



EST-IL TEMPS DE DECONSTRUIRE LES MYTHES DE L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS ?

Résumé. Destinés à la fin du XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle à alimenter la fierté nationale, les manuels d'histoire du droit français, érigés en « classiques » (Esmein, Declareuil, Chénon, Olivier-Martin) ont présenté un récit de la construction de l'État par étapes (la période franque, la royauté féodale, la monarchie absolue, la Révolution et ses suites) autour de quelques grandes caractéristiques institutionnelles. Les recherches menées depuis trois décennies ont mis en question un certain nombre de ces « clichés » dont certains apparaissent aujourd'hui comme des mythes. Faut-il pour autant, au nom de la déconstruction, abandonner toute tentative de circonscrire le droit français comme un objet d'histoire (au moins à partir du XIII^e siècle) ? Cet article propose de conserver une place importante à l'histoire de l'État, mais en la replaçant davantage dans une perspective comparatiste et en s'intéressant au rôle des professionnels du droit dans la construction de cette mythologie nationale.

Mots clés : droit français, État, mythologie, juristes, déconstruction

Abstract. The « classical » handbooks about French legal history (the ones from Esmein, Declareuil, Chénon, Olivier-Martin) have been written, at the end of the 19th century and in the first half of the 20th century, in order to favour the national pride. They have presented the construction of the French state through specific stages (the Frankish period, the feudal kingdom, the absolute monarchy, the Revolution and its outcomes) and main features concerning the public institutions. New researches, since about three decades, have questioned these clichés, the most of them appearing today as myths. With such a deconstruction, must one abandon any attempt to circumscribe French law as an historical object (at least since the 13th century)? This paper proposes to maintain an important role to the history of State, but more in a comparative perspective and with a developed interest for the role of professional lawyers in this national mythology.

Keywords : French Law, State, mythology, lawyers, deconstruction

1. À première vue, la France des XIX^e et XX^e siècles paraît offrir un des plus purs exemples des liens entre la constitution de l'histoire du droit comme discipline universitaire et le nationalisme juridique¹. N'est-ce pas la Troisième République qui a donné, en même temps, une fonction pédagogique de grande envergure à l'histoire nationale dans les écoles publiques _ élémentaires ou secondaires _ et un rôle d'introduction aux études juridiques à l'histoire du droit dans le programme de première année des Facultés de droit ? Le premier grand manuel canonique, le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892)² d'Adhémar Esmein n'est-il pas l'œuvre d'un professeur parisien incarnant la légitimité républicaine et qui est surtout connu des juristes d'aujourd'hui en tant que fondateur du nouvel enseignement de droit constitutionnel³ ?

2. Sans sous-estimer ce contexte de l'État républicain, érigé en « instituteur national » et en responsable de la mémoire collective du pays⁴, il faut néanmoins replacer le développement de l'histoire du droit national(e) _ qui est à la fois une histoire du droit français et une histoire française du droit _ dans la longue durée des XIX^e et XX^e siècles. Le nationalisme juridique, déjà présent au moment de la codification napoléonienne, s'est développé sous les monarchies censitaires, puis sous le Second Empire, en même temps que les travaux de Klimrath, Warnkönig ou Laferrière. Avec l'ensemble de la mouvance nationaliste⁵, il s'est prolongé et métamorphosé au cours de la Troisième République et, au-delà, jusqu'à la Cinquième République. Il est bien connu que les manuels canoniques qui ont suivi celui d'Esmein (en affirmant toujours s'en inspirer et rester fidèles aux orientations disciplinaires du maître) sont les œuvres d'historiens du droit conservateurs dont la fibre républicaine était des plus ténues : Chénon était ouvertement royaliste (son *Histoire générale du droit français* paraît en 1926, après sa mort, mais reflète un enseignement bien antérieur⁶), Declareuil s'était déclaré anti-dreyfusard pendant l'Affaire (avant de faire amende honorable, son *Histoire générale du droit français* datant de 1925⁷), pour finir avec Olivier-Martin, idéologue du corporatisme, juge de la Cour suprême de justice de Riom sous Vichy, qui publie son *Histoire du droit français des origines à la Révolution* en 1948, « malgré des circonstances adverses »⁸. Il faut ainsi distinguer, à l'intérieur de la variété des nationalismes et

1 Jean-Louis Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des Sciences Humaines*, 2001, n° 4, p. 9-32.

2 Adhémar Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, L. Larose & Forcel, 1892.

3 Stéphane Pinon, Pierre-Henri Prétot (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009.

4 Pierre Nora, « Lavis, instituteur national. Le "Petit Lavis" évangile de la République », in Pierre Nora (dir.), *Les lieux de mémoire, t. I, La République*, Paris, Gallimard, 1984, p. 247-289.

5 L'œuvre de Paul Viollet, dont le *Précis de l'histoire du droit français* (1884-1886) précède le manuel d'Esmein, se rattache à un autre courant, qui essaye de « réconcilier les catholiques français avec leur histoire nationale » selon les expressions de Frédéric Audren, in Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 774.

6 Émile Chénon, *Histoire générale du droit public et privé des origines à 1815*, Paris, Sirey, 1926 (vol. 1 préparé par Chénon en 1925 avec la mention de ses cours donnés à Rennes puis à Paris) et Paris, Sirey, 1929 (vol. 2 publié d'après les notes de Chénon par Olivier-Martin et arrêté en 1789, contrairement au titre et au plan annoncé par Chénon lui-même).

7 Joseph Declareuil, *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris, Sirey, 1925.

8 François Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, reproduction par les Éditions du CNRS, Paris, 1984 (en soi une

des différentes formes du nationalisme juridique, une veine propre à l'histoire du droit national(e) qui a développé, en particulier à travers les manuels d'enseignement, un schéma général servant d'articulation à la compréhension de la construction de l'État et du droit français. À ces générations d'historiens du droit qui ont occupé le devant de la scène académique française pendant presque un siècle, il ne s'agit pas de faire le procès, trop facile aujourd'hui, d'avoir succombé aux sirènes nationalistes et négligé les aspects transnationaux de l'histoire juridique⁹.

3. Nous voudrions plutôt montrer que plusieurs aspects de cette « vulgate » sont aujourd'hui démentis par l'historiographie contemporaine et peuvent apparaître comme relevant d'une mythologie de l'histoire du droit français (I). La question se posera alors si l'abandon de ces mythes doit nous conduire à une déconstruction, plus ou moins totale, de notre objet historique le « droit français » (II).

I. Les démentis apportés à plusieurs schémas des manuels classiques d'histoire du droit français

4. Quels sont les jalons de l'histoire « officielle » du droit français posés par ces manuels, auxquels beaucoup d'entre nous n'adhèrent plus aujourd'hui ? En suivant la chronologie, fixée par le programme même de ces cours de première année des invasions germaniques à la Révolution française, il y a d'abord la référence constante (jusque dans le titre même des ouvrages de Declareuil et Olivier-Martin) à l'idée des « origines » du droit français. Sans se poser la question de l'apparition de cette expression _ au XVI^e siècle seulement¹⁰ _ ou des raisons qui pourraient justifier son emploi pour des périodes plus anciennes (où il n'y a pas d'unité du droit français, ni même d'identification d'un « ordre juridique français »), nos manuels ont unanimement rejeté l'idée (encore présente chez Glasson) d'un « droit gaulois »¹¹. L'histoire du droit français commence avec la monarchie franque et « la rencontre des traditions romaine et germanique » : tel est le titre de la longue introduction en six chapitres du manuel de François Olivier-Martin, selon lequel la France doit son « existence nationale » à l'arrivée des Francs et les « institutions proprement françaises sont nées à partir du X^e siècle de notre ère [...] de la rencontre sur le sol gaulois de la tradition romaine et de la tradition germanique »¹². Joseph Declareuil est celui qui est allé le plus loin dans cette exaltation de lointaines origines nationales en consacrant un Livre I de quatre-vingt pages aux « origines » et en le commençant par l'analyse des facteurs

telle reproduction est une manifestation de l'attachement des historiens du droit français à cette tradition au moins jusqu'aux années 1980), p. VII.

9 Le reproche serait d'autant moins justifié que ces historiens du droit n'ont pas négligé le comparatisme (à commencer par Esmein, ou avant lui Glasson pour les rapports entre la France et l'Angleterre) et ont tissé des liens incontestables avec leurs collègues européens.

10 Comme y insiste Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Université », 2001.

11 Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. V : « l'on ne peut démontrer presque sur aucun point l'influence persistante de ces vieilles coutumes dans le développement du droit postérieur ». Dans le même esprit, Émile Chénon, *op. cit.*, vol. 1, p. 6.

12 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. X.

physiques et des races qui ont concouru à la « formation ethnique du peuple français »¹³.

5. Dans le domaine plus technique de la caractérisation du droit franc, Esmein était convaincu de l'existence d'un droit coutumier germanique _ que l'on pouvait « reconstituer » à partir de César, Tacite, des auteurs de l'époque mérovingienne et des lois barbares _ qui aurait eu une grande influence en Gaule¹⁴. Declareuil et Chénon insistent sur les spécificités des Francs, « fortement celtisés » depuis leur entrée progressive sur le territoire de l'empire romain¹⁵. François Olivier-Martin n'hésite pas à écrire, en 1948, que les coutumes des Germains sont « analogues » entre elles et « s'apparentent aux institutions primitives des autres branches de la famille aryenne »¹⁶. Ces coutumes, « issues de la conscience juridique du peuple » auraient été mises par écrit, sous la forme des lois barbares, dans le but de les sauvegarder¹⁷.

6. À l'opposé, une partie de l'historiographie contemporaine _ il est vrai peu représentée en France¹⁸ _ considère qu'il n'existait pas de droit germanique avant les invasions et juge que les lois barbares sont, par leur rédaction même, influencées fortement par les modèles législatifs romains¹⁹. Si l'on suit la piste proposée par Jean-Pierre Poly, la loi salique serait une « *lex data* » remontant aux années 350 rédigée par des officiers francs et romanisés en charge de soldats « létiques » cantonnés dans une sorte de réserve²⁰. Elle n'emprunterait donc rien, ou très peu, à une coutume germanique. S'il y a très certainement transfert en Gaule d'un apport germanique relatif aux structures de la parenté et aux conceptions des relations entre les deux sexes, il a pénétré (de manière partielle et en provoquant aussi des réactions de rejet) dans le droit à travers le double prisme du droit canonique et du droit romain²¹. Par ailleurs, la Gaule franque a peut-être

13 Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. 5-21 : l'auteur se dit convaincu que la France s'est formée par le mélange des races celte, romaine, barbare, germanique, bretonne, basque, normande et sarrazine, en séparant le cas des étrangers (dont les juifs) pour lesquels la France se serait montrée « souvent trop accueillante ».

14 Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. 39 avec néanmoins la reconnaissance de l'influence de la civilisation romaine sur les lois barbares (p. 40). Une « pure coutume », sans loi, aurait connu les compositions pécuniaies et l'action en justice dès l'époque de Tacite (p. 48, 56).

15 Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. 80 ; Émile Chénon, *op. cit.*, vol. 1, p. 6.

16 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 3-4. L'auteur ne craint pas les stéréotypes, ni les anachronismes, lorsqu'il écrit : « Ces Barbares, sans grand besoins, ont les mœurs simples des peuples sains. Leurs familles sont fortes, leurs mariages stables et féconds ; les divorces sont rares et l'adultère sévèrement réprimé ».

17 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 16-17 (« La Loi Salique nous présente ainsi les coutumes saliennes originaires, avant les déformations inévitables qu'entraîne le contact des races »). Jean-Louis Harouel, Jean Barbey, Éric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *Histoire des institutions de l'époque à la Révolution*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1^{re} éd., 1987, p. 32 parlent encore de « coutumes franques ».

18 Même si certains auteurs, comme Francis Garrisson (*Histoire du droit et des institutions*, Paris, Montchrestien, 1984) ont renoncé à traiter des institutions franques.

19 Maurizio Lupoi, *The Origins of European Legal Order*, trad. Adrian Belton, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 25. Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, Müller, 1994, p. 93 va jusqu'à remettre en doute l'application pratique de la loi salique par les juges.

20 Jean-Pierre Poly, « La corde au cou. Les Francs, la France et la loi salique », in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée*, École Française de Rome, Paris, de Boccard, 1993, p. 287-320.

21 Jean-Pierre Poly, *Le chemin des amours barbares. Genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, Perrin, 2003.

été moins marquée que l'Angleterre anglo-saxonne ou que l'Italie lombarde par des institutions (comme l'appel au témoignage sous serment qui peut préfigurer l'enquête, voire le recours au jury) par les institutions mises en place à travers les lois barbares²². Les plus grands doutes peuvent s'exprimer aujourd'hui sur l'existence d'un ordre juridique franc, du moins à la période mérovingienne – la législation des capitulaires répondant davantage sous les Carolingiens au schéma des « règles secondaires » (de reconnaissance, de changement et d'adjudication) de Hart.

7. Un deuxième mythe est relatif à l'apparition d'un « système féodal » homogène (qui se serait appliqué dans toute la France), fondé sur des règles de droit uniformes (le contrat vassalique, la concession du fief, l'évolution vers l'hérédité et l'aliénabilité) et de caractère coutumier (ce « droit féodal » étant supposé connu par la lettre de Fulbert de Chartres, les *Assises de Jérusalem*, Beaumanoir et Bouteiller, sans interférence aucune du pouvoir royal, avec une influence très limitée et à peine mentionnée du droit savant)²³. La seigneurie est en même temps présentée comme une sorte de micro-État, avec plénitude de la souveraineté par Esmein²⁴, puis par Declareuil²⁵. Olivier-Martin parle aussi d'une « organisation spontanée » de la société féodale, en citant Marc Bloch et en commençant par la seigneurie, avant de traiter le fief avec la structure sociale et le droit privé²⁶. Un tel plan laisse entendre que cette société féodale a secrété tout aussi spontanément des règles de droit censées être appliquées par les cours féodales.

8. Alors que la renaissance bolognaise est traitée plutôt rapidement²⁷, les manuels accordent une grande place à la formation du droit coutumier. Dans la quatrième partie de son manuel consacré aux sources du droit, Esmein, parle d'un « pur droit coutumier fixé par le seul usage » et connu à travers les coutumiers censés reproduire fidèlement la pratique du pays, tout en reconnaissant que ces derniers sont « fortement imprégnés de droit romain et canonique »²⁸. Chénon considère que le passage des lois personnelles aux droit coutumier territorial est « entièrement accompli » à la fin du X^e siècle, comme le partage entre le Nord et le Midi²⁹. Le même auteur parle d'une période « féodale et coutumière », durant laquelle « le peuple faisait lui-même ses propres lois » avant que ce droit féodal et coutumier ne soit exprimé par les « jurisconsultes français », dont le premier serait

22 Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa, Bologna*, Il Molino, 2007, p. 42-48.

23 Adhémar Esmein, *op. cit.* p. 175 (type général de la féodalité), 189 (Fulbert de Chartres et la définition des devoirs du vassal), p. 209-210 (plein développement avant les théories du double domaine des docteurs italiens).

24 Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. 181.

25 Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. 199 utilise dans la même page le mot État avec une majuscule et une minuscule, en affirmant que le gouvernement des seigneuries est modelé sur celui du roi.

26 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 102-103 (« organisation spontanée ; rôle de la coutume »), p. 126-156 (« la seigneurie, assise de la société médiévale » avec le « type de la châtelainie », p. 133 et les appréciations critiques des apports de l'École domaniale, p. 155-156), p. 258-265 sur le régime des fiefs. Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1962, t. 3, p. 153 et s. revient à une présentation débutant par le fief avant la seigneurie.

27 Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. 328-332 pour expliquer l'action des légistes dans la reconstitution de la souveraineté royale.

28 *Ibid.*, p. 683-697.

29 Émile Chénon, *op. cit.*, vol. 1, p. 130-135.

Beaumanoir selon le mot de Paul Gide³⁰. Pour Olivier-Martin, la coutume « est un usage juridique de formation spontanée, accepté par tout le groupe social considéré ». Elle naît d'une série d'actes publics et paisibles et « le juge ne la crée pas ». Elle nous est connue par les chartes, statuts municipaux et coutumiers dont chacun des auteurs « renseigne utilement sur le droit de la région et de son temps »³¹. La renaissance du droit romain est traitée ensuite, en seulement deux pages, avec l'idée (empruntée à Chénon³²) que Philippe-Auguste aurait fait écarter le droit romain de sa capitale pour préserver utilement une tradition coutumière menacée³³.

9. Aujourd'hui, de nombreux historiens du droit _ pour ne pas dire, une majorité des spécialistes à laquelle s'opposent les tenants d'une emprise coutumière d'origine spontanée³⁴ _ considèrent au contraire que la reconnaissance d'un droit coutumier (à travers les jugements, la rédaction des coutumiers, les interventions du pouvoir royal) est inséparable de la pénétration du droit romain au XII^e et au XIII^e siècle³⁵. De même que la frontière entre pays de droit écrit et pays de coutumes est loin d'être étanche ou définitivement fixée³⁶, l'avènement du droit coutumier serait un produit de la renaissance du droit romain et non une réaction de défense de règles propres aux communautés d'habitants du Nord et du Centre de la France.

10. Concernant l'histoire moderne, les manuels classiques ont insisté sur une marche vers l'absolutisme monarchique qui aurait trouvé son apogée sous Louis XIV avant de se heurter aux idées nouvelles au XVIII^e siècle. Cette idée des progrès constants de la centralisation monarchique (soit d'une « organisation administrative » moderne) se fondait, d'abord, sur la conception d'une succession

30 *Ibid.*, vol. 1, p. 490-491 et p. 553-557.

31 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 112 sur les traits généraux de la coutume, p. 116-117 sur les coutumiers (si l'auteur concède que Beaumanoir « a fait de fortes études aux universités », il ne sacrifie pas le droit coutumier dans ce « chef-d'œuvre de la littérature coutumière »). L'exposé fait par Jacques Ellul, *op. cit.*, t. III, p. 139-143 est étrangement proche de celui d'Olivier-Martin, y compris sur la bulle *Super specula*. Les développements de Jean-Louis Harouel, Jean Barbey, Éric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 110 sur « l'équilibre de la coutume » rappellent aussi ceux de François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 103.

32 Émile Chénon, *op. cit.*, vol. 1, p. 508 (avec l'idée qu'en France « Coutume passait droit »). Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. 829-851 traitait des sources du droit à propos du Royaume de France pour relever l'origine « française » des coutumes (dans lesquelles on ne découvrirait aucun rapport avec le droit romain, ni avec le droit germanique) et pour analyser en une quinzaine de pages l'influence du droit romain, sans traiter de la bulle *Super Speculam*.

33 *Ibid.*, p. 122. Sur ce mythe d'une prétendue volonté royale de cantonner le droit romain, Jacques Krynen, « La réception du droit romain en France. Encore la Bulle *Super Speculam* », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2008, n° 28, p. 227-262.

34 André Castaldo, « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen âge. À propos de vues nouvelles. I. à propos de voies nouvelles ; II Le droit romain est-il le droit commun ? », *Droits*, 2007, n° 46, p. 117-158 et 2008, n° 47, p. 173-248.

35 Gérard Giordanengo, « Jus commune et droit commun en France du XIII^e au XV^e siècle », in *Droit romain, jus civile et droit français*, Jacques Krynen (dir.), *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, Toulouse, Publications de l'Université Toulouse I, 1999, p. 229-230 ; Robert Jacob, « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? », in Mireille Mousnier, Jacques Poumarède (dir.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2001, p. 102-119.

36 Jean Hilaire, *La vie du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 101-103.

sans accrocs des baillis, des gouverneurs et des intendants, puis sur la conviction de la puissance des intendants³⁷. Olivier-Martin était ainsi persuadé que les intendants étaient parvenus à s'imposer et à faire triompher la centralisation monarchique sur des officiers récalcitrants³⁸. Or, ce « mythe de l'absolutisme bourbonien » a été ébranlé par les remarques de Perry Anderson sur les difficultés à contrôler un territoire et une population comme ceux de la France³⁹, par les travaux de François-Xavier Emmanuelli sur les intendants⁴⁰, par les études réhabilitant le rôle des institutions judiciaires et de leurs membres⁴¹ ou par les réflexions menées autour des travaux de Robert Descimon, sur la puissance des réseaux sociaux développés par les officiers⁴². Plus généralement, la chronologie classique de l'absolutisme a été remise en cause à la fois par la réappréciation des interventions législatives du pouvoir monarchique dès la fin du Moyen Âge⁴³, du poids des juges (et des usages locaux) y compris pendant le règne de Louis XIV⁴⁴ et des progrès de la monarchie « administrative » au XVIII^e siècle⁴⁵.

11. Sur la monarchie des Temps modernes, nos manuels classiques ont en même temps (et d'une certaine manière, de façon contradictoire) entretenu l'idée de tempéraments à l'absolutisme résultant d'un respect de la structure sociale traditionnelle fondée sur les ordres et les corps. Cette idée d'une organisation corporative du royaume n'est pas expressément formulée chez Esmein qui traite séparément les franchises municipales, le régime des cultes et celui des métiers⁴⁶. Elle apparaît chez Declareuil qui consacre plusieurs pages à la « vie coopérative » du Royaume de France⁴⁷. Elle devient, enfin, centrale chez Olivier-Martin qui défend la thèse d'une « nation organisée » dans laquelle les États (généraux ou provinciaux), le clergé, les villes ou communautés d'habitants et toutes sortes de « groupements intermédiaires » d'origine coutumière auraient dialogué avec le

37 Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. 563 et p. 572 (les intendants « dictaient le plus souvent aux États la volonté du roi »), Émile Chénon, *op. cit.*, vol. 2, p. 448-470.

38 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 571.

39 Perry Anderson, *L'État absolutiste. Ses origines et ses voies*, Paris, Maspero, 1978, vol. I, notamment p. 90.

40 François-Xavier Emmanuelli, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien : l'intendance du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle*, Aix-en-Provence, 1981.

41 Sylvain Soleil, *Le siège de la sénéchaussée d'Anjou et le présidial d'Angers 1551-1790*, Presses Universitaires de Rennes, 1997 ; Joël Hautebert, *La justice pénale à Nantes au Grand Siècle*, Paris, Michel de Maulin, 2001.

42 Fanny Cosandey, Robert Descimon, *L'absolutisme en France*, Paris, éd. du Seuil, coll. « Points Histoire », 2002, spécialement p. 193-217 sur le mythe de l'absolutisme. Plus récemment le volume collectif dirigé par Gauthier Aubert et Olivier Chaline, *Les Parlements de Louis XIV. Opposition, coopération, autonomisation ?*, Presses Universitaires de Rennes, 2010, marque un rapprochement entre les historiens et les juristes (avec notamment la contribution de François Saint-Bonnet, « Louis XIV, les Parlements et la souveraineté », p. 173-183, ainsi que celle de Xavier Godin et Christiane Plessix-Buisset, « La réception des ordonnances civile et criminelle par le parlement de Bretagne », p. 67-91) pour réévaluer le rôle des parlements sous le règne de Louis XIV.

43 Sophie Petit-Renaud, *Faire loy au royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380)*, Paris, de Boccard, 2001.

44 Jacques Krynen, *L'État de Justice. France XIII-XX siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2009.

45 Michel Antoine, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Paris-Genève, Droz, 1970.

46 Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. 660, sur cette « base essentielle » des communautés d'artisans et de marchands.

47 Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. 927-941.

pouvoir royal⁴⁸. L'historiographie plus récente a révélé les faiblesses d'un tel « modèle corporatif », les liens des communautés de métier avec le pouvoir monarchique les empêchant de fonctionner comme des contre-pouvoirs⁴⁹. Quant à la tradition d'une organisation corporative des avocats remontant au Moyen Âge, elle est aujourd'hui considérée comme tout simplement fausse⁵⁰.

12. Dans les développements qu'ils consacrent au droit privé, les manuels diffusent aussi l'idée d'une convergence naturelle des différentes sources de l'ancien droit vers les idées d'unification et de codification⁵¹. « L'action combinée de la jurisprudence, de la doctrine et de l'enseignement, a dégagé peu à peu de la complexité apparente des coutumes l'unité profonde du droit français »⁵² écrivait Olivier-Martin. Aussi bien en matière contractuelle que familiale, les rédacteurs du Code civil n'auraient fait que synthétiser les travaux des auteurs français des XVII^e et XVIII^e siècles⁵³. Ici, encore, l'historiographie tend aujourd'hui à relativiser grandement les aspirations à l'unité du droit français et à marquer la rupture que constitue l'appel à une codification _ appel absent aussi bien dans les œuvres de Pothier que dans celles de Domat⁵⁴.

13. En arrivant à l'ère contemporaine, il faut constater que plusieurs facteurs se sont conjugués pour faire en sorte que la période révolutionnaire soit maltraitée, voire occultée, par nos manuels classiques d'histoire du droit français. De la part d'Esmein, qui en vrai républicain donnait une place de premier plan à l'apport révolutionnaire, il y avait eu seulement un choix didactique de répartir les matières entre des ouvrages différents, qui se sont trouvés ne pas avoir le même impact sur l'enseignement⁵⁵. En revanche, ses successeurs, qui se sentaient plus proches de l'ancienne monarchie, ont volontairement arrêté leur manuel à 1789 (avec le cas particulier de Chénon qui annonçait une dernière partie sur le droit intermédiaire qui n'a jamais été publiée). Olivier-Martin trouve, en 1948, toute une série de « bonnes raisons » pour justifier cette option : la « tradition inaugurée par

48 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 357-417 (sur Pothier et Bourjon, Adhémar Esmein, *op. cit.*, p. 718-719 allait déjà dans le même sens).

49 Bernard Gallinato, *Les corporations à Bordeaux à la fin de l'Ancien Régime. Vie et mort d'un mode d'organisation du travail*, Bordeaux, 1992.

50 L'historien américain David Avrom Bell a montré, dans *Lawyers and Citizens*, Oxford, Oxford University Press, 1994 que l'ordre des avocats au Parlement de Paris, le premier apparu en France, était une création de la fin du XVII^e siècle.

51 L'idée est déjà très présente dans l'ouvrage de Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, Paris, 3^e éd., 1905, p. 220 et s. qui va de Dumoulin au Code civil en passant par Domat, D'Aguesseau et Pothier, mais sans parler de la Révolution française.

52 François Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 426 : cette « besogne » d'unification « s'est accomplie parallèlement à l'action politique de la royauté dont l'effort patient a fait naître la notion d'une patrie française... Tout ce travail progressif et réaliste de nos anciens jurisconsultes a permis, après la tourmente révolutionnaire, la rédaction d'un Code civil solide et durable attestant que nulle œuvre humaine ne dure qui n'ait été longuement préparée ».

53 Paul Ourliac, Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1957 et 1968, t. I, p. 115 et t. III, p. 154 et 451.

54 Xavier Martin, « L'unité du droit à la veille de 1789 : une aspiration modérée ? » in *Il Pensiero politico. Rivista di storia delle idee politiche e sociali*, Florence, 1987, p. 319-328 ; Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, coll. « Histoires », 1992.

55 Le *Précis élémentaire d'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris, Sirey, 1911, d'ambitions plus limitées que le *Cours élémentaire*, n'a pas donné lieu à un « grand cours » de première année dans les facultés de droit et Esmein n'a rien fait pour le promouvoir.

Esmein » (en réalité complètement détournée de ses intentions⁵⁶), le prétendu accaparement de l'histoire contemporaine par les constitutionnalistes et les publicistes, et surtout la relativité de la coupure révolutionnaire _ pour en arriver à l'idée de la réapparition « sous des formes rajeunies, de certaines institutions d'autrefois » qui justifierait de s'arrêter « tout net » à la chute de l'Ancien Régime... L'auteur peut se payer le luxe de paraître regretter cette amputation, qui correspondait pourtant si bien au jugement totalement négatif porté par lui sur l'époque révolutionnaire. Si l'ensemble des historiens du droit n'a pas partagé cette orientation clairement réactionnaire, la Révolution a souvent été présentée comme une simple parenthèse du point de vue de la construction de l'État centralisé (avec la thèse, empruntée à Tocqueville, de la continuité entre l'Ancien Régime et le Consulat) et de l'unification du droit privé. Sur les matières du droit public, comme sur celles du droit privé avec l'avènement de l'idée codificatrice, la Révolution apparaît au contraire, dans les études thématiques réalisées aujourd'hui⁵⁷, comme une rupture fondamentale sur les bases de laquelle s'est construit le droit français moderne.

14. Avant-dernier mythe longtemps véhiculé par les cours d'histoire du droit : celui d'un Code Napoléon, tout à la fois individualiste, libéral et spiritualiste qui réaliserait les rêves des juriconsultes de la monarchie après les orages révolutionnaires. Cette mythologie du Code Napoléon a fait l'objet des travaux « décapants » de Xavier Martin et elle est aujourd'hui largement abandonnée par les historiens du droit français qui mettent en avant les accents autoritaires (et donc anti-individualistes, voire matérialistes) de la codification napoléonienne, ainsi que la part importante (sinon prépondérante) des apports de la Révolution française dans la technique et même dans le contenu de la codification⁵⁸.

15. Déjà présent sous la Troisième et repris ou remis à l'ordre du jour sous la Cinquième République⁵⁹, un dernier mythe consiste à présenter l'histoire du droit public français comme celle de la « patrie des droits de l'homme » dont l'évolution constitutionnelle convergerait vers le régime parlementaire (avec les libertés publiques reconnues par la loi) dans la première version, puis vers le régime présidentiel (avec ses droits fondamentaux garantis constitutionnellement) dans sa seconde version. Cette vision évolutionniste et irénique méconnaît les limites de la notion de libertés publiques, sous la Troisième République avec l'empire colonial⁶⁰, comme les origines de la Constitution de la Cinquième République dans le contexte de la guerre d'Algérie et du putsch d'Alger⁶¹, sans parler du traitement du régime de

56 Une partie de cette argumentation se trouve déjà chez Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. VIII quand il affirme qu'il faudrait un autre volume pour la période après 1789... auquel il renonce en présence de nombreux ouvrages de référence.

57 Par exemple, Grégoire Bigot, *L'administration française. Politique, droit et société 1789-1870*, Paris, Litec, 2010.

58 Il faudrait citer tous les travaux de Xavier Martin depuis « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD* 1982/4, p. 589-618 à *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003.

59 Marcel Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Paris, Montchrestien, 9e éd., 2006.

60 Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, Paris, Presses de la Fondation des sciences politiques, 1976. Toutes les études menées ces dernières années sur le droit colonial ont amené également à relativiser le libéralisme de la Troisième République.

61 Sylvie Thénaut, *Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte, 2001.

Vichy comme une simple « parenthèse »⁶². Ce sont ainsi plusieurs des « grandes » pages de l'histoire du droit français qui apparaissent de plus en plus discutables aujourd'hui.

II. Comment déconstruire l'histoire du droit français sans nier la singularité de son objet ?

16. Quels enseignements pouvons-nous tirer de cet ébranlement qui affecte, de manière d'ailleurs inégale, les schémas classiques de l'histoire du droit français enseignés pendant des générations (et qui dans certains cas continuent à l'être) ? On peut distinguer trois niveaux de réflexion : la prise de conscience des « vices réhhibitoires » dont est affectée cette vulgate véhiculée par une succession de manuels, la mise en valeur des questions méthodologiques occultées par cette vision traditionnelle de l'histoire du droit, enfin les propositions qui peuvent être faites en vue d'une autre histoire du droit français.

17. Les vices réhhibitoires se ramènent selon nous à trois caractéristiques de l'histoire classique du droit français (ou, si l'on préfère, trois visages de cette forme particulière de nationalisme juridique) qu'il faudrait mieux abandonner : la vision évolutionniste, le refus de considérer les ruptures, et la volonté de défendre un prétendu « esprit du droit français ». Comme il est facile de le remarquer, les manuels élémentaires _ en principe destinés à suivre le programme de la première année, en réalité avec des ambitions intellectuelles plus développées pour rendre compte d'un large éventail de l'histoire du droit français _ ont été conçus depuis Esmein autour de la description de la construction de l'État français, dans des dimensions singulièrement limitées après Esmein à l'État monarchique, qui aurait réussi et achevé l'unification nationale (ce qui, sur le strict plan territorial, néglige les annexions postérieures à 1789 du Comtat Venaissin, de la Savoie et du comté de Nice, sans parler de l'empire colonial). Un tel programme induit une présentation didactique qui, partant du présupposé de l'écroulement de structures étatiques préexistantes (romaines d'abord, franques ou carolingiennes ensuite) sous les coups de butoir d'abord des grandes invasions, puis du morcellement féodal (lui même lié à de nouvelles invasions au IX^e et au X^e siècle), fait pour l'essentiel l'éloge de la remontée en puissance d'un État national qui apporte avec lui les bienfaits de l'ordre et du droit. Est-il besoin d'insister pour dire combien ce schéma, inspiré par une idéologie (ou des idéologies, celle d'Olivier-Martin n'était certainement pas celle d'Esmein) de l'État datant du XIX^e ou du XX^e siècle, méconnaît les particularités de l'État moderne (dont la naissance ne remonte pas au-delà des derniers siècles du Moyen Âge, avec un avènement théorique et pratique seulement au XVI^e et au XVII^e siècle) et néglige les flux et les reflux qui ont pu marquer au cours des temps les transformations de la puissance étatique ?

62 Parmi les nombreux travaux récents consacrés à différents aspects du droit de Vichy, notamment à la législation antisémite, il convient de relever la contribution des historiens du droit au volume de Bernard Durand, Jean-Pierre Le Crom, Alessandro Somma (dir.), *Le droit sous Vichy*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006 qui pose la question méthodologique du rattachement des règles de droit à un régime politique donné, ainsi que l'ouvrage collectif, *Le rétablissement de la légalité républicaine*, Paris, Complexe, 1996.

18. Plus généralement, la vision classique de l'histoire du droit national(e) a subi l'influence des concepts évolutionnistes défendus notamment par Sumner Maine⁶³ _ un auteur lu et apparemment médité par Esmein à propos de l'évolution du statut au contrat, de la propriété collective à la propriété individuelle et de la vengeance privée à la justice publique⁶⁴ _ qui résument l'histoire juridique au passage par différents stades (de plus en plus rationnels et complexes) de la conception du droit et des institutions. Il en résulte, comme on l'a dit, une quête éperdue des « origines », des institutions fondatrices et primitives (la loi salique, le sacre des rois de France, la naissance du Parlement) qui marqueraient la genèse, puis le développement, du droit étatique et prépareraient _ dans une perspective téléologique de « rétrodiction » (pour reprendre l'expression de Paul Veyne⁶⁵) _ l'avènement du droit moderne. En voulant montrer que la souveraineté royale était à l'origine de la souveraineté nationale, que l'unification monarchique avait ouvert la voie à la centralisation napoléonienne, ou que Domat et Pothier étaient les pères spirituels du Code civil, les auteurs des manuels canoniques croyaient atteindre un double objectif : prouver aux étudiants l'utilité d'une histoire du droit passé expliquant le droit contemporain, donner à l'État français ses lettres de noblesse dans une tradition nationale liée (chez Esmein) ou au contraire arrachée (chez Declareuil, Chénon et Olivier-Martin) à la République.

19. Mettant en valeur la montée en puissance du pouvoir royal en France dès le Moyen Âge, cette vision évolutionniste tendait aussi à renforcer les préjugés nationalistes. La grandeur du droit français tenait, pour une large part, à cette ancienneté d'une puissance publique censée avoir poursuivi sans relâche l'unité de la France, le maintien de l'ordre public, sinon le bonheur du peuple. De ce fait, toute influence extérieure était pratiquement écartée avant 1789 _ un esprit aussi lucide qu'Esmein ne pouvait manquer de relever l'impact du modèle britannique sur le développement du parlementarisme français au XIX^e siècle _ et le « modèle français »⁶⁶ était plutôt décrit comme susceptible d'exporter ses institutions, des intendants d'Ancien Régime à la codification napoléonienne. Il y a là, sans doute, une des explications d'une forme de prédilection pour les auteurs coutumiers _ notamment Beaumanoir s'exprimant dans un français facilement abordable _ et de désintérêt pour le droit savant, y compris pour les auteurs français du XVI^e siècle qui s'exprimaient en latin.

20. Cet évolutionnisme a entraîné avec lui un deuxième vice, le « continuisme » ou refus des ruptures, qui s'est exacerbé dans le rejet de la Révolution française par une partie influente de cette historiographie classique. Esmein ne partageait pas, bien sûr, cette dernière option, mais il a involontairement contribué à cette idée d'une continuité de l'État français à travers une périodisation empruntée à la succession des trois dynasties, mérovingienne, carolingienne et capétienne, comme si le droit français était apparu et avait été transmis à travers une souveraineté,

63 Frédéric Audren « Maine », in Olivier Cayla, Jean-Louis Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 385-387.

64 Outre l'influence de Maine sur Esmein, il faut mentionner la croyance largement partagée par les historiens du droit de son temps dans des « lois de l'évolution » : l'introduction de Paul Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, Paris, Larose et Forcel, 1890, vol. 1, p. 4 est significative avec la mise en exergue de deux lois d'évolution, marquant l'inévitable progression de la division du travail et de la centralisation.

65 Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, éd. du Seuil, coll. « Points », 1978, p. 98.

66 Sur cette notion et ses origines qui remonteraient au XVII^e siècle, Sylvain Soleil, « Le modèle juridique français : recherches sur l'origine d'un discours », *Droits*, 2003, n° 38, p. 83-95.

royale puis nationale, ininterrompue. Joseph Declareuil a été le plus explicite sur ce point en parlant, dès les premières pages de son manuel, d'une période de dix-huit siècles « au cours de laquelle il n'y eut pas de solution de continuité »⁶⁷. De manière surprenante, et sans y revenir par la suite (nationalisme oblige) l'auteur confessait dans la même phrase que cette continuité _ qui ne pouvait être effacée par aucune coupure, par définition arbitraire _ avait toujours été dominée (« bien que diversement ») par le « legs romain » ! Il faut penser également que ces auteurs, nourris des enseignements de l'École historique du droit sur les rapports entre le droit et la conscience nationale, pensaient, à l'instar de Paul Viollet, qu'un peuple « n'est pas libre de changer complètement son droit public et son droit privé »⁶⁸. L'aveuglement politique, induit par une hostilité viscérale à tout ce qui venait de la Révolution française, a ensuite durci ce « continuisme », en occultant la contribution du droit révolutionnaire au droit moderne français et en exaltant le « légalisme » modéré (ou dans une version plus moderne « pluraliste ») de la monarchie d'Ancien Régime.

21. Il est grand temps, pour les historiens du droit, de tenir compte des réflexions des politistes et des historiens qui affirment, au contraire, l'importance des périodes de rupture, et de crise, comme celle des discontinuités épistémiques⁶⁹. Est-il besoin d'insister pour dire que la Révolution française est, pour l'histoire du droit français, une rupture fondamentale ayant fait table rase d'une grande partie des institutions ou des règles de l'Ancien Régime et provoqué _ avec une nette solution de continuité dans l'enseignement du droit et la formation des juristes, même s'il y a eu des « passeurs » entre la culture juridique ancienne et la nouvelle _ le basculement d'une conception du droit (celle de l'ancien droit et de ses auteurs, plus ou moins liés à la méthodologie du « droit commun »⁷⁰) à une autre liée à la législation étatique, à « l'absolutisme juridique » et à la codification du droit⁷¹ ? Cette reconnaissance du rôle déterminant de la Révolution française dans le développement _ sinon dans la naissance _ du droit français moderne n'empêche nullement, sur tel ou tel sujet, d'identifier et d'étudier d'autres périodes de tournant ou de « mouvements d'allers-retours » qui rompent avec la linéarité des schémas classiques⁷². S'agissant de la justice, par exemple, nous ne sommes pas sûrs que les pouvoirs de la juridiction de cassation soient allés toujours croissants depuis la création du Tribunal de cassation en 1790⁷³, ni que l'indépendance des juges par rapport au politique n'ait pas diminué après l'épuration républicaine de 1883.

67 Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. VIII.

68 Paul Viollet, *Histoire du droit civil français, op. cit.*, p. VI.

69 Sans négliger les références à Carl Schmitt, Thomas Kuhn et Michel Foucault, nous renvoyons à Alain Dewerpe, *Charonne, 8 février 1962. Anthropologie historique d'un massacre d'État*, Paris, Gallimard « Folio Histoire », 2006, pour un exemple éclatant de l'examen des périodes de crise.

70 Marie-France Renoux-Zagamé, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1990, n° 10-11, p. 133-152.

71 Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998 ; Riccardo Ferrante, *Codificazione et Cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008 et du même auteur « Cultura giuridica e codificazione », *Clio @ Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 2, 2009.

72 Katia Weidenfeld, *Histoire du droit administratif. Du XIXe siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 3.

73 La période du Premier Empire et de la Restauration nous paraît ainsi marquer un coup d'arrêt à l'extension de certaines ouvertures à cassation (la fausse interprétation de la loi, la dénaturation de la loi du contrat) par rapport aux évolutions de la fin de la Révolution.

22. Un dernier vice de ces schémas évolutionnistes et nationalistes, que nous estimons lui aussi rédhibitoire, a consisté à spiritualiser le droit français, en lui supposant une essence atemporelle (un esprit français des lois), attachée à des vertus considérées comme elles aussi spécifiquement françaises (le cartésianisme, le respect des principes du droit naturel, pour certains auteurs la charité chrétienne ou le messianisme de la « patrie des droits de l'homme »). Les historiens du droit, d'Esmein à Olivier-Martin, ont partagé avec les juristes de leur temps _ de Glasson jusqu'à René David en passant par Henri Capitant _ la conviction qu'il existait une idée (ou au moins un ensemble de conceptions homogènes) du droit en France ayant traversé les époques et ayant fait, encore une fois, la grandeur de la nation. Les figures de Beaumanoir, de Bodin, de Domat, D'Aguesseau ou Pothier apparaissent ainsi comme les flambeaux d'une « culture juridique française » qui se serait transmise de génération en génération, sans véritablement connaître de profond changement. Nous retrouvons ici le lien entre évolutionnisme et « continuisme » : les institutions juridiques (pour la plupart très anciennes) se seraient presque insensiblement transformées sans rupture jusqu'en 1789 (ce qui confirmait, pour les plus conservateurs, la nécessité d'occulter cette malheureuse solution de continuité dans la chaîne des temps) et le meilleur de ces institutions nationales de l'ancienne France se retrouverait dans le droit français contemporain, comme un noyau dur ou un (sacré) cœur qu'il faudrait impérativement conserver. Là aussi, il nous paraît indispensable de se libérer de ce discours⁷⁴ ou de cette idéologie pour ne plus en être, même inconsciemment, captif. Le droit français n'est pas plus qu'un autre droit national une essence atemporelle, c'est une construction de la science du droit qui peut s'appuyer sur l'existence historique d'une succession d'ordres juridiques français, eux-mêmes susceptibles de changements et même de ruptures. Quant à la « bonté » naturelle de ce droit français, elle relève entièrement de l'ordre des jugements de valeur et des préjugés nationalistes. C'est ici que doivent nous venir en aide la célèbre analyse de Jacques Derrida sur la déconstruction du droit. Si les ordres juridiques ne sont jamais le tissu homogène d'une seule histoire _ chaque nouvelle norme ou décision déchirant ce tissu et faisant basculer dans un ordre juridique nouveau, comme chaque amendement révisant une constitution donne naissance à une « autre » constitution _, si l'histoire du droit doit déconstruire des « couches textuelles interprétables et transférables »⁷⁵, l'évolution du droit français ne peut être ramenée, même dans une épure à finalités pédagogiques, à une ligne de développement continu et progressif.

23. Après l'élimination de ces vices rédhibitoires, une plus grande attention à la méthodologie _ cruellement absente de tous ces manuels canoniques _ devrait amener à se poser une deuxième série de questions qui sont aussi susceptibles de remettre en cause _ sans la disqualifier complètement _ cette vision traditionnelle de l'histoire du droit français. Il s'agit, cette fois-ci, de discuter l'orientation institutionnelle, le traitement indifférencié des phénomènes juridiques et le recours à une analyse mico-historique, trois caractéristiques qui prédominent dans ces manuels.

24. Présentée comme une histoire de l'État, privilégiant le droit public par rapport au droit privé, cette histoire du droit français faite dans les manuels de première année s'est toujours revendiquée, depuis la fin du XIX^e siècle, comme une histoire des institutions et elle n'a pas attendu les énoncés officiels issus de la réforme des

74 Un discours construit dont il est possible de rechercher les origines (Sylvain Soleil, *op. cit.*, p. 85) et d'étudier les progrès.

75 Jacques Derrida, *Force de loi*, Paris, éd. Galilée, 1994, p. 32-34.

programmes de licence en 1954 pour s'étendre aux « faits sociaux ». C'est une histoire des rapports entre État et société, censés interagir et même dialoguer l'un avec l'autre, depuis la féodalité triomphante (dans laquelle la société des ordres l'emporterait sur l'idée de puissance publique) jusqu'à l'absolutisme militant (dans lequel l'État devenu puissant continuerait à tenir compte des aspirations de la nation organisée). Loin de représenter une ouverture à la sociologie, ou aux sciences sociales en général, cette appréhension quelque peu naïve (déjà présente chez Savigny dans sa compréhension des rapports entre le peuple et l'État, comme chez les historiens de l'Église qui la présentent comme une institution universelle et atemporelle) passait à côté de l'étude des groupes sociaux et de leur action pour insister sur la « force vitale » (elle aussi spiritualisée) d'institutions traversant le temps : le pouvoir royal, la justice des parlements, le mariage chrétien, la communauté coutumière entre époux ou le système féodal. Declareuil écrivait ainsi qu'il mettait l'accent sur les « éléments de la vie nationale » et leur « jeu en fonction du milieu social », tout en prétendant ne rien « atténuer » des « caractères juridiques » de cette histoire (n'y avait-il pas dans cette expression la crainte quelque peu dissimulée de passer à côté du droit lui-même ?)⁷⁶.

25. S'il apparaît difficile pour des juristes de se départir complètement de cette perspective institutionnelle, il faut en mesurer les risques : un écrasement de la chronologie qui consiste à penser que le fief, le parlement, le pouvoir royal ou le mariage du XVIII^e siècle s'inscrivent dans la lignée des mêmes institutions au XIV^e siècle _ alors que l'apparente continuité du vocabulaire peut cacher de profondes mutations (ne se résumant pas à des progrès ou des déclins) _, une trop grande confiance dans la conservation des « acquis » des générations antérieures (ce qui ramène à l'idée d'un perfectionnement continu des dites institutions), enfin la conviction qu'il est possible de mettre sur le même plan des organes (avec une prétendue volonté collective) et des techniques (avec une supposée dynamique interne). Sans aller jusqu'à un abandon complet du terme pour le moins polysémique d'institution, il nous semble que l'histoire du droit devrait davantage se méfier des pièges d'une telle conception essentialiste et organiciste du droit. Mettre la focale sur les institutions conduit trop souvent à occulter les règles et les concepts juridiques, comme les divers groupes sociaux à l'œuvre (dans des configurations elles-mêmes changeantes) dans le fonctionnement des organes politiques, judiciaires ou administratifs. Le « milieu social » ou les faits sociaux, qui ont été rapidement associés par les historiens du droit français à cette analyse institutionnelle, se sont trop souvent réduits à des généralités sur la « noblesse » ou la « bourgeoisie » conçues elles aussi comme des figures intemporelles.

26. Un autre risque, plutôt surprenant de la part d'un corps de professeurs de droit, des orientations des maîtres de l'histoire du droit français, est de faire passer au second plan la technicité juridique au profit d'une histoire politique centrée sur les institutions publiques de l'ancienne France. Le choix a été délibérément fait, en invoquant des impératifs didactiques (les étudiants de première année ne connaissent pas suffisamment de droit privé, ils auraient en revanche une conscience innée de ce qu'est l'État), de privilégier (ou tout du moins de séparer, comme chez Viollet et Brissaud) l'histoire du droit public par rapport à l'histoire du droit privé. Très probablement déterminés par le modèle de l'État légiférant du XIX^e siècle, nos classiques de l'histoire du droit n'ont guère été sensibles au fait qu'il n'y avait pas à proprement parler de « droit public » (pensé et théorisé comme tel) sous l'Ancien Régime et que, pour les juristes de profession, l'essentiel du droit avait longtemps résidé dans des règles du droit privé qui dépendaient d'autorités

⁷⁶ Joseph Declareuil, *op. cit.*, p. VIII.

(romaines ou coutumières) échappant pour partie au pouvoir royal. Les nouvelles perspectives qui se sont développées ces dernières années à propos de l'histoire du droit coutumier français montrent, s'il en était besoin, que l'histoire du droit ne peut se passer d'une réflexion sur l'autonomie du droit, comme sur la distinction entre droit positif et science du droit. En mettant sur le même plan la création des normes par le pouvoir royal et les opinions des jurisconsultes (par exemple, les ordonnances de Louis XIV et l'œuvre de Domat), les manuels traditionnels ont perdu de vue les différences séparant ces types ou niveaux de discours juridiques, comme la possibilité d'interactions entre une législation (qui n'est pas toujours efficace) et une science du droit (qui n'est pas toujours influente). L'indifférence à l'égard du droit savant⁷⁷ et les limites des travaux consacrés plus généralement à la « science du droit »⁷⁸ ont été les résultats de ce refus d'affronter la dichotomie entre droit et science du droit. Souvent décrits comme des défenseurs du positivisme étatique, ~~nos~~ ces historiens du droit ont été en réalité des jusnaturalistes rétifs aux postulats de base du positivisme juridique⁷⁹.

27. Une troisième série de questions méthodologiques négligée par la mythologie de l'histoire du droit français est celle des rapports entre ce que nous appelons aujourd'hui macro-histoire et micro-histoire. Là encore, l'on peut comprendre les motifs politiques et didactiques qui ont amené ~~nos~~ ces auteurs à privilégier une vision « nationale » et « unifiante » de l'histoire juridique. Le problème n'est pas, comme le reconnaissent bien volontiers ces historiens du droit, d'avoir sacrifié des détails à des perspectives plus globalisantes. Il est plutôt d'avoir surestimé l'ancienneté du sentiment national et de l'unification des pratiques juridiques à l'intérieur du pays _ notamment avec le recours à l'idée d'un droit commun coutumier dès le Moyen Âge. Non seulement la France éternelle aurait rapidement donné naissance à un droit « français » développé par des juristes « français », mais les évolutions affectant les institutions auraient toujours progressé au même rythme d'un bout à l'autre du royaume. Les monographies réalisées ces dernières décennies montrent, au contraire, la persistance des contrastes, des spécificités locales ou des traditionalismes jusqu'à la fin de l'Ancien Régime et parfois au-delà. Nationalisme et apologie de la continuité se sont ligués pour gommer ces aspérités, ces « exceptions » géographiques ou événementielles, comme toutes les ruptures ou toutes les crises (en particulier celles traduisant les limites du recours aux mécanismes juridiques, de la Guerre de Cent Ans à la Guerre d'Algérie en passant par la Fronde ou la Révolution française) que révèlent d'autres études aussi révélatrices sur la « vie du droit ». Plus généralement l'État national n'est pas le seul idéal-type qui peut servir à la construction d'une histoire du droit français, si l'on considère par exemple que le travail des juristes, agissant souvent à titre privé, a pu avoir aussi une influence importante sur l'émergence de règles nouvelles à l'intérieur de l'ordre juridique français. L'accent mis traditionnellement sur le droit public (essentiellement constitutionnel, que l'on admette ou non l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime⁸⁰) et le droit civil doit être nuancé en raison de la

77 Pierre Legendre, « La France et Bartole », in Pierre Legendre, *Écrits juridiques du Moyen Âge occidental*, Londres, Variorum Reprints, 1988, chap. VII.

78 L'entreprise d'une *Histoire de la science du droit en France*, annoncée par Marcel Fournier est restée limitée à la publication d'un volume (tome III) sur les universités françaises et l'enseignement du droit au Moyen Âge (Paris, Larose et Forcel, 1892).

79 Paul Viollet, *Histoire du droit civil français, op.cit.*, p. VI déclare explicitement que « le droit n'est pas une création artificielle de l'esprit humain ».

80 L'idée, déjà présente chez Declareuil et Olivier-Martin, a été reprise plus récemment par des historiens du droit comme François Saint-Bonnet (en incluant même les problématiques contemporaines du contrôle de constitutionnalité) : François Saint-Bonnet, Yves Sassier,

place à accorder à l'histoire du droit pénal, du droit des affaires, du droit du travail, des propriétés intellectuelles qui obéissent à d'autres rythmes dans la longue durée comme dans des espaces de temps plus réduits⁸¹. La « grande » histoire du droit français n'est jamais qu'une stylisation de la succession de ces ordres juridiques français qui ont toujours compris des parties plus ou moins distinctes et parfois en tension les unes avec les autres.

28. Après avoir examiné ces vices rédhibitoires et ces dangereux défauts attachés à l'histoire « classique » du droit français _ des vices et des défauts révélés par la perte de croyance dans certains mythes véhiculés par cette histoire _ faut-il abandonner la totalité des perspectives traditionnelles et aller vers la destruction radicale de l'objet « histoire du droit français » ? Le respect de ces précautions méthodologiques doit-il conduire à abandonner toute construction historique sur le droit français, au prétexte qu'il s'agit d'une création de l'esprit correspondant à des réalités par définition multiples, changeantes et pas nécessairement cohérentes entre elles ?

29. S'il est tout à fait loisible à chaque historien du droit de pratiquer plutôt une micro-histoire des pratiques juridiques dans un espace géographique réduit _ en tout cas plus petit que l'espace national _ et de s'intéresser aux périodes de rupture, de crise de l'État ou de « vacance » apparente du droit, il ne paraît pas justifié d'abandonner toute histoire de ce « droit français », conçu comme la succession (pour partie contingente et indéterminée) d'ordres juridiques qui ont existé, au cours du temps, à travers les frontières du royaume de France (sinon du royaume franc), puis de l'État français. Les débuts de cet ordre juridique français peuvent être placés au XIII^e siècle si l'on tient compte de l'accroissement du domaine royal à partir de Philippe Auguste, du développement de la justice et de la législation royales, de l'intervention du roi dans la rédaction des coutumes ou dans le traitement du droit romain et, de manière très significative, du passage du titre de *rex Francorum* à celui de *rex Franciae* ainsi que de l'extension aux frontières du royaume de la distinction entre naturel et étranger⁸².

30. Les propositions alternatives, pour traiter cet objet historique autrement que l'ont fait les maîtres du passé, peuvent selon nous se ramener à trois grandes options : la possibilité d'une histoire pluraliste du droit français, la mise en perspective de la place du droit français dans une histoire européenne des droits, enfin la problématique d'une histoire comparée des juristes et de leurs cultures.

31. La perspective pluraliste _ défendue notamment par des anthropologues du droit et reprenant (depuis Ehrlich) la critique de certaines positions positivistes

Histoire des institutions avant 1789, Paris, Montchrestien, 1^{re} éd., 2004, p. 235 avec la distinction entre cette constitution de l'État monarchique et les conceptions normativistes. En admettant plusieurs définitions du mot constitution et l'application de concepts modernes à des périodes qui les ignorent ou les utilisent peu, cette approche doit, selon nous, se combiner avec la reconnaissance (comme pour l'État moderne) de ruptures claires résultant du « constitutionnalisme moderne » à partir de 1789.

81 L'histoire du droit des affaires, comme l'a montré Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986, connaît plus que d'autres branches du droit une forte continuité entre l'Ancien Régime (à partir de l'ordonnance de 1673) et le XIX^e siècle. L'histoire du droit pénal voit la naissance de la « rationalité moderne » de la doctrine pénale au XVIII^e siècle. L'histoire des propriétés intellectuelles concerne des périodes plus récentes.

82 La thèse de Bernard d'Alteroche, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume XI^e-XV^e siècles*, Paris, LGDJ, 2002 nous paraît décisive sur ce dernier point.

assimilant la totalité des droits présents ou passés aux législations étatiques _ est fondée sur la fréquence des situations dans lesquelles plusieurs ordres juridiques coexistent sur le même territoire et sur la conviction qu'il existerait (selon les civilisations et les aires culturelles) différentes sphères normatives (en particulier en dehors de l'État) pouvant être qualifiées de juridiques. Logiquement une telle perspective suppose une histoire combinée (ou si l'on préfère plurielle) *des* droits et refuse de se limiter à un droit national, comme la classique « histoire du droit français ». Cela ne signifie pas nécessairement abandonner toute démarche de ce type dans le cas de la France, ou limiter son champ d'études aux territoires coloniaux dans lesquels le pluralisme reposait sur le maintien du statut personnel des indigènes. Il reste deux possibilités pour une telle histoire qui ont été explorées toutes les deux, ces dernières années, par Norbert Rouland. La première consiste à inclure des développements sur l'histoire du droit français dans un manuel d'Introduction historique au droit destiné aux étudiants de première année. Le risque est alors de consacrer une part très réduite à cette histoire nationale en tant que modèle (avec un impact au dehors) de l'État de justice (depuis le Moyen Âge), puis de la codification (depuis Napoléon)⁸³. La seconde branche de l'alternative passe par la mise en valeur des histoires _ jusque-là oubliées ou cantonnées à la portion congrue _ du droit des minorités⁸⁴, des provinces et pays ou des groupes sociaux dominés (au sens des « *subaltern studies* »). Quel que soit l'intérêt de ces études _ en tant que correctif micro-historique à l'étude de l'État français _, nous pensons qu'elles ne sont pas en mesure, particulièrement pour un pays unifié de manière précoce, de rendre compte des grands changements (provoqués par les structures politiques centralisées et leur impact sur le droit) qui ont affecté le droit français. Le pluralisme de l'ancien droit, comme ses vestiges dans la France du XIX^e siècle⁸⁵ ou ses prolongements dans l'espace colonial, ne sont pas des phénomènes extérieurs à l'État et complètement étrangers à son action. Ce pluralisme a été, au contraire, façonné et organisé par la puissance publique : dès le Moyen Âge, c'est le pouvoir royal qui, à travers sa législation et surtout ses juges, a fait accéder le droit romain et le droit coutumier au rang de règles du droit positif (et pas seulement d'autorités doctrinales ou de normes sociales sans impact sur les tribunaux). Les seigneurs des grandes principautés ont agi de même _ en imitant souvent la politique des Capétiens _, avant que leurs territoires ne soient réunis au royaume de France. Si nous concevons, dans certaines situations historiques, un droit sans État (et bien sûr avant la naissance de l'État moderne), l'exemple de la France depuis l'apparition au XIII^e siècle d'un ordre juridique territorialement défini est, au contraire, celui (idéal-typique) d'un droit dépendant à un titre ou à un autre de la « reconnaissance » par les organes (qui ne sont pas nécessairement centralisés) de la puissance publique.

32. Est-ce à dire que l'histoire du droit français présente un tel caractère étatique que toute étude comparatiste serait vouée à mettre seulement en valeur la spécificité (exceptionnelle) de la voie française ? La réponse est à l'évidence négative et il suffit de rappeler que le *common law* est, en Europe, le premier droit « national » créé par un pouvoir royal et ses juges, pour montrer tout l'intérêt des perspectives européennes relatives à la construction du droit sous l'action de la

83 Norbert Rouland, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental » 1998.

84 Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps, Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996.

85 Louis Assier-Andrieu (dir.), *Une France coutumière, enquête sur les « usages locaux et leur codification XIXe-XXe siècles*, Paris, éditions du CNRS, 1990.

justice et de la législation émanant des pouvoirs princiers ou royaux⁸⁶. Quelques ouvrages, en anglais, en italien et en français, ont montré la voie de cette histoire comparée des systèmes juridiques, en cherchant à étudier les parallélismes et les différences dans l'avènement de l'État moderne⁸⁷, les processus d'unification du droit ou le recours à la législation⁸⁸. Il pourrait être fait de même pour les styles judiciaires, l'action de la doctrine universitaire ou les prolongements coloniaux. Pour éviter une très grande simplification _ ramenant l'histoire du droit français à un seul idéal-type, celui de l'État centralisateur et codificateur _, des mises en parallèle plus nombreuses entre la France et un autre pays, particulièrement la Grande-Bretagne, seraient particulièrement utiles, comme Sabino Cassese l'a fait pour le droit administratif⁸⁹. Sans négliger les emprunts faits par le droit français à des transplants juridiques venus de l'extérieur _ à commencer par les apports du droit romain _, il ne faut néanmoins pas perdre de vue que la France a été principalement un pays « exportateur » de droit jusqu'au XX^e siècle. En prenant en compte, comme le fait logiquement toute histoire européenne du droit, l'influence du droit français sur le reste du continent (sinon, au-delà), le risque existe à nouveau de trop modéliser l'histoire du droit français et, par souci de clarté didactique, de sous-estimer à nouveau les discontinuités et les contingences de la succession des ordres juridiques français.

33. Une troisième voie à explorer nous paraît être celle d'une histoire transnationale des professionnels du droit et de leurs cultures. Une telle histoire comparée des milieux juridiques rechercherait des traits communs (ou des différences) entre les professionnels du droit _ d'un pays à l'autre, pour une même activité ou une même époque _ et elle étudierait les modèles d'enseignement et d'organisation professionnelle en même temps que la circulation des idées, des techniques et des règles juridiques. Cette « archéologie » des savoirs et des discours juridiques, transmis à travers l'éducation et la pratique professionnelle, pourrait permettre de mieux évaluer la présence ou l'absence de spécificités dans les divers développements historiques du droit français et dans leur perception par les acteurs eux-mêmes. Elle aurait, enfin, l'avantage de prendre en compte le rôle de la mythologie nationale dans la science du droit et la construction de l'histoire. De

86 Antonio Padoa-Schioppa (dir.), *Justice et législation*, Paris, PUF, 2000.

87 O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M. Gordon, *An Introduction to European Legal History*, Professional Books Limited, 1987 s'intéresse au développement du droit français à partir de la rédaction officielle des coutumes censée préparer la codification napoléonienne ; Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, fait débiter l'histoire nationale du droit français à Philippe Auguste (p. 120-123 avec l'avènement d'un État « juridictionnel ») et passe plus rapidement sur la monarchie absolutiste de Louis XIV (p. 239-240). En langue française, Antoine Leca a été le premier à intégrer la dimension européenne dans *La Genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000 ; toutefois ses perspectives reviennent à exalter la grandeur et la décadence de l'esprit juridique français dans *La fabrique du droit français : naissance, précellence et décadence d'un système juridique*, Aix, Librairie de l'Université, 2007. Dans son *Traité d'histoire européenne des institutions*, Paris, Litec, 2 vol., 2004 et 2009, Jacques Bouineau prend le parti de la longue durée et de l'opposition entre une Europe du Sud romanisée et une Europe du Nord dominée par les usages qui nous paraît reproduire l'idée d'un affrontement entre droit coutumier et droit romain.

88 Jean-Louis Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, 1^{re} éd. 2004 et 2^e éd. 2006 en « Champs Flammarion » débute au milieu du XVIII^e siècle pour insister sur la rupture de l'avènement de l'absolutisme juridique de la part d'États s'estimant compétents pour légiférer sur toutes les questions.

89 Sabino Cassese, *La Construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, trad. fr. Jeannine Morvillez-Maigret, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 2000.

même que le rôle de Hale et Blackstone a été souligné dans l'édification d'une histoire « idéale » du *common law*, celui des légistes français du Moyen Âge, de Pasquier, des archivistes des Temps modernes et de l'époque contemporaine, ou des civilistes de l'Exégèse jusqu'à la figure du doyen Carbonnier, serait probablement mis en valeur dans la fabrique d'une image du droit français liée à la mythologie de l'histoire nationale. Sans se laisser prendre par l'écriture de cette épopée, cette histoire culturelle du droit français aurait aussi à étudier les décalages entre les générations de juristes et leur confrontation à des situations d'exception (les guerres de religion, la Révolution française, la Première Guerre Mondiale ou Vichy). Dans une telle perspective le dévoilement (plutôt que la déconstruction) de certains des mythes de l'histoire du droit français ne signifierait pas (bien au contraire) l'abandon de leur étude, ni la réduction de l'histoire du droit français à l'analyse d'une succession de discours sur le droit. N'est-ce pas la force du positivisme que de postuler le caractère conventionnel des règles du droit comme la distance qui sépare les normes contraignantes des opinions de la science du droit ?

Jean-Louis Halpérin
Professeur de droit à l'ENS Ulm,
UMR 7074 Centre de Théorie et Analyse du Droit