fait l'objet d'une réception récente : il s'est vu refuser la qualité de droit positif, et par conséquent de droit commun, et ravalé au rang d'un simple modèle, dont l'autorité devait demeurer purement doctrinale »¹³. Mais il explique aussi que la France, malgré la puissante offensive des partisans du droit commun coutumier, « n'a pas quitté

bules des ordonnances et des édits sous l'ancien régime », *RHD*, 84 (2), avril-juin 2006, p. 229-258.

11. J.-Ph. Lévy, « La pénétration du droit romain dans le droit français de l'Ancien Régime (esquisse générale) », dans *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, 1999, p. 475-499. J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, 2001, p. 220 et suiv.

12. Article cité à la note précédente, p. 497-498.

13. Ouvr. cit., p. 226.

la famille des droits romanistes, et le refus de reconnaître toute autorité officielle au droit romain n'implique pas qu'il ait perdu toute influence ». D'abord ce droit figure toujours la raison écrite, le siège de l'équité, surtout « l'intérêt des Français s'est maintenu (...) d'un point de vue utilitaire. Dès la fin du xvi^e siècle beaucoup ne voyaient plus en lui qu'une réserve d'arguments et de solutions techniques où ils pouvaient puiser à volonté, en fonction des besoins du droit français, dès lors que ces emprunts n'allaient pas à l'encontre de l'esprit ou des règles de celui-ci mais contribuaient à le compléter et à l'enrichir ». Et notre collègue de citer plusieurs exemples d'utilisations sélectives et de solutions venues du droit romain ¹⁴. Au bout du compte, « modifiées, adaptées et interprétées par la pratique, les solutions venues du droit romain finissaient par perdre leurs caractères d'origine et par être pleinement intégrées au droit français, "naturalisées" comme l'écrivait Pasquier, transplantations qui rendaient d'autant plus inutile le recours direct aux sources romaines » ¹⁵. Mais peut-on naturaliser sans recevoir, un tant soit peu ?

Parcourons les chapitres 33 à 39 du neuvième livre des *Recherches de la France*, où Étienne Pasquier met en rapport la diffusion du droit romain avec l'essor des universités. Il n'y est pas expressément question d'une « réception » du droit civil. Mais les mots et les expressions qu'il utilise n'en sont pas moins très évocateurs : il déclare d'emblée que « nous avons naturalisé » le droit civil des Romains, que par le canal des Facultés ce droit est venu « se loger » au royaume de France (deux occurrences). Un peu plus loin il évoque « la promotion du droit des Romains en France », puis, au terme de sa revue des créations successives des facultés de droit civil, il conclut : « Voilà comment petit à petit se planta le droit civil des Romains en France ». Ce n'est pas tout. Lorsqu'au chapitre 38 il souligne le rôle des gens de robe, il explique que sous l'action des cours et des tribunaux le droit romain est « passé en forme de loi française », que nous nous sommes « transformés en lui », que nous lui avons non seulement « emprunté » mais fait en sorte de le « transplanter » en notre France, où il « nous a servi de leçon ». Par le biais universitaire, le « droit de Justinien s'est habitué chez nous » ¹⁶.

14. La prescription par dix et vingt ans, la représentation successorale, l'hypothèque légale de la femme mariée, la légitime. Ouvr. cit., p. 232.

15. Ibid.

16. *Les Recherches de la France*, édition critique établie sous la dir. de M.-M. Fragonard et F. Roudaut, t. III, p. 1876, 1894, 1901, 1904, 1920, 1922, 1928, 1936.

Pasquier ne peut être suspecté de complaisance pour le *jus civile*, lui qui s'est mis en tête d'exhumer les origines non-romaines du droit français. C'est en le déplorant qu'il reconnaît que depuis trois siècles ce droit qui nous était « aubain » est peu à peu devenu le nôtre, par un processus de naturalisation. Mais la naturalisation, n'est-ce pas la marque d'une réception réussie ? Certes, la France ne s'est pas offerte à une « réception massive », à la manière allemande, et on peut même estimer avec Jean-Louis Thireau qu'à partir du *xvi^e* siècle, sur une moitié de son territoire, l'évolution du droit se situe « à l'opposé d'une réception massive »¹⁷. Encore faut-il garder à l'esprit la plasticité de la frontière juridique entre pays de coutumes et pays de droit écrit¹⁸, l'injection de règles romaines dans les coutumes lors de leur rédaction¹⁹, la foule des coutumes rédigées qui prévoient expressément de pallier leurs lacunes par le droit romain ou qui, dans nombre de leurs articles, prévoient de recourir à la raison écrite²⁰. Et encore faut-il garder à l'esprit la décisive influence du droit savant sur le droit criminel français. Bernard Schnapper, dans une de ses plus édifiantes études [« Les peines arbitraires du *xiii^e* au *xviii^e* siècle », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41 (1972) et 42 (1974), p. 89-90] l'a fortement souligné : « Il y eut dans cette discipline une véritable réception du droit romain analogue à celle que connut le Saint Empire mais inavouée par le législateur ».

Pourquoi Pasquier n'use-t-il point du terme de « réception » ? C'est que, fervent nationaliste, il insiste sur le fait que la prolifération des facultés de droit civil en France n'a pas impliqué pour autant une quelconque soumission du royaume au droit des Romains, d'origine étrangère. À l'appui, il cite les lettres patentes de juillet 1312 où Philippe le Bel, réorganisant les études à l'Université d'Orléans, affirmait clairement que ni lui, ni ses successeurs, n'avaient « reçu » le droit écrit (le verbe *recipere* est dans ce texte employé à trois reprises) et que, par conséquent, l'enseignement de ce droit en pays coutumier ne signifie pas que le royaume est régi par le droit romain²¹. Notons

17. *Introduction historique au droit*, p. 231.

18. Cf. J. Hilaire, « Coutume et droit écrit : recherche d'une limite », *MSHDB* 40 (1983), p. 153-175.

19. Cf. J. Krynen, « *Voluntas domini regis in regno facit ius...* », art. cit., p. 79-80.

20. Celles de Bourgogne, de Flandre, d'Auvergne et de Berry dans le premier cas, de Melun, Sens, Etampes, Orléans et Tours dans le second. À quoi il faut ajouter la jurisprudence des arrêts. J. Krynen, « Le droit romain "droit commun de la France" », *Droits* 38 (2003), p. 27-29.

21. Éd. cit., p. 1907-1909.

bien que cette mise au point royale de 1312²², désensablée par l'auteur des *Recherches de la France*, a durablement marqué les esprits : un grand nombre de jurisconsultes et de publicistes y référeront sous l'Ancien Régime pour marquer l'indépendance de la France par rapport à tout système juridique étranger. Ainsi le terme « réception » s'est-il vu très tôt connoté, comme si « recevoir » le droit romain, comme ce fut le cas dans l'Empire à partir de 1495, devrait signifier acceptation complète, reconnaissance officielle et massive de ce droit en tant que droit positif. Il n'en demeure pas moins, comme nous allons le voir, que d'autres anciens jurisconsultes ont raisonné en terme et dans une logique de « réception ».

Au demeurant, comment expliquer qu'aujourd'hui, s'agissant du cas français, nous nous braquions toujours sur une acception étroite de la réception du droit romain ? Ceci à la différence par exemple des historiens du droit espagnol (Hinojosa, Font Rius, Iglesia Ferreirós)²³ ? Recevoir c'est accueillir quelque chose qui vient de l'extérieur, qui surgit, se présente, éventuellement s'impose. Ainsi le droit justinien, à partir de l'Italie. La réception peut engendrer une attitude positive, joyeuse, comme une attitude négative, boudeuse, elle peut être officielle et rapide, à l'inverse discrète et lente, elle peut se révéler massive ou sélective, et entre ces extrêmes se manifester selon les époques et les lieux par des comportements extrêmement fluctuants. Comme la pénétration, qui peut être substantielle ou superficielle, la réception peut être profonde ou de façade. Ce serait un grand tort de donner à croire qu'un système juridique vieux de plusieurs siècles ait pu être reçu dans l'un ou l'autre pays, au sens d'accepté pour le tout et comme pour toujours. Au Midi comme au Nord du royaume de France, comme partout ailleurs, Code, Nouvelles, Digeste et Institutes n'ont jamais constitué pour ceux qui (via l'interprétation des *doctores legum*) les invoquaient, dirigeants, administrateurs, praticiens, qu'un libre gisement de normes et d'arguments d'autorité, non exclusif d'autres.

Venons-en à l'objet particulier de cette contribution : l'historiographie de la bulle *Super speculam* de 1219. Nous croyons en effet que la fausse interprétation qui fut donnée au siècle dernier de cette prohibition pontificale d'enseigner le droit romain à Paris a fort

22. Dont le contexte et le sens ont parfaitement été mis en lumière par J.-M. Carbasse dans le n° 19 (1998) de cette revue. « Le royaume et l'Empire : quelques jalons médiévaux », p. 11-33.

23. A. Iglesia Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, I, Madrid, 1996, p. 432-434 tout particulièrement.

contribué à l'époque contemporaine au dévoiement de l'étude des « sources » du droit français, ouvert la boîte à sublimation de la coutume, barré la route à toute idée de réception du droit romain, empêché longtemps que l'on s'enquît même de sa diffusion. Il vaut la peine, dans un premier temps, de retracer à grands traits comment, de 1880 à 1992, nos prédécesseurs ont cru, et colporté, contre toute vérité, que le Capétien avait été le commanditaire de cette bulle. Nous verrons ensuite que cette interprétation « régaliste », corrigée depuis peu, avait déjà sous l'Ancien Régime fait l'objet de très vives condamnations, et qu'exhumer cette ancienne querelle²⁴ offre du grain à moudre à qui ne réfuterait plus aujourd'hui a priori l'idée d'une réception, large et continue, du droit romain en France.

D'ADOLPHE TARDIF À GÉRARD GIORDANENGO

De 1880 à 1992, en tenant pour certain et évident que Philippe Auguste avait sollicité d'Honorius III l'interdiction de l'enseignement du droit civil dans la capitale, en plaçant ce roi à l'origine de cette censure, les historiens du droit ont à l'époque contemporaine accrédité l'idée d'une volonté officielle d'empêcher au royaume la diffusion d'un tel droit. De cette imaginaire hostilité royale, érigée en dogme scientifique, et qui fit aussi quelques dégâts, disons, collatéraux²⁵, nous sommes à peine sortis voici quinze ans.

En 1880, dans la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Adolphe Tardif publie à la rubrique « Variétés » un texte de quatre pages intitulé « Note sur une bulle d'Honorius III relative à l'enseignement du droit romain dans l'Université de Paris ». Le professeur à l'École des chartes répond à une simple remarque qu'Exupère Caille-

24. Comme nous y a encouragé, chemin faisant, l'étude de J. Moreau-David, « La querelle de l'enseignement du droit romain à Paris : le point de vue de Claude-Joseph de Ferrière », *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, 2001, p. 295-309.

25. Elle constitua sous la plume de B. Kriegel le point de départ de sa théorie de la « relégation » du droit romain par la France, théorie qui, inscrite dans nombre de ses travaux sur la formation de l'État de droit, a fait écho ici ou là, principalement auprès des spécialistes, comme elle, d'histoire de la philosophie et des idées politiques modernes. Cet auteur ne nous a pas pardonné de l'avoir sur ce point précis d'histoire juridique mis en cause dans un de nos articles (« L'encombrante figure du légiste. Remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'État », *Le Débat*, 74 (1993), p. 48), comme le montrent ses virulentes répliques dans plusieurs de ses travaux ultérieurs. Il nous paraît certain que cette théorie de la « relégation » n'aurait pas été échafaudée par elle si les historiens du droit français de la première moitié du xx^e siècle, dont elle tire l'essentiel de son information, n'avaient pas eux-mêmes dans leur majorité témoigné d'une vision antiromaniste de notre passé juridique.

mer, doyen de la Faculté de droit de Lyon, avait faite dans un article paru l'année précédente dans la même revue. Celui-ci avait incidemment jugé la bulle assez paradoxale ²⁶. Tardif n'hésite pas à dire qu'il faut « rechercher la cause véritable de l'acte de 1219 en dehors des motifs qui y sont allégués. Cette cause n'est autre que l'intervention de Philippe Auguste qui demanda au Pape d'interdire l'enseignement du droit romain dans la nouvelle Université de Paris » ²⁷. Et d'avancer pour preuve l'ordonnance de Philippe le Bel de juillet 1312 où ce roi déclare à propos de l'université parisienne que « pour que l'enseignement de la théologie (y) fit plus de progrès, nos prédécesseurs n'ont pas permis qu'on y enseignât les lois séculières, ou le droit civil, et ils ont même obtenus du siège apostolique l'interdiction de cet enseignement sous peine d'excommunication » ²⁸.

De cet extrait où Philippe le Bel évoque ses « prédécesseurs » sans toutefois en citer un seul, Tardif n'en retire pas moins la certitude selon laquelle la bulle n'est pas un acte émis *motu proprio*, mais sollicité par un Philippe Auguste pour, affirme encore Tardif sans que rien ne l'y autorise, « arrêter les progrès du droit écrit ». Voilà le point de départ.

L'année suivante, en 1881, dans la *Revue catholique des institutions et du droit*, Henri Beaune lui fait écho ²⁹. En 1885, le père Antonin Danzas, dans son livre sur *Les temps primitifs de l'Ordre de saint Dominique*, observe que « c'est un fait acquis aujourd'hui, que l'acte pontifical fut promulgué à la sollicitation du roi » ³⁰. En 1890, dans son *Histoire des sources du droit français (Origines romaines)*, Tardif non seulement réitère sa thèse, mais il donne une plus ample explication à l'intervention (supposée) de Philippe Auguste, en alléguant le danger impérial : le roi de France a fait proscrire l'étude des lois romaines pour faire barrage aux prétentions universalistes de l'empereur germanique ³¹. Et d'ajouter que ce motif « d'ordre politique » fut partagé dans les milieux officiels jusqu'au règne de Louis XIV.

Dès lors, le mouvement est lancé. Du manuel de Brissaud (1898) aux derniers manuels de la fin du xx^e siècle, confortés par l'étude de

26. E. Caillemer, « L'enseignement du droit civil en France vers la fin du treizième siècle », *NRHDFE*, 1879 (p. 599-614), p. 611.

27. *NRHDFE*, 1880, p. 293.

28. *Ibid.*, p. 293-294.

29. « L'enseignement du droit romain et la papauté », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1881, p. 24.

30. Cf. tome II, Paris, Lyon, 1885, p. 106.

31. Paris, 1890 (réimp. Scientia Verlag Aalen, 1974), p. 329-330.

Chénon sur « Le droit romain à la *curia regis* de Philippe Auguste à Philippe le Bel »³², légion sont les auteurs qui, sans même plus se référer à Tardif, vont répétant que le Capétien a sollicité l'interdiction du droit romain et pour affirmer la souveraineté de la royauté française vis-à-vis de l'Empire, et pour préserver l'essor du droit coutumier. Dans son grand ouvrage de 1948, Olivier-Martin se fait le champion de cette interprétation, de ce double motif³³. Ainsi forgée, et patronnée, la thèse régaliste tient lieu de vulgate. A ce point qu'en 1980 encore, lors du colloque international organisé par le CNRS sur *La France de Philippe Auguste*, Marguerite Boulet-Sautel, tout en prenant en considération les travaux récents sur la diffusion du droit romain en France au XII^e siècle, n'en réaffirme pas moins l'interprétation traditionnelle³⁴.

Le plus frappant, dans l'établissement et la propagation de cette vulgate, c'est l'impasse presque totale, la chape de plomb maintenue sur les critiques qu'elle suscita. Car non seulement la thèse de l'intervention royale paraît bien avoir laissé quelques auteurs dubitatifs, comme Alfred Gautier (1882), Georges Bois (1883), Adhémar Esmein (1892), Émile Glasson (1903), Joseph Declareuil (1925), lesquels ne font aucun écho à la théorie de Tardif, mais elle a provoqué en retour au moins quatre réactions hostiles : celle d'Exupère Caillemer en 1881, de l'Abbé Periès en 1890³⁵, surtout la même année celle de Marcel Fournier, dans un article de trente-neuf pages à la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, puis, en 1952, celle de Stephan Kuttner dans une contribution de vingt-deux pages parue dans des mélanges offerts à Martin Wolff³⁶.

Comment expliquer l'absence de prise en considération de ces deux derniers auteurs, l'un historien renommé des universités médié-

32. *Mélanges Fitting*, I, Paris, 1907, p. 96-112. Etude dont il reprend la substance dans son célèbre manuel (*Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, I, Paris, 1926, p. 508-509).

33. *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, p. 122.

34. *La France de Philippe Auguste. Le temps des mutations*, dir. R.-H. Bautier, Paris, 1982, p. 489-500.

35. E. Caillemer, « Le pape Honorius III et le droit civil », Lyon, 1881 (Discours prononcé dans la séance solennelle de rentrée des Facultés de l'Académie de Lyon). G. Periès, *La faculté de droit dans l'ancienne université de Paris (1160-1793)*, Paris, 1890, p. 93.

36. M. Fournier, « L'Eglise et le droit romain au XIII^e siècle. A propos de l'interprétation de la bulle *Super speculam* d'Honorius III, qui interdit l'enseignement du droit romain à Paris », *NRHDFE*, 1890, p. 80-119. S. Kuttner, « Papst Honorius III und das Studium des Zivilrechts », *Festschrift für Martin Wolff*, éd. E. Von Caemmerer et al., Tübingen, 1952, p. 79-101. Repris dans *Gratian and the Schools of Law (1140-1234)*, Londres, 1983, Variorum reprints, X (et p. 43-47).

vales, l'autre grand historien du droit canonique médiéval ? Dans un cas, on peut incriminer la force d'attraction de la thèse de Tardif, en parfait accord avec une université et une intelligentsia françaises converties, depuis la défaite de Sedan et la proclamation d'un nouveau Reich, à l'antigermanisme : le droit romain, droit impérial, d'essence autoritaire, a autrefois servi les prétentions à la domination universelle des souverains allemands. Pour Henri Regnault, la bulle « est une deuxième leçon donnée après celle de Bouvines »³⁷... Mais dans l'autre cas ?

Il a fallu attendre une trentaine d'années pour que chez nous ces deux savantes réfutations parviennent à la surface. Une première fois, c'est Jacques Verger, lors du colloque de 1980, qui, réagissant à la communication de Marguerite Boulet-Sautel, déclare qu'il est de ceux qui « ne croient guère » qu'il faille imaginer la main du roi derrière la bulle pontificale : « les évidences documentaires manquent ; les raisons qu'aurait eues le roi d'agir ainsi ne sont pas claires »³⁸. On doit ensuite à Gérard Giordanengo d'avoir réexaminé le dossier en profondeur et démontré, dans les *Mélanges offerts à Georges Duby* (1992), toute la solidité et la pertinence des arguments de Stephan Kuttner, eux-mêmes très proches de ceux de Marcel Fournier : *Super speculam* est une mesure pontificale, exclusivement, de discipline ecclésiastique, résultant d'une conjonction d'intérêts intellectuels. Il s'est agi pour le pape, une fois de plus, de protéger l'étude de la théologie de la concurrence des sciences lucratives, le droit civil en l'occurrence, auquel s'adonnaient trop de clercs, séculiers et réguliers. Ce n'est rien d'autre, et surtout pas une quelconque preuve d'hostilité d'un roi tel que Philippe Auguste au droit romain³⁹.

DE PIERRE REBUFFE À JEAN D'AVEZAN

Tardif, justifiant l'origine royale de la bulle de 1219 par l'ordonnance de 1312, laisse penser que cette trouvaille (prétendue) est sienne, lui qui ne l'attribue à personne avant lui. Mais un an plus tard (1881), Henri Beaune fait observer qu'un tel rapprochement avait déjà été opéré par Grosley et Antoine Terrasson au XVIII^e siècle. Il

37. Cité par J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, p. 181.

38. « Des écoles à l'Université : la mutation institutionnelle », dans *La France de Philippe Auguste*, ouvr. cit., p. 844.

39. « Résistances intellectuelles autour de la Décrétale *Super Speculam* (1219) », *Histoire et société. Mélanges offerts à Georges Duby*, Aix-en-Provence, 1992, p. 141-155.

note même que Pierre Rebuffe et Pasquier, au xvi^e siècle, puis Claude-Joseph de Ferrière, ont commenté diversement la bulle ⁴⁰.

Voilà qui nous a conduit à scruter ces auteurs, lesquels nous ont derechef renvoyé à d'autres anciens jurisconsultes. Grande au bout du compte fut notre surprise ; la controverse contemporaine avait déjà eu lieu, plus âpre, plus longue aussi, de la Renaissance à la Révolution. Et notre satisfaction ; car tandis qu'au xx^e siècle la thèse régaliste, nationaliste, anti-romaine, avait écrasé les autres, une thèse « romaniste », aux Temps modernes, n'avait eu de cesse que de grandir et de s'affirmer.

Dans un de ses très nombreux traités, le *Tractatus nominationum* (1536), Pierre Rebuffe (ou Rebuffi), professeur de droit canonique à Paris et avocat au Parlement ⁴¹, expose, ce sont ses propres termes, un *novus intellectus ad capitulum Super speculam*, véritable plaidoyer en faveur d'un enseignement officiel du droit civil dans la capitale ⁴². Ce qui le motive, par-dessus tout, c'est l'*utrumque jus*, autrement dit l'impossible intelligence des canons sans le secours des « lois », ces *leges* que Dieu, par l'intermédiaire des empereurs romains a donné en partage au genre humain. « *Ius canonicum et civile sunt connexa* ». De même que les lois « n'ont pas dédaigné imiter les canons sacrés » [X, 2, 8], ceux-ci « n'ont pas dédaigné approuver les *iura civilia* ». Bien des lois ont été incorporées au Décret de Gratien, d'autres ont été expressément approuvées par les papes. Ces deux droits « fraternisent » (*fraternizant*). Pas de *iurisconsultus perfectus*, pas d'accès à la pratique des tribunaux, pas d'accession même aux fonctions dirigeantes, sans la science de l'un et l'autre droit. Rebuffe cite sur ces points plusieurs des autorités classiquement invoquées (Révigny, Balde, Andrea Barbatia), et même cette forme de dicton courant depuis longtemps en Italie, qu'il extrait des *Singularia doctorum* : « Io te dico, ch'el legista senza capitolo vale poco, ma il canonista senza legge, vale

40. « L'enseignement du droit romain et la papauté », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1881, p. 24.

41. Pierre Rebuffe est né vers 1500 à Baillargues, dans les environs de Montpellier. Il est décédé en 1557, dix ans après avoir été ordonné prêtre. Sur cette figure de premier plan de la science juridique européenne, tout aussi peu étudiée aujourd'hui que son grand-oncle, le civiliste Jacques Rebuffi (mort en 1428, et qui resta longtemps dans la mémoire universitaire de Montpellier, cf. A. Gouron, « Rebuffi ou Rebuffe, Jacques », *Dictionnaire historique des juristes français*), voir la notice de R. Chabanne au *DDC*, VII, col. 475-477, et celle de Ch. Zendri au *Dictionnaire historique des juristes français, XIF-XX^e siècle*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen dir., Paris, 2007.

42. Cette « nouvelle compréhension » de la bulle occupe cinq des sept pages in-folio de la *quinta quaestio* soulevée dans le traité : « *Quinto principaliter quaeritur, quibus concedi possint nominationes ? Resp. graduatis, et debite qualificatis, qui per tempus competens in universitate famosa studuerint* ». Cf. *Tractatus varii*, Lyon, 1600, p. 110-116.

niente »⁴³. C'est pourquoi, confie-t-il en passant, lui-même, docteur *in utroque*, n'hésite pas dans ses cours de droit canon à l'Université de Paris à commenter tel ou tel titre du corpus de Justinien⁴⁴.

Ces lois romaines, qui ont été en quelque sorte « canonisées » (*canonizatae*), pour quelles raisons ne pourraient-elles être lues, *publice*, dans la capitale ? La bulle d'Honorius III ? Par une *antiqua interpretatio*, on y a vu bien à tort une prohibition générale d'enseignement du droit romain dans cette ville. Tout le *novus intellectus* proposé par Rebuffe consiste à démontrer que le texte pontifical n'a concerné que les religieux et les clercs ayant charge d'âmes, les *spirituales personae*, non point les autres personnes.

Pour restituer le vrai sens et l'exacte portée de la bulle, Rebuffe insiste préalablement sur le fait qu'elle se présente elle-même comme une réitération-extension de l'interdiction déjà faite aux moines par Alexandre III au concile de Tours (1163) de quitter leur cloître pour vaquer à l'étude des disciplines « mondaines » (médecine et droit), au détriment des sciences « spirituelles ». Survint (*supervenit*) Honorius III, qui, dans le même esprit, « *ut studium theologiae amplietur* », réitéra l'interdiction sous peine d'excommunication, tout en l'étendant aux clercs séculiers ayant un personnat (« *extendi ad archidiaconos, decanos, plebanos, praepositos, cantores, et alios personatus habentes, necnon presbyteros* »), extension due au fait que ces derniers étaient alors particulièrement nombreux à Paris à *audire vel docere leges*. Des simples clercs sans charge d'âmes, et des laïques, il n'est nulle part question dans cette partie médiane du texte pontifical où sont énumérées les personnes visées⁴⁵.

Pas plus qu'à la fin de celui-ci, lorsque le pape proclame : « (...) *firmiter interdiciamus et districtius inhibimus, ne Parisius vel in civitatibus seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire ius civile presumat, et qui contra fecerit, non solum a causarum patrocinii interim excludatur, verum etiam per episcopum loci appellatione excommunicationis vinculo innodatur* ». Ce n'est en effet qu'à la lumière du précédent passage de la bulle qu'il faut interpréter les termes « *quisquam (...) presumat (...)* ». Ceux-ci ne peuvent faire croire à une interdiction générale d'enseigner ou d'étudier le droit romain que détachés de l'énumération très précise de ses destinataires située en amont dans le texte, lequel forme un tout. Tout

43. *Tractatus nominationum*, éd. cit., p. 110-111, §. 3-14. Sur cette classique conviction, F. Merzbacher, « Die Parömie "Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil" », *Studia gratiana*, 13 (1967), p. 67-84.

44. Éd. cit., p. 112, §. 16.

45. Éd. cit., p. 112, §. 18.

le problème est là. Rebuffe, le premier, incrimine le démembrement de la bulle au sein des *Décrétales de Grégoire IX* dans trois titres différents⁴⁶, en fait la cause de la fausse interprétation traditionnelle, et le premier aussi en rapproche les parties, séparées dans la compilation officielle. La très évasive fulmination finale d'Honorius, qui seule avant lui semble avoir retenu l'attention, (le fameux « (...) quiconque osera enseigner ou étudier le droit civil »), doit ainsi être comprise comme n'englobant que les religieux et les clercs mentionnés quelques lignes plus haut. Procéder autrement, soit en ne tenant pas compte de l'éclaircissement que X, 3, 50, 10 procure à X, 5, 33, 28, serait faire fi des règles les plus élémentaires (de l'*interpretatio legis*) concernant la fonction « déclarative » du *dictum* ou de la *clausula praecedens* : « *clausula legis declarat aliam ambiguum* » ; « *praecedens clausula est maioris potentiae ad determinationem praecedentium, quam sequens ad determinationem praecedentium* », etc...⁴⁷. La « conclusion » qui précède n'est-elle pas ici celle qui n'énumère que des ecclésiastiques ?

À cette leçon de philologie juridique Rebuffe ajoute ses commentaires sur les *rationes* de la bulle. Le pape se déclare obligé de faire une interdiction spéciale pour Paris parce que dans cette ville, où affluent des hommes de toutes les parties du monde, les clercs continuent en masse de se détourner du *studium theologiae*. Or les laïques, eux, « *non audiunt nec docent theologiam* ». Il n'avait pas de raison de leur interdire l'enseignement et l'étude du droit civil. En outre, Honorius rappelle que la Sainte Église ne rejette pas le service des lois séculières. S'il avait interdit à tous d'en suivre ou d'en prodiguer les leçons, il aurait mis l'Église en contradiction avec elle-même. Une autre *ratio* incidemment alléguée dans la bulle renvoie au fait qu'il se présente rarement des causes ecclésiastiques (« *occurunt raro cause ecclesiasticae* ») que les canons ne peuvent résoudre. N'évoquant que les causes « ecclésiastiques » le pape ne laisse-t-il pas entendre que pour toutes les autres,

46. Aux livres III et V. Le passage interdisant le droit romain aux religieux, aux prêtres et clercs en possession d'un personat fut inscrit au titre 50 (*Ne clerici, vel monachi, secularibus negotiis se immisceant*) c. 10 (*Super specula*) du livre III, et la ferme proclamation finale adressée à « quiconque... » au titre 33 (*De privilegiis*) c. 28 (*Super specula*) du livre V. Un autre passage de la bulle sur les facilités accordées aux clercs étudiant la théologie fut inscrit au titre 5 (*De magistris*), c. 5, du même livre. Il a certainement fait aussi l'objet de commentaires. Le seul que nous avons relevé, celui de Jacques Boileau, docteur en théologie et canoniste, ne traite exclusivement que de la dispense de l'obligation de résidence des professeurs de la Faculté de théologie disposant d'un canonicat (*Ad Decretalem super specula de magistris Honorii III... ex lib. V Decret. Gregorii IX, opus Marcelli Ancyranii theologi* [Jacques Boileau], Paris, 1667, 71 pages. Réédition en 1695).

47. Éd. cit., p. 112-115, §. 19-33.

sans nombre (« *infinitae* »), le droit romain est indispensable ? Si en Île-de-France (*Francia*) et dans quelques autres provinces, dit encore ce pape, les laïques n'usent pas des lois des empereurs romains, il ne faut pas oublier qu'elles y ont tout de même cours « *tanquam rationabilibus* ». D'où leur étude à Orléans et à Poitiers. Ce n'est que parce qu'à Paris les ecclésiastiques s'adonnaient à l'étude ou à l'enseignement du droit romain en plus grand nombre qu'ailleurs, que la bulle leur en a fait spécialement interdiction, et a menacé des mêmes sanctions (exclusion de la défense des causes et excommunication) moines et clercs qui en sortiraient prétextant, dans des villes ou lieux voisins, en être affranchis. Selon Rebuffe, au demeurant, il s'en explique longuement, la bulle ne fait pas obstacle à ce que l'évêque puisse accorder des dispenses. Ce professeur et avocat au Parlement s'étonne enfin que l'on puisse penser que le pape Honorius ait voulu totalement bannir le droit romain de l'Université de Paris, lui qui l'autorisait à Rome, dans sa propre cité. Du reste, « *nemo audebit dicere, haec villa est mea* ». L'abus de pouvoir aurait été d'autant moins justifié, que dans cette capitale l'enseignement du droit romain y est d'une « *evidens utilitas* », « *ut iustitia servatur, et aequitas augetur* ». Ces « lois » que la divinité par les empereurs et les princes séculiers a distribué aux hommes, qui illuminent la terre entière (il cite la constitution *Habita*), on ne peut tout au plus en interdire l'enseignement et l'étude qu'à certaines personnes. La cité de Paris resplendit de sages et très savants jurisconsultes. Leur départ, *proh dolor*, y livrerait la *scientia legalis* aux pires convoitises, obligerait ceux qui veulent en entreprendre l'étude à s'expatrier à grands frais, au risque aussi, éloignés de la férule parentale, de sombrer dans les plaisirs, les mauvaises mœurs, et même l'hérésie. Et Rebuffe de conclure avec assurance, pour le *lector doctissime*, que c'est exclusivement dans le sens qu'il vient de révéler, si longtemps enfoui (*tamdiu sepultus*), d'une interdiction faite aux seuls religieux et aux clercs mentionnés, qu'il faut désormais comprendre le texte de la bulle ⁴⁸.

Avant même d'être édité ⁴⁹, ce plaidoyer est loin d'être passé inaperçu (il est fort probable qu'il ait été présenté devant les étudiants), il a même tôt fait parler de lui. Dans une de ses annotations sur le *Commentaire* de Cosme Guymier à la Pragmatique Sanction, Philippe Probus, qui du temps de Rebuffe avait lui aussi occupé une

48. Ibid., p. 115-116, §. 34-44.

49. Dans les *Tractatus varii* de cet auteur, dont la première édition date de 1575. Toutes les œuvres de Pierre Rebuffe ont été éditées après sa mort (1557) par les soins de son neveu Aymard Rebuffi.

chaire de droit canonique à l'Université de Paris⁵⁰, en fait vigoureusement état. Là où Guymier avait écrit⁵¹ que le *ius civile*, lu « *in curia romana* », ne peut cependant pas être lu à Paris du fait de l'interdiction pontificale contenue au chapitre 5 (*Super specula*), titre 5 (*De magistratibus*) du cinquième livre des *Décretales*, Probus rectifie aussitôt : « *Quando autem possit legi (Parisius), ponitur late per do. Pet. Rebuffi in tract. no. q. V. nu 16. et sequen* »⁵². Mais c'est Étienne Pasquier qui, en cette seconde moitié du xvi^e siècle, rend le plus largement compte de la montée des contestations. Il consacre tout le chapitre 36 du livre neuvième de ses *Recherches* à une critique de la bulle *Super speculam*. Lui qui en stigmatise la déconcertante rédaction⁵³ ne semble pas avoir sous les yeux le *Tractatus nominationum*, et ne fait qu'une rapide allusion au *novus intellectus* proposé par « le docte canoniste Rebuffe »⁵⁴. Plus déterminante, plus fondamentale lui apparaît l'intervention de Du Moulin dans le débat. Celui-ci, en effet, plutôt que de s'attarder sur le point difficile de savoir si le pape en 1219 avait ou non visé également les laïcs, a su mettre en avant l'empêchement juridique et politique dirimant qui aurait dû dissuader Honorius III d'intervenir : « Mais nostre grand Jurisconsulte François Maistre Charles du Moulin, par une liberté qui estoit née avecque luy, pour la protection des droits de nostre Couronne, soustient de pied ferme en une apostille par luy faite sur la Decretale d'Honoré, qu'il n'estoit en sa puissance de ce faire. Car apres avoir en un mot allegué l'opinion de Rebuffe, *Ego vero (fait-il) dico, quod Papa non habuit potestatem prohibendi in regno Franciae sive Laicis sive Clericis. Quia regnum Franciae nullo modo dependet a Papa* »⁵⁵. Voici donc contre la bulle, porté à la connaissance d'un large public par Pasquier, un nouvel argument, d'inspiration totalement gallicane,

50. Voir la notice d'E. Cortese sur cet important canoniste au *Dictionnaire historique des juristes français, XIF-XX^e siècle*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Kynnen dir., Paris, 2007.

51. Et enseigné. Cf. la notice de P. Arabeyre au *Dictionnaire historique des juristes français, XIF-XX^e siècle*.

52. Édition de 1556, Paris, Galliot du Pré, I, p. 150.

53. « Dechifrez cette Decretale de telle façon qu'il vous plaira, vous y trouverez un tel entrelas de parole, que serez bien empesché de juger sur quel pied furent faites ces defenses ». Éd. cit., p. 1891.

54. « Car le Docte Canoniste Rebuffe, estimant qu'il y eust quelques cas à redire en ces inhibitions, mais ne l'ozant à cœur ouvert decouvrir, fait gloire et se vante d'y avoir trouvé un nouvel intellect, et qu'elles avoient esté seulement faites contre les personnes ecclesiastiques ». Éd. cit., p. 1889.

55. Les *Recherches de la France*, éd. cit., p. 1889. Le passage visé de Du Moulin figure dans ses *Annotaciones ad libros V. Decretalium Gregorii Noni Pontificis, (Opera omnia*, Paris, 1658, III, p. 978.

qui frappe d'invalidité le texte pontifical, véritable « coup de supériorité » tenté par Honorius III sur la France ⁵⁶.

Ainsi, à la Renaissance, quelques professeurs, avocats et juristes des plus en vue contestent-ils haut et fort une absence d'enseignement officiel du droit civil à Paris fondée sur un vieux texte pontifical, mal interprété selon les uns, de toutes façons incompatible avec la souveraineté royale selon les autres.

Surgit en 1579 l'Ordonnance de Blois qui, dans son article 69, fait défenses aux docteurs-régents de la Faculté de droit parisienne de lire et de graduer en droit civil. Cette prohibition, on ne peut plus claire et monarchique cette fois, allait-elle couper court à cet ardent début de polémique ?

Il faut ici rappeler qu'au ^{xvi}^e siècle, tout particulièrement à Paris, les lieux privés, maisons ou collèges s'étaient multipliés où des docteurs ou des bacheliers dispensaient des leçons de droit civil ⁵⁷. Qu'en 1598, en réaction contre le commerce de ces « siffleurs », les statuts de l'Université parisienne (article 5) avaient inscrit la lecture des Institutes de Justinien au programme de la première année de droit canonique ⁵⁸. Qu'un demi-siècle plus tard, en 1656, également en contravention avec l'Ordonnance de Blois, un arrêt du Parlement avait autorisé les docteurs-régents à graduer en droit civil ⁵⁹. Même si cette cour rendit peu après un arrêt contradictoire, tout démontre, encore au début du règne de Louis XIV, l'impossible bannissement de la capitale d'un tel enseignement. La demande reste forte, et l'offre ne l'est pas moins, au grand dam des professeurs d'Orléans prompts à réclamer la stricte application de la loi royale ⁶⁰.

C'est dans ce contexte qu'en 1663 paraît ce mémoire de Jean d'Avezan (ou Davezan) intitulé *Moyens pour remettre les Universitez de droit dans l'ordre, la pureté, et l'éclat de leur fondation et institution : Avec*

56. « Honoré troisieme succeda immediatement à Innocent troisieme, lequel entre tous les Papes avoit enseigné à ses successeurs d'empieter par une douce sagesse sur la puissance seculiere, tout ce qu'on pouvoit souhaiter de grandeur dans Rome. Car à vray dire ce fut l'unique en ce sujet, et ne voy aucun Pape, ny devant, ny depuis luy, qui soit arrivé à son paragon. Honoré ayant ce mirouër devant ses yeux, estima pouvoir faire un coup de supériorité sur la France sans l'offenser. Qui estoit de prohiber à l'Université de Paris la lecture du droict Romain ». Éd. cit., p. 1890.

57. M.-A. Lemasne-Desjobert, *La Faculté de droit de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1966, p. 103-105.

58. Trois grands parlementaires, le président Jacques-Auguste de Thou, les conseillers Coquelay et Molé, au nom de l'utilité pédagogique des Institutes, avaient été les promoteurs de cette réforme des statuts. Cf. M.-A. Lemasne-Desjobert, ouvr. cit., p. 52 et 67.

59. Ibid., p. 52-53.

60. Ibid.

les raisons pour lesquelles il est nécessaire de rétablir en la ville de Paris l'enseignement et profession publique du Droit civil⁶¹. Jean d'Avezan, après avoir enseigné plus de trente ans à Orléans, avait été en 1659 nommé docteur-régent (surnuméraire) en la Faculté de droit de la capitale. I. Birocchi a récemment sorti de l'oubli le mémoire de ce professeur, canoniste réputé en son temps, également auteur de traités sur des matières de droit civil⁶². Il s'agit d'un vibrant manifeste entièrement dédié à la restauration d'un enseignement juridique supérieur de plus en plus accusé de s'être coupé de la pratique judiciaire, des besoins des tribunaux et des cours. Ce mémoire témoigne de la préoccupation alors montante, dans l'Université, mais aussi chez d'illustres représentants de la haute magistrature, de maintenir la *scientia juris*, dévalorisée par les tenants du « droit français » législatif et coutumier, à son plus haut niveau d'utilité sociale et politique⁶³.

Foncièrement gallican, d'Avezan fait fi des origines pontificales de l'institution universitaire. En France, écrit-il d'emblée, les universités sont les ouvrages de la sagesse des rois, lesquels se sont réservés le pouvoir souverain de les établir, de les réformer, d'en augmenter le nombre ou de le diminuer. Leur établissement commença par l'érection et institution de celle de Paris dont on ne sait toujours pas si le mérite en revient à Charlemagne, à Louis le Gros ou à Philippe Auguste. L'important est de considérer qu'elle a servi de plan et de modèle pour en dresser les douze autres... Elle doit être réformée la première⁶⁴.

Ce mémoire n'est pas véritablement construit. Sur environ les deux tiers, l'auteur s'attaque avec force détails à la scandaleuse désorganisation du recrutement, des cours et des examens, tout ceci objet des plus incroyables et infâmes « trafics », et développe les moyens

61. Paris, sans nom d'éditeur, 40 pages (B. Nat., F. 17760). Nouvelle édition en 1664.

62. I. Birocchi, « Insegnamento e pratica del diritto nel Seicento giuridico francese », dans *"Panta rei". Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t. I, Rome, 2004, p. 288-295 notamment. Il fit ses études de droit à Toulouse, où il connut Cujas et eut pour maître Guillaume Maran, ainsi que Jean de la Coste (à qui il consacra une *vita*, parue en 1659). Séguier, qui l'avait appelé à Paris sur recommandation de Guillaume de Lamoignon, le fit nommer conseiller du roi en ses conseils. Sur son œuvre juridique relativement abondante, qui fait une place aux problèmes des rapports entre les puissances royale et pontificale, voir en dernier lieu la notice de B. Basdevant-Gaudemet au *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen dir., Paris, 2007.

63. I. Birocchi, art. cit.

64. Éd. de 1663, p. 3-4.

pouvant y porter efficacement remède⁶⁵. Un autre tiers, le seul qui intéresse notre propos, consiste en une apologie du droit civil, présenté comme la science la plus indispensable aux principaux officiers de l'État qui dans les tribunaux et les cours assurent l'indispensable liaison fonctionnelle, intellectuelle et morale entre les Lois, « qui sont les ouvrages des Souverains », et la Justice, « administrée par les magistrats ».

L'observation des lois, qui sont « l'ouvrage » du Prince, dépend en effet de « l'autorité des Magistrats qui en sont les exécuteurs ». Les magistrats « sont des loix parlantes et animées ». Ici, ce professeur de droit canonique se fait porte-parole d'une conviction juridico-politique très anciennement ancrée dans la doctrine savante, et âprement défendue à son époque, face au légicentrisme bourbonien, dans l'enceinte même des parlements. Ce qu'il explique n'est rien d'autre que ce que martèlent les remontrances des cours souveraines, les discours d'ouverture, les harangues prononcées aux Mercuriales : la loi n'est rien sans la médiation du magistrat, lequel, insiste le professeur, « est la voix vive de la loy, l'interprète de son intention, le dispensateur de sa justice, et le dépositaire de la puissance souveraine du prince »⁶⁶.

Cette médiation, toutefois, seule une parfaite connaissance du droit civil peut l'assurer. Et une telle connaissance ne peut procéder que d'une longue et laborieuse étude conduite à l'Université. Les plus sages et les plus justes législateurs de l'Antiquité ne s'y sont pas trompés, eux qui n'ont ménagé ni leur estime ni leurs éloges aux « professeurs ès-lois »⁶⁷. Suivant leur exemple, François 1^{er}, ce « grand prince », « père des Lettres », manifesta un soin tout particulier pour que refleurisse en France l'étude du droit civil, afin que les magistrats « en part de son autorité » usassent « de ce sacré dépôt selon la règle des loix et de la doctrine (romaines) de l'équité, qui sont les vraies semences du repos et de la félicité des peuples »⁶⁸. D'Avellan invoque bien sûr aussi le témoignage des plus anciennes autorités ayant sacralisé la science du droit civil, « *rerum divinarum et humanarum*

65. On observe qu'un des principaux moyens, revendiqué sur pas moins de sept pages (p. 22-28), consiste dans un renforcement de la rémunération des professeurs par augmentation des taxes sur les diplômés.

66. Cité par I. Birocchi, *art. cit.*, p. 292, n. 70. Sur la doctrine du juge *viva vox legis*, tellement caractéristique de l'idéologie parlementaire, voir en particulier les études de M.-F. Renoux-Zagamé rassemblées dans *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, 2003, p. 148-243.

67. Éd. cit., p. 5.

68. Éd. cit., p. 28.

notitiam, iusti atque iniusti scientiam », et ce faisant assimilé la fonction des jurisconsultes à la prêtrise ⁶⁹. Les Romains qui excellèrent en cette science en retirèrent beaucoup de gloire, et autrefois, en France, « lorsque la vertu trouvait son prix et sa récompense, les Docteurs régents en droit civil étaient pris des universités pour en faire des présidents et des conseillers dans les cours souveraines ». Ainsi Jean Feu, de L'Étoile, Ruzé, Coras, Cujas, Saint-Marc... ⁷⁰.

Le droit français ? « Il ne suffit pas aux officiers de la robe d'être savants dans les coutumes, ainsi que dans les édits et les ordonnances ; (...) pour pénétrer dans leur véritable sens, et en avoir une entière intelligence, afin de rendre de bons et équitables jugements, il faut qu'ils aient une parfaite connaissance du droit civil des Romains, pour s'en servir par forme de conseil et de raisonnement en la distribution de la justice, et en tirer les maximes qu'il faut tenir pour faire le discernement de ce qui est juste, et de ce qui ne l'est pas, qui est la fin pour laquelle la jurisprudence fait une exacte recherche des choses divines et humaines, afin de rendre à un chacun ce qui lui est dû, et en ce point consiste le plus noble effet de la Justice, que le Philosophe appelle *bonum alienum* (Eth. lib.5. c.3) : Et estant pleinement imbus de ses principes, qui sont de salutaires préservatifs contre la faveur et la corruption, demeurer invariablement fermes et constants dans la droiture et équité de leurs jugements. (...) Et c'est en ce point principalement que gist l'excellence du Droit civil, duquel Cicéron a fait le crayon par ces belles et élégantes paroles : *Ius civile*, dit-il, *neque inflecti gratia, neque perfringi potentia, neque adulterari pecunia potest* (pro. Caecina). Et Mucius Scaevola a mis la dernière main à son portrait lorsqu'il a dit *Meliorem neminem esse Pontificum, quam qui ius civile cognoscit* (...) » ⁷¹.

Sachant la supérieure utilité, la philosophique et religieuse noblesse du droit civil ⁷², la première université du royaume ne saurait

69. « Cicéron les appelle *Principes viros*. Ulpien et Saint Ambroise *Pontifices, seu sacerdotes iuris* [en marge : 1,1,1 *De iustitia et iure, Com. Epist. ad Cor. c.4*] ce qui se rapporte à ce que Valère le grand écrit, que *ius civile per multa saecula inter sacra, ceremoniasque abditum fuit*, et le jurisconsulte [en réalité Pomponius] que *leges interpretandi scientia, et actiones apud collegium pontificum erant* » [en marge : L.2 § *ex his legibus vers. omnium D. de origin. iuris*] (p. 5-6). Sur l'union indissoluble de la justice et du droit, affirmée d'emblée au tout début du Digeste, et sur la manière dont la doctrine médiévale et moderne a commenté le titre *De iustitia et iure* investissant juges et jurisconsultes d'une mission sacerdotale, voir en dernier lieu D. Quaglioni, *A une déesse inconnue. La conception pré-moderne de la justice*, Paris, 2003, passim.

70. Éd. cit., p. 6.

71. Éd. cit., p. 28-29.

72. On ne peut que recommander la lecture de P. Gilli, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, Paris, 2003.

plus longtemps pâtir du fait que l'on n'y enseigne que le seul droit canon. Au demeurant, la science du droit canonique et celle du droit civil « ont une telle liaison et connexité ensemble, qu'elles ne peuvent être séparées ». Encore l' *utrumque jus...* Aussi le roi est-il « très humblement supplié » de faire totalement cesser à Paris les cours privés de droit romain. Pour que son université recouvre sa splendeur, il faut qu'il lui garantisse le monopole local de l'enseignement des deux droits. La bulle *Super speculam* ? Il n'en est nulle part question dans ce mémoire. Seul est mis en cause l'article 69 de l'Ordonnance de Blois. Car pour ce très gallican professeur, il ne fait pas de doute qu'à l'université parisienne, « dès le commencement de son institution », la profession d'enseigner le droit romain s'est faite « publiquement », et qu'elle y fut « continuée jusque à ce qu'il y ait des défenses émanées de l'autorité royale (j'entends l'ordonnance d'Henry III aux États de Blois art. 69. 1579) »⁷³. Passant la bulle sous silence, ce mémoire inaugure de la sorte un important tournant consistant désormais à raisonner en terme de « rétablissement » du droit romain à l'Université de Paris, puisque son enseignement y aurait fleuri des siècles durant, officiellement, avant qu'une malheureuse interdiction royale n'entraîne son dévoiement, dans une sorte de clandestine privatisation. Malheureuse décision, en effet, que celle de l'Ordonnance de Blois, puisque les motifs qui en furent à l'origine sont tout ce qu'il y a de plus spécieux. Le plus « puissant » de ces motifs « a été pour ne pas introduire et autoriser dans la ville capitale du Royaume des loix et des maximes étrangères ». Comment adhérer à ce motif ? Le droit civil n'est-il pas enseigné partout ailleurs en France ? Dans ce pays, n'y est-il pas depuis longtemps reçu *imperio rationis, non ratione imperii* ?

LE TRAITÉ DES DOCTEURS-RÉGENTS PARISIENS (1665)

Dans le cadre de l'enquête sur l'état de l'Université décidée par Colbert en 1666, une commission fut mise en place, présidée par Guillaume de Lamoignon. D'Avezan fut appelé à en faire partie en 1667⁷⁴. Nous ne savons pas dans quelle mesure les travaux de cette commission inspirèrent la rédaction de l'édit de Saint-Germain de 1679. Mais dans quelle proportion Jean d'Avezan a-t-il contribué à la composition de cet autre manifeste, publié à Paris en 1665, signé

73. Éd. cit., p. 29, 32, 35-40.

74. Noté par I. Birocchi, art. cit., p. 289, n. 60.

« Les Doyen et Docteurs Régents de la Faculté de Droit Canon en l'Université de Paris », adressé au premier président de Lamoignon, intitulé *Traité des véritables et iustes prérogatives de la faculté de droit de Paris ; et de la nécessité d'y rétablir la profession du droit civil ?* Car l'édit de Saint-Germain, dans son article premier, « rétablit » l'enseignement du droit romain à l'Université de Paris⁷⁵. Les professeurs de la capitale n'ont pas prêché dans le désert.

Ce traité de 1665 a tout d'abord ceci de remarquable qu'il s'attache, pour convaincre du nécessaire « rétablissement » de l'étude du droit romain dans la capitale, à démontrer méthodiquement, à coup de « preuves » historiques, diplomatiques, juridiques, doctrinales, politiques, toutes les objections adverses, anciennes ou contemporaines. Ainsi la bulle *Super speculam* ressurgit-elle au cœur du débat, dénoncée comme une « vieille erreur », certes, mais avec un tel déploiement d'érudition qu'on l'aperçoit bien ayant toujours de nombreux et tenaces partisans. L'autre intérêt très remarquable de ce traité, c'est qu'il vise, d'entrée de jeu, à démontrer que le droit romain a été reçu en France depuis le commencement de la monarchie, et que, par conséquent, il doit être considéré, sinon comme le droit français par excellence, à tout le moins comme « la véritable et féconde source des ordonnances et des coutumes ». Il faut, disent les auteurs dans leur dédicace à Lamoignon, rétablir dans la capitale l'enseignement public de « ces lois civiles qui sont le droit commun de la Chrétienté, ont été reçues, et adoptées à bon droit par nos Rois, comme l'ouvrage le plus durable, et le plus achevé de la République, et de l'Empire des ces sages Romains, aux droits desquels ils ont légitimement succédé dans la plus belle partie de l'Occident. C'est par ces Lois que la plupart des affaires sont décidées dans tous les tribunaux, et pour ce sujet leur connaissance a été trouvée si nécessaire aux officiers, que sans elle ils ne peuvent entrer dans la magistrature »⁷⁶.

Résumons les développements de ce traité tout en respectant, autant que possible, « l'ordre des principaux points ». Il est montré dans la première partie (p. 1-28) que, jusqu'à l'Ordonnance de Blois, « le droit civil a été enseigné dans Paris durant plus de 400 ans ». La

75. « Que dorénavant les leçons publiques seront rétablies dans l'Université de Paris, conjointement avec celles du droit canonique, nonobstant l'article 69 de l'ordonnance de Blois (...) ». Isambert, XIX, p. 199.

76. Autre extrait de la dédicace à Lamoignon : « Vous connaissez mieux que personne combien elle (la jurisprudence) est nécessaire, et pour l'administration de la justice, et pour le gouvernement même, soit de l'État, soit de l'Église (...) ; il faut que l'Université de Paris, qui est la mère, et le modèle de toutes les autres, recouvre la profession de la jurisprudence civile ».

profession publique du droit civil et le pouvoir de graduer en celui-ci est une donnée originelle depuis que les études furent réunies à Paris au sein d'une université. Encore les auteurs, avant d'argumenter, mettent-ils en perspective cette donnée en « faisant voir en peu de mots de quelle sorte le droit romain a été reçu en ce royaume ». Chacun sait que les Romains se rendant maîtres des Gaules y établirent leurs lois, aussi bien que dans les autres pays voisins, avec leur langue : « en sorte que le droit romain devint dans peu de temps le droit commun des Gaulois ». Malgré la chute de l'Empire, « Rome ne vainquit guère moins l'orgueil de ses conquérants par la sainteté de ses lois, que par celle de sa religion ». À preuve le Bréviaire d'Alaric, puis ces rois francs qui « non seulement accordèrent l'usage pur du droit romain à toutes les provinces qui le demandèrent, mais encore permirent généralement à un chacun dans toute l'étendue de leur empire, de vivre, et d'être jugé à son choix, ou suivant la loi romaine, ou suivant celle des Français, et des autres peuples de leur domination ». Au commencement, le droit romain en France « consistait principalement au Code théodosien ». Survint la découverte des Pandectes de Justinien, d'abord étudiés par Irnerius à Bologne, d'où sortit en peu de temps « un essaim de jurisconsultes » qui répandirent le droit romain « dans toute l'Europe ». « On peut dire que le premier lieu où ils étalèrent leur doctrine en France fut Paris », où parurent aussitôt, « c'est-à-dire vers l'an 1150 », les premières leçons de droit civil dans les écoles. Comment admettre qu'un pape ait pu au siècle suivant proscrire dans Paris un tel enseignement ? « La première et principale erreur » dont les adversaires de son rétablissement « font leur fort » est le chapitre *Super specula* « inséré dans le cinquième livre des Décrétales compilées par l'autorité du pape Grégoire neuvième sous le titre *De privilegiis* ». Dès lors, puisque « toute leur force consiste en la décrétale d'Honorius », il importe de démontrer dans tous ses aspects « la fausse interprétation de cette décrétale ». Tout ce que ces adversaires allèguent dans le sillage de celle-ci « tombera de soi-même ».

Sur ce point, les docteurs-régents ne prétendent innover. Leur apport consiste plutôt dans la réunion de tous les auteurs ayant déjà expliqué qu'Honorius III n'a pu vouloir que sa prohibition fut générale, mais « qu'elle ne regarde que les ecclésiastiques », telle une extension des défenses auparavant faites aux religieux par le concile de Tours de s'attacher à l'étude du droit civil au préjudice des autres sciences. Ils le précisent clairement : « (...) ce n'est pas d'aujourd'hui que l'on a expliqué la décrétale *Super specula, de privilegiis*, avec (ladite)

restriction (...); et nous ne sommes pas les premiers qui la prenons en ce sens-là. M. Pierre Rebuffe, jurisconsulte assez connu, a montré au long, par plusieurs raisons qu'on ne la pouvait prendre autrement, et qu'elle ne comprenait que les personnes qui étaient spécialement engagées au service des autels. M. Claude Minos, qui vivait au commencement de ce siècle, a prouvé amplement la même chose dans un Mémoire présenté à Mr de la Guesle Procureur général⁷⁷. Conformément à cela Pasquier dans ses *Recherches*, dit que ce chapitre semble être conçu en considération des causes qui concernaient la cour d'Église, et témoigne que nonobstant la prohibition d'Honorius le droit civil était enseigné dans les écoles de Paris, ou du moins qu'il avait bien de la peine à croire tout ce qu'on disait de l'exécution de cette défense : et de notre temps Mr de Caseneuve dans son docte ouvrage *du Franc alleu liv. 1, chap. 5* avoue que la prohibition du pape Honorius n'est pas la vraie cause de ce que le droit civil n'est pas enseigné publiquement à Paris⁷⁸. Cela étant, sur quatre pages (8-12), ce sont les « raisons » de Rebuffe qui sont le plus abondamment mises à profit, tout particulièrement le fait que la bulle ayant été « mise en pièces » lors de son intégration dans les *Décrétales*, le « *ne quisquam praesumat* » final (X, 5, 33, 28) ne peut être compris en bonne logique interprétative qu'à la lumière des précisions disjointes dans un autre « lambeau » de la compilation officielle (X, 3, 50, 10).

Le témoignage de Dumoulin leur sert également de départ à une réfutation plus véhémentement gallicane encore, malgré les précautions de langage, que celle qu'avait fournie ce grand jurisconsulte : « nous ne dirons pas si crûment que Maître Charles du Moulin, qu'Honorius n'a pas eu le pouvoir de rien statuer, ni de rien défendre dans le royaume de France, soit aux laïcs, soit aux clercs (...). Il est

77. *Non inveni*.

78. Le témoignage de Pierre de Caseneuve est ici quelque peu biaisé. En bon Méridional, cet auteur estime en effet « que Paris n'a jamais reçu la profession du droit civil ». Simplement, il ajoute : « non pas que j'en attribue la cause à la défense qu'en fait le pape Honoré troisième au livre V des Décrétales, *cap. Super specula. Tit. De privilegiis et excessibus privilegiatorum*. Car c'est pour d'autres raisons que je passerai sous silence, pour ne pas m'engager à un discours éloigné du sujet que je traite ». Cf. *Le Franc-Alléu de la province de Languedoc*, Toulouse, 1645 (1^{re} éd. 1641), §. 15. Il était toutefois des plus licites de tirer à soi cet auteur dont le *Franc-Alléu* marque un moment de taille dans le combat doctrinal mené au xvii^e siècle contre les partisans du droit coutumier, lesquels ne cessaient de faire passer le droit romain pour un droit étranger. On peut lire par exemple dans ce fameux ouvrage l'affirmation suivante : « Quelques uns pensent alléguer une belle raison contre le droit écrit, disant que c'est un droit étranger et qu'il n'est pas vraisemblable que nos Roys l'ayent jamais voulu souffrir dans leurs Estats en qualité de loy. Ausquels ie réponds que le droit romain ayant été reçu, approuvé et confirmé par nos Roys, depuis le commencement de la monarchie, ne doit plus être considéré comme le droit romain mais comme le droit françois ».

(cependant) permis, sans faire tort au pouvoir du vicaire de Jésus-Christ, d'assurer qu'il y a des choses qu'il ne peut pas vouloir, parce qu'il ne le doit pas. C'est une manière d'impuissance pareille à celle qu'on attribue à Dieu même, quand on dit qu'il ne peut rien vouloir d'injuste. (...) Quant à la chose, il est constant que le pape n'ayant point de juridiction temporelle hors des terres de l'Église, ces défenses de lire et d'étudier le droit civil, (qui est une matière proprement temporelle), ne pouvaient être valablement faites par Honorius dans le pays d'un autre prince, que sur les ecclésiastiques ». Ce qui se vérifie particulièrement en France, où la distinction des deux puissances est si exactement observée que les décrets du Saint-Siège, même ceux qui regardent les affaires spirituelles, aussi bien que ceux des conciles généraux, ne reçoivent aucune exécution qu'en vertu de lettres patentes du roi dûment vérifiées. Ce pape n'a pas entendu entreprendre si visiblement sur l'autorité royale, ordonner une telle chose contre les personnes laïques dans un royaume « aussi indépendant que la France ». Et qui croira qu'il ait voulu entreprendre, par la bulle *Super speculam*, « sur les droits d'un monarque aussi puissant, et aussi délicat en ces matières qu'était Philippe Auguste ? »⁷⁹.

Reste à démontrer cet autre argument, constamment brandi par les Orléanais comme un témoignage authentique, selon lequel Philippe le Bel, dans les lettres patentes de juillet 1312, fait lui-même état d'une défense pontificale d'enseigner le droit civil à Paris sollicitée par ses prédécesseurs. D'aucuns vont jusqu'à y voir la preuve que la bulle de 1219 a été fulminée « à la prière de Philippe Auguste ». À regarder de près cette ordonnance, « il est aisé de découvrir » que tout ceci n'est que « vaine apparence ». Au vrai, ces lettres ont été impétrées par les docteurs orléanais, rédigées par des secrétaires à partir de leurs mémoires, car « il est tout à fait contre la foi de l'histoire » qu'un seul prédécesseur de Philippe le Bel ait sollicité l'aide du pape pour prohiber en la capitale la profession publique du droit civil. Le texte n'en vise aucun en particulier. « Qu'on nous dise donc quel des prédécesseurs de Philippe le Bel a fait cette demande à quelqu'un des papes. Dira-t-on que ce fut Louis le Jeune, sous le règne duquel on commença d'étudier le droit de Justinien en France, aussi bien qu'en Italie ; ou bien Philippe Auguste, du temps duquel Honorius 3 fit sa décrétale *Super specula* ? Mais Rigord auteur contemporain, et qui a survécu ce roi, témoigne que de son temps le droit civil était enseigné

79. *Traité des véritables et iustes prérogatives...*, p. 8-10. Autre argument, tiré de l'adresse de la bulle (qui n'est faite qu'au « chapitre de l'Église de Paris et aux autres prélats demeurant à Paris »), à la page 11.

publiquement à Paris, de même que les autres sciences, non seulement avec la permission de Philippe, mais avec des privilèges et des faveurs extraordinaires. Sera-ce Saint Louis, qui vivait du temps de Grégoire 9 (...) ? Mais outre que ce saint roi prit un soin particulier de rappeler à Paris les professeurs et les écoliers qui s'étaient retirés à Orléans, et ailleurs (...), la Reine Blanche sa mère étant régente du royaume, exigea peu avant son décès un serment spécial des docteurs-régents et des gradués qui lisaient le droit civil à Paris (...) »⁸⁰. S'agissant de Louis VIII et de Philippe le Hardi, rien ne peut être allégué qui puisse non plus induire sous leur règne une pareille demande. Il faut en conclure que « les auteurs de l'exposé de ces lettres étaient des imposteurs (...) », et que les ayant sous ce faux prétexte obtenues, ils auraient dû, « suivant les règles des Lois et des Canons, être déchus des grâces qu'ils avaient impétrées par une telle surprise »⁸¹.

Poursuite du traité : si ces lettres de 1312 avaient manifesté une véritable volonté royale de référer à une interdiction pontificale sollicitée par les Capétiens eux-mêmes, on n'aurait pas ensuite continué d'enseigner les Lois à Paris. Pas plus que la bulle de 1219, les lettres relatives à la Faculté de droit d'Orléans n'ont affecté le destin de l'enseignement du droit civil dans la capitale. Et c'est là que les professeurs parisiens apportent le plus de nouveautés au dossier : ils montrent, une longue série de « preuves » à l'appui, que dans leur université les études de droit civil n'ont pas cessé de perdurer, ils montrent en outre que l'on n'a pas cessé d'y graduer.

C'est dans les archives de leur université qu'ils vont d'abord chercher ces preuves (très précisément cotées dans les marges de leur traité) de la continuation des lectures et de la délivrance des grades en droit civil. Le « Livre des anciens statuts de la faculté de droit canon » recèle deux bulles qu'Innocent VI adressa en 1355 et 1357 à divers établissements de réguliers de Paris ; ce pape y affirme que pour être

80. *Traité des véritables et iustes prérogatives...*, p. 18-19. Le rappel des maîtres et écoliers parisiens ainsi que leur serment à Blanche de Castille avaient déjà été notés par différents auteurs. Voir également page 15 comment les docteurs-régents exploitent l'exemple de Gui Foucois, « le jurisconsulte le plus savant en l'un et en l'autre droit qui fut en ce temps-là (...), appelé au Conseil d'État par le roi saint Louis ». Sa promotion à la dignité suprême sous le nom de Clément IV vérifia le dire de Mucius Scaevola : « il n'y a point de meilleur pontife que celui qui sait parfaitement le droit civil ». Le témoignage de Rigord (en fait celui de Guillaume le Breton, continuateur des *Gesta Philippi Augusti*) n'a rien d'interpolé. Cf. *Œuvres de Rigord et de Guillaume le Breton, historiens de Philippe Auguste*, H.F. Delaborde éd., t. 1, Paris, SHF, 1882, (à l'an 1219). Lui aussi avait cours depuis longtemps sous la plume des auteurs, celle de Pasquier notamment.

81. *Traité des véritables et iustes prérogatives...*, p. 19.

gradué de la Faculté de droit canon sans avoir étudié en droit civil, une dispense est nécessaire. Ce livre recèle en outre « un petit registre manuscrit » sur les manières de licencier en droit canon, d'où il ressort qu'en plein quinzième siècle l'on y enseignait toujours le droit civil et l'on y conférait toujours les degrés. Au « grand registre des décanats de la Faculté », ils trouvent qu'en l'an 1486 il y eut plusieurs plaintes de ce que l'on lisait ce droit dans plusieurs collèges. Au « troisième grand registre », l'on voit « qu'en l'an 1545, et aux années suivantes plusieurs docteurs, et licenciés, tant de la Faculté de Paris, que des autres Facultés de droit (...), lisaient dans les écoles de droit canon, non seulement les Institutes de Justinien, mais encore les titres du Digeste et du Code (...). Entre autres Mre Henry de Mesmes lut les Institutes dans les écoles de droit canon en l'année 1551, comme il résulte d'un mandement qui fut fait de lui expédier un certificat de sa lecture, qui se trouve encore signé *Rebuffi Decanus*. Et en l'an 1556, M. Jean Chevalier, qui depuis fut premier président de la Cour des Aides, y enseigna publiquement le titre *De actionibus* (...) ». Ces anciens registres des Décanats livrent également en plusieurs endroits les noms de ceux qui ont été bacheliers, licenciés, ou docteurs, « soit *in legibus*, ou *in iure civili*, soit *in utroque iure* ». De plus, deux petits registres des receveurs de la Faculté, l'un du temps de François 1^{er}, l'autre du temps de Charles IX « marquent les noms des gradués en droit civil, aussi bien que des gradués en droit canon ». Encore trouve-t-on plusieurs anciennes quittances des religieux de Saint-Jean-de-Latran qui portent qu'ils ont reçu des droits pour les messes célébrées dans leur église « pour les *Décrististes et Légistes* de la Faculté ».

Une autre série de preuves est tirée des arrêts de la Cour de Parlement. Un de juillet 1541, l'autre de septembre 1547 portent sur l'approbation par le doyen de la faculté de droit, avant impression, des livres de droit civil aussi bien que de droit canon. Celui du 7 juin 1572 défendant de graduer en droit civil est une autre preuve, *a contrario*, de ce qui se pratiquait. Encore faut-il savoir qu'il fut rendu par défaut, et qu'il n'a pas empêché que l'on ait continué de graduer en droit civil. D'ailleurs, « chacun sait que peu avant l'ordonnance de Blois le grand Monsieur Cujas fit durant quelques temps leçon de droit civil dans cette Faculté de Paris »⁸².

Comment dès lors expliquer l'in vraisemblable surgissement, en 1579, d'une défense de lire et de graduer en droit civil à Paris, au sein même d'une grande ordonnance ? Pour les docteurs-régents pari-

82. Ibid., p. 20-24.

siens, l'article 69 de l'ordonnance de Blois n'est rien d'autre qu'un épiphénomène causé par la jalousie du clan universitaire orléanais, rival invétéré de la Faculté parisienne, un clan déçu de ce que l'arrêt de 1572 n'ait pas produit d'effets. En 1579, les docteurs-régents d'Orléans, comme si leur différend avec ceux de Paris « eut été une affaire importante de l'État », sont parvenus à se servir « avantageusement » du chancelier de Chiverny, lequel, « en qualité de gouverneur d'Orléans, et ayant ses terres dans le voisinage, avait beaucoup d'inclination pour leur compagnie ». Ils trouvèrent le moyen de faire insérer dans l'ordonnance l'article qui porte défense en la capitale tant de lire que de graduer en droit civil, un article que rien dans les mémoires des États ne suggérait. Cette défense a été faite sans connaissance de cause, sans qu'aucun professeur parisien ne fut ouï. « On prit pour prétexte la décrétale du pape Honorius, à laquelle on insinua qu'il était à propos de déférer pour se montrer bon catholique, en un temps où cela semblait important pour les affaires du roi ». Force est de reconnaître que, respectueux des ordres publics, les docteurs-régents de Paris ont cessé aussitôt de conférer les degrés en droit civil⁸³.

Mais, tout cela, assurent les auteurs du traité, n'a pas empêché qu'on ait continué de lire dans les écoles les Institutes, et même « les autres parties du droit de Justinien ». De fait, dans les archives de la Faculté figurent des écrits, « entre autres de M. Pierre Pilaguet et de M. Bertrand Grandin, dictés en l'an 1587, huit ans après l'ordonnance », sur plusieurs titres du Code. Et puis, en 1598, la réforme des statuts a imposé la lecture des Institutes en première année de droit canon. Des affiches et des mémoires « nous apprennent qu'elles y furent expliquées en 1604 et aux années suivantes par M. Claude Minos docteur-régent (...). Plusieurs personnes se souviennent encore du grand concours d'auditeurs qu'il avait (...). Me Guillaume Criton les donna dans la même école en 1609. M. Denis le Clerc docteur-régent en 1615 et 1624. Me Jean Dartis en 1625 (...). Depuis vingt ans M. Philippes de Buisine et les autres docteurs-régents en ont usé de même ». Au demeurant, impossible de faire autrement. Quiconque a quelque connaissance, ou seulement une légère teinture de droit canon sait parfaitement qu'il est tellement uni avec le droit civil que ces deux disciplines ne peuvent être entendues « l'une sans l'autre »⁸⁴.

83. Ibid., p. 25.

84. Ibid., p. 26-27.

Il est impossible de retracer par le menu ce long enchaînement de « preuves », chacune discutée dans le détail, toutes orientées vers la troisième partie du traité : « Où est prouvée la nécessité de rétablir la profession publique du droit civil à Paris » (p. 35-54)⁸⁵. Dans cette dernière partie, plus que des « preuves », ce sont des « raisons » qui sont produites, régulièrement accompagnées de « réponses » aux objections.

La raison principale est des plus concrètes, des plus criantes aussi. On a cru en effet que la prohibition de 1579 allait permettre le repeuplement des autres Facultés de droit, particulièrement celle d'Orléans, fort diminuée par les guerres civiles. Mais il est arrivé tout le contraire, soit que les étudiants éloignés de leurs foyers se livrent à la débauche, se perdent dans les querelles, tombent malades, soit que les guerres qui durèrent près de vingt ans après l'ordonnance de Blois les empêchèrent d'aller étudier loin de chez eux. Et néanmoins il leur a fallu apprendre le droit, ne serait-ce que pour entrer au Barreau ou acquérir des charges de judicature. Au commencement ils se sont fait instruire par des précepteurs à domicile puis, la dépense étant trop grande, on vit des docteurs enseigner le droit à plusieurs, « dans leur chambre ». Ainsi, en interdisant un enseignement public par des professeurs ayant fourni des preuves publiques de leur capacité, on a donné le champ libre à une « manière de docteurs publics » qui sans aucune preuve de compétence ont prodigué des leçons « en secret ». « Tout le monde sait que la plupart de ces conférences domestiques n'aboutissent qu'à une légère, et superficielle teinture de quelque question de droit ». Le plus grave, c'est que ces docteurs particuliers, pour faire valoir leur emploi, ont eu commerce avec les docteurs-régents de quelques universités qui, indignes de leur titre, ont consenti à leur délivrer « des licences en blanc, pour être remplies des noms de tous ceux qui en voudraient, et non seulement des auditeurs de chaque docteur particulier, avec lequel ils entretenaient correspondance, mais encore de tous ceux qui s'adressaient à lui. Quelques docteurs régents, qui ont eu un peu plus de pudeur en apparence, ont désiré de voir au moins le visage de leurs gradués : mais ils n'ont pas laissé, sans se mettre en peine d'examiner leur savoir, de graduer aveuglément, sur la foi de ces docteurs particuliers, tous ceux qui se sont présentés à eux avec le passeport de leur recommandation, et ensuite, comme le mal va toujours croissant, ils ont vendu indiffé-

85. Après qu'une seconde partie (p. 25-35) ait montré que les licenciés en droit canon sont et doivent être reçus au serment d'avocat et aux autres charges de judicature, comme les licenciés en droit civil.

remment les degrés, par une infâme prostitution, à quiconque s'est présenté (...). Les auteurs de ce traité l'avouent sans ambages : le malheur a voulu qu'un tel trafic a d'abord pris naissance dans Paris, du fait même des défenses portées par l'ordonnance de Blois, avant de s'étendre, par un processus d'imitation, dans les autres villes universitaires. C'est à ce point qu'à Toulouse, la plus célèbre pour l'étude du droit, « les conférences privées ont comme étouffé la profession publique de cette science ». Bref, en introduisant le désordre et la corruption à Paris, « ville capitale qui influe le bien et le mal sur les provinces », la prohibition de 1579 a ruiné la discipline de toutes les écoles de droit. Abroger l'article 69 n'est pas qu'une nécessité parisienne. Outre le fait que la première ville du royaume ne saurait être privée de l'enseignement d'une science si nécessaire à la chose publique, c'est une nécessité générale ⁸⁶.

À cette primordiale raison de rétablir l'étude officielle du droit romain à Paris, on oppose de nos jours l'objection suivante : y enseigner les lois des empereurs romains « serait reconnaître tacitement quelque supériorité de l'Empire » (germanique). Curieuse objection. D'abord, le roi de France n'est pas moins souverain à Paris qu'à Orléans et dans les autres villes du royaume où l'on étudie ce droit. Ensuite, « un roi de France, et un roi aussi puissant que celui à qui nous avons l'honneur d'obéir, se laissera-t-il toucher par un vain nom, et par un fantôme, tel qu'est le titre d'Empereur des Romains, que prend le roi d'Allemagne ? Il faut faire grande différence entre les Césars, les Constantins, les Charlemagne, et ces autres grands princes, qui avec la ville de Rome, ont autrefois possédé la meilleure partie du monde, ou de l'Occident, et ceux qui n'ont hérité que de ce grand nom, et n'ont à proprement parler que l'ombre de l'Empire romain. Le droit civil que l'on enseigne dans les écoles, et que l'on suit dans le barreau, n'est pas l'ouvrage des empereurs d'Allemagne, qui n'ont rien de commun avec les véritables empereurs de Rome. C'est l'ouvrage de ceux qui ont possédé ce vaste empire, lors que les Gaules en composaient une des plus considérables parties. Or nos rois sont (pour le moins dans les terres de leur obéissance) les véritables, et légitimes successeurs de ces grands princes ». Suit un long exposé historique de la translation médiévale de l'empire aux rois francs, et d'un *reditus ad stirpem Karoli* initié par l'avènement d' Hugues Capet... ⁸⁷.

86. *Traité des véritables et iustes prérogatives...*, p. 40-43.

87. *Ibid.*, p. 44-47.

Une autre objection consiste à dire qu'en France le droit civil n'a pas force de loi, que sa connaissance n'y est même pas nécessaire. Pourquoi alors, par la volonté du roi, interroge-t-on les officiers royaux sur celui-ci ? Pourquoi dans la moitié du royaume se sert-on du droit écrit ? Pourquoi, des affaires mêmes des pays coutumiers, la plupart doivent être réglées par ce moyen, tant, à défaut des ordonnances et des coutumes rédigées, « qui sont de peu d'étendue », il faut avoir recours au droit écrit ? Ce n'est pas là que « le sentiment de nos jurisconsultes ». C'est « l'intention » des lois royales.

Répétons-le. Quatorze ans après la publication de ce traité, l'article premier de l'édit de Saint Germain ordonne que « dorénavant les leçons publiques de droit romain seront rétablies dans l'Université de Paris, conjointement avec celles de droit canonique, nonobstant l'article 69 de l'ordonnance de Blois (...) ». À quoi il sied d'ajouter que la fin du préambule de ce même édit, exposant les motifs de la réforme, résonne lui aussi de l'influence des « preuves » et des « raisons » avancées par les docteurs-régents en faveur du droit civil⁸⁸. Peu importe que cette influence ait été sur les rédacteurs du texte directe ou indirecte. L'édit de Saint-Germain a été précédé d'une sorte de lobbying et de campagne d'opinion dont les professeurs parisiens sont sortis totalement vainqueurs. Plusieurs années durant, la bulle *Super speculam* avait fait l'objet de toutes les attentions. Référence absolue pour les Orléanais, il fallait que le *Traité des véritables et justes prérogatives de la Faculté de droit de Paris* fit voler en éclat sa « fausse interprétation ».

BRETONNIER ET LES AUTRES

Les fables ont la vie dure. Du reste, l'interprétation de la bulle *Super speculam* n'avait pas fait l'objet depuis le xvi^e siècle que d'une querelle universitaire orléano-parisienne. Par-delà des intérêts corporatifs, cette querelle drainait le problème bien plus vaste du statut du droit romain au royaume de France dès lors que, dans la voie ouverte par Du Moulin et les premiers antiquaires du « droit français », le *jus*

88. « (...) Ayant par ailleurs reconnu que l'incertitude des jugements, qui est si préjudiciable à la fortune de nos sujets, provient principalement de ce que l'étude du droit civil a été presque entièrement négligée depuis un siècle dans toute la France, et que la profession publique en a été discontinuée dans l'Université de Paris. Nous faisons savoir (...) ». Isambert, XIX, p. 199.

commune avait été dévalorisé au profit du « droit commun coutumier » et de la législation royale, de plus en plus abondante⁸⁹. Aussi la « fausse interprétation » de *Super speculam* a-t-elle fait à nouveau parler d'elle lorsque des voix se sont éloquemment élevées contre ce fort courant de nationalisme juridique ne considérant comme pur « droit français » que celui des coutumes rédigées, celle de Paris en tête, et des ordonnances.

Barthélémy-Joseph Bretonnier est le jurisconsulte qui, le premier, déclenche véritablement les hostilités, en 1708, avec ce fougueux et érudit plaidoyer romaniste intitulé : *Préface contenant l'éloge du droit romain et une dissertation pour montrer que le droit romain est le droit commun de la France*⁹⁰. C'est fort d'un riche dossier de « preuves » tiré des autorités, de la jurisprudence et des « volontés royales », que cet avocat au Parlement prétend réduire à néant les erreurs de ceux qui en pays de coutumes refusent au droit romain son rôle de droit commun⁹¹. Il ne fait pas de doute, à la lecture de plusieurs passages de cette savante contre-offensive, qu'il a sous les yeux le traité des docteurs-régents de 1665. Le rétablissement par Louis XIV de l'enseignement du droit civil à Paris n'a rien, explique-t-il, que de très juste et de très compréhensible quand on sait combien l'article 69 de l'ordonnance de Blois était... « postiche » : non réclamé par les États généraux, le chancelier de Chiverny l'avait subrepticement ajouté à l'ordonnance pour favoriser la ville d'Orléans dont il était le gouverneur. La bulle de 1219 ? « Cette objection a été réfutée tant de fois et par tant et tant de savants hommes, qu'il est presque inutile de s'y arrêter ». Bretonnier s'y arrête. Rebuffe, tient-il à souligner, soutient que la prohibition d'Honorius III ne regardait que les clercs qui négligeaient l'étude de la théologie pour celle du droit civil. Du Moulin soutient que le pape n'avait pas le pouvoir de faire de semblables défenses, d'autres que le texte est apocryphe. « Il me suffit de remarquer qu'elle n'eut point d'effet, et que l'on continua d'enseigner et d'étudier le droit civil à Paris comme auparavant ». En parfait accord avec le traité de 1665, tout en fournissant de nombreuses autres « preuves », Bretonnier développe longuement la thèse de la paisible acculturation juridique de la Gaule, le bon accueil fait par les Francs à la législation théodo-

89. J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, p. 226 et suiv. Du même, « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, 38 (2003), p. 37-51.

90. Préface à la quatrième édition des *Œuvres de M. Claude Henrys*, Paris, 1708, t. I.

91. Sur le contenu et la postérité de ce plaidoyer, J. Krynen, « Le droit romain "droit commun de la France" », *Droits*, 38 (2003), p. 21-35.

sienne, puis la constante approbation du droit justinien par les rois capétiens ⁹².

Peu après Bretonnier, Claude-Joseph de Ferrière, dans son *Histoire du droit romain* (première édition en 1718). Sa prise de position dans la querelle autour de la bulle d'Honorius III a été examinée il y a peu par J. Moreau-David ⁹³. Il suffit de préciser ici que dans deux chapitres de cet ouvrage, l'un consacré à l'excellence du droit romain, l'autre à son usage en France, il démarque Bretonnier ⁹⁴. Que dans deux autres chapitres consacrés à l'explication de *Super speculam* et de l'article 69 de l'ordonnance de Blois, il démarque le traité des docteurs-régents, tout en explorant plus à fond les registres des décanats de la Faculté de droit de Paris ⁹⁵. De ces quatre chapitres, formant une centaine de pages, il résulte que le droit civil a bien été « reçu » en France, que les « loix » faites par les empereurs romains « doivent nous servir de droit commun » ⁹⁶.

Après Claude-Joseph de Ferrière, professeur à l'université de Paris ⁹⁷, Antoine Terrasson, avocat de formation et historien qui, après avoir exercé plusieurs hautes fonctions, fut nommé professeur au Collège royal de France en 1754. En plein siècle des Lumières, à une époque où le droit romain est plus que jamais décrié, lui aussi, dans son *Histoire de la jurisprudence romaine* (1750), se montre grand sectateur de la réception du droit civil en France et du statut du droit romain en tant que droit commun du royaume. Lui aussi a lu Breton-

92. Il sollicite abondamment Claude Fleury, « l'auteur de l'Histoire du droit français », dont il n'hésite pas à accentuer les thèses, notamment à propos de la bulle de 1219. Fleury avait traité de celle-ci tout en refusant d'examiner « quelle a deû estre en France l'autorité de cette Décrétale ; si elle obligeoit les laïques (...) ». Cf. *Histoire du droit français*, édition de 1692 (par G. Argou), p. 76.

93. « La querelle de l'enseignement du droit romain à Paris : le point de vue de Claude-Joseph de Ferrière », dans *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, 2001, p. 295-309. Sur ce jurisconsulte, voir la récente étude de J. Moreau-David également : « Claude-Joseph de Ferrière, un précurseur ? », dans *Histoire de l'histoire du droit, Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit*, J. Poumarède dir., Toulouse, 2006.

94. Chapitres XXVIII et XXXI.

95. Chapitres XXIX et XXX.

96. Voir en particulier les pages 329, 331 et 402 (dans l'édition de 1769). On sait qu'en Bourgogne le Président Bouhier, d'une publication à l'autre, avec toujours plus de passion et de science, avait professé des convictions identiques, contre des praticiens locaux prompts à agiter, pures chimères à ses yeux, les maximes générales du droit coutumier. Cf. J. Bart, « Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du xviii^e siècle », *MSHDB*, 28 (1967), p. 152-157 notamment. On lira avec intérêt la manière dont Bouhier repousse l'utilisation des lettres patentes de 1312 pour faire croire que la bulle de 1219 a été sollicitée par la royauté (*Les coutumes du duché de Bourgogne*, ch. 4, t. 1, Paris, 1742).

97. A. Vergne, « Antoine Terrasson (1705-1782), un historien du droit romain dans la France des Lumières », dans *Coutumes, doctrine et droit savant*, V. Gazeau et J.-M. Augustin éd., Paris, 2007, p. 181-222.

nier, le cite, mais reconnaît surtout sa dette envers Ferrière qu'il recopie sur des pages entières ⁹⁸.

À notre connaissance, au XVIII^e siècle, il n'y a que Pierre-Jean Grosley, dans ses *Recherches pour servir à l'histoire du droit français* (1752), (où contre les historiens de l'Université de Paris « copiés par Ferrière dans son histoire superficielle du droit romain », contre Bouhier aussi, il entend prouver que le droit civil n'a été reçu qu'au sud du royaume) pour toujours oser affirmer que la bulle *Super speculam* a bien été « sollicitée par Philippe Auguste », et pour toujours déclarer que cette interdiction somme toute royale a empêché l'enseignement d'un tel droit dans la capitale jusqu'en 1679 ⁹⁹. Mais voici par quelle forme de reculade il conclut son ouvrage : « (...) en fixant les bornes du droit romain en France, je ne prétends point toucher à la question de savoir s'il doit être aujourd'hui regardé comme le droit commun de toute la France. MM. Bretonnier et Bouhier ont compilé un grand nombre d'autorités pour l'affirmative. Mais si l'on voulait rassembler les sentiments contraires de plusieurs de nos grands jurisconsultes (...), il serait aisé de ramener cette question au rang des problèmes les plus incertains et les plus équivoques » ¹⁰⁰. Cet avocat au présidial de Troyes, homme d'esprit et littérateur pas toujours très sérieux ¹⁰¹, a ici bien raison. Cette « question » divise toujours la doctrine, elle embarrasse aussi ces praticiens qui « balancent entre un attachement provincialiste à leur droit propre et une réflexion plus large, bien consciente de la nécessité de l'unification du droit » ¹⁰². Reste, il semble

98. Voir le paragraphe (repris dans l'édition abrégé de 1824, p. 586-594) intitulé « De quelle manière le droit romain s'est introduit et s'observe dans le royaume de France. On rapporte les différentes opinions sur la question de savoir si le droit romain y est reçu comme droit commun ».

99. Sa défense régaliste de la bulle occupe la vingtaine de pages (164-182) qui terminent son ouvrage. Elle ne manque pas d'habileté, ainsi lorsqu'il invoque les lettres patentes distinguant sous Louis IX pays de droit écrit et pays de coutumes, ou l'ordonnance de Philippe le Hardi interdisant aux avocats d'alléguer le droit écrit là où les coutumes ont lieu (p. 172). Elle regorge surtout de mauvaise foi, notamment quand il relève que le mot « *quisquam* » ne vise pas exclusivement les ecclésiastiques (p. 169), que la liste des professeurs fournie par Ferrière (à partir des livres des décanats) n'a point été dressée sur des « monuments publics authentiques », qu'elle ne commence « que vers la fin du xv^e siècle » (p. 171), que Cujas n'a jamais été sollicité pour enseigner à Paris (Terrasson avait pourtant publié l'arrêt du Parlement du 2 avril 1576 lui permettant la lecture publique du droit civil et d'y donner les degrés).

100. *Recherches pour servir à l'histoire du droit français*, Paris, 1752, p. 180.

101. Voir la notice que lui consacre J.-L. Thireau dans le *Dictionnaire historique des juristes français*.

102. J.-M. Carbasse et G. Leyte, *L'État royal, XII^e-XVIII^e siècle. Une anthologie*, Paris, 2004, p. 233-240. G. Leyte, « "Le droit commun de la France". Observations sur l'apport des arrêstistes », *Droits*, 38 (2003), p. 54-67. Également, dans la même livraison (p. 69-82), A. Lefebvre-Teillard, « Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence ».

bien, que Grosley fait alors cavalier seul dans l'interprétation régaliste de la vieille prohibition pontificale.

Grosley, une des sources non avouées, en 1880, d'Adolphe Tardif ? Les fables, même en histoire du droit, ont vraiment la vie dure.

Jacques KRYNEN

Professeur à l'Université de Toulouse I
Institut universitaire de France