



## LA FRANCE ET LE DROIT COMMUN EUROPÉEN

*Jean-Louis Thireau*

### I

L'histoire du droit occupe, parmi les disciplines relevant des sciences sociales, une situation assez paradoxale. Comme toute matière historique, elle est tournée vers le passé, vers des solutions, des règles juridiques qui ont cessé d'exister. Or, elle est enseignée dans les Facultés de droit à des étudiants qui se destinent à des professions juridiques et visent d'abord, fort légitimement, à connaître les règles du droit contemporain, et certains, d'un point de vue strictement utilitaire, lui en font grief. Pourtant, elle a, dans l'ensemble, maintenu ses positions et parfois même elle les a renforcées: en France, le nombre des thèses et des travaux de recherche qui lui sont consacrés demeure non négligeable et va même en augmentant. Mais parce qu'elle se situe au confluent de l'histoire et du droit, de deux disciplines dont l'une vise à la connaissance du passé, l'autre à l'utilité présente, l'histoire du droit entretient avec la connaissance historique des rapports qui ne sont pas exactement de même nature que ceux de l'histoire pure. Elle ne peut se consacrer, comme l'a longtemps fait de manière exclusive cette dernière, à un examen désintéressé, érudit et quelque peu académique des siècles écoulés; elle doit s'attacher à montrer qu'en droit comme dans les autres domaines, le présent est indissociable du passé, qu'on ne peut comprendre l'un en ignorant tout de l'autre et que les questions juridiques contemporaines ne peuvent s'expliquer ni se résoudre sans se référer à des précédents plus ou moins lointains. En cela, l'histoire du droit a sans doute anticipé sur l'évolution générale des sciences historiques, qui, depuis le grand mouvement de rénovation lancé dans les années 1930 par ce qu'on appelle en France l'École des Annales, a pris ses distances avec l'érudition pure pour insister sur les vertus explicatives et compréhensives de l'histoire.

Ces liens entre le passé et le présent du droit, je voudrais les illustrer par un exemple qui me semble particulièrement significatif, puisqu'il concerne une question très actuelle, les débats que suscitent en France la construction économique et politique de l'Europe, et spécialement la supériorité du droit européen sur le droit français et son applicabilité directe sur le territoire national. Face à un tel changement, dans un pays qui a longtemps vécu sur l'idée de suprématie indiscutée de la loi nationale, l'opinion apparaît profondément divisée: si la construction de l'Europe, dans sa forme actuelle, recueille sans doute l'adhésion d'une majorité de Français, cette majorité reste courte, comme l'ont montré plusieurs scrutins, en particulier le référendum sur le traité de Maastricht et, plus récemment, les élections européennes de juin 1999. Les Français sont partagés entre un courant «européen» et un courant «souverainiste », le second n'étant d'ailleurs pas hostile à toute forme de construction européenne mais entendant conserver la souveraineté de la France et de son droit et refusant toute évolution vers des structures fédérales. Or, le débat, parfois très vif, qui oppose les deux camps se révèle fort intéressant pour l'historien du droit, non seulement parce qu'il met en cause des transformations institutionnelles qui, quelles qu'elles soient, auront de toute façon une portée historique, mais aussi parce qu'il y retrouve l'écho d'anciennes controverses, et des arguments qui, à des siècles de distance, demeurent assez proches. Assurément il convient de ne pas pousser trop loin le parallèle et il serait simpliste de voir dans les événements présents la simple répétition de ceux qui se sont produits dans le passé, ou dans les composantes du nouveau droit européen une résurgence du droit commun médiéval. Cependant, tout en marquant les différences, on ne doit pas occulter les ressemblances, qui sont indéniables et révèlent le poids des traditions, que l'on tend sans doute, de nos jours, à trop négliger.

Au cours de son histoire, la France, en effet, a déjà été confrontée, mais dans un contexte fort différent, à la perspective de reconnaître la prééminence d'un droit supranational : à la suite de la renaissance, puis de la pénétration progressive du droit romain dans tous les pays de l'Europe continentale, où il a pu apparaître, pendant un certain temps, comme le droit commun. À certains égards, et c'est bien en cela que l'histoire du droit peut donner quelques enseignements sur les questions actuelles, l'attitude des Français d'alors, leurs réactions face à ce droit

commun, leurs arguments, préfigurent jusqu'à un certain point celles de leurs lointains descendants du XXe siècle.

## II

On ne peut traiter cette question sans commencer par évoquer, au moins succinctement, les circonstances de la renaissance du droit romain et de la place qu'elle a occupée dans l'Europe médiévale. Le droit romain qui s'était appliqué, plus ou moins mêlé d'usages locaux, dans toutes les provinces de l'Empire, était tombé progressivement en désuétude entre le Ve et le Xe siècle, au point de disparaître presque totalement, sous réserve de quelques survivances locales. Dans la seconde moitié du XIe siècle se produisit un fait de grande importance : la redécouverte des compilations que l'empereur d'Orient Justinien avait fait effectuer au cours du VIe siècle et qui, en Occident, étaient restées sinon inconnues, du moins négligées. Redécouverte qui marqua le point de départ d'un vaste mouvement à la fois d'étude des lois romaines, menée d'abord en Italie dès le début du XIIe siècle, et de diffusion de leurs solutions dans la pratique : des traces certaines de la connaissance du droit de Justinien peuvent être relevées dans la France du Midi dès la première moitié du XIIe siècle, dans la France du Nord dès la seconde moitié ; au XIIIe siècle, non seulement ce droit est connu à peu près partout en Europe occidentale, mais on se met à l'appliquer plus ou moins complètement selon les régions et de nombreux actes notariés s'y réfèrent, soit pour l'écarter, sous la forme de clauses de renonciation, soit pour s'en prévaloir.

La diffusion du droit romain ne se faisait cependant pas dans des terres vierges sur le plan juridique. Il existait déjà des droits locaux, sous la forme de statuts municipaux en Italie et dans la France méridionale, ou de coutumes plus ou moins rudimentaires et encore orales, déjà aussi un embryon de législation princière. La question ne pouvait manquer de se poser des relations entre ces droits différents et, à bien des égards, concurrents.

Cette question, les romanistes médiévaux eux-mêmes ont tenté de la résoudre en établissant, à partir de textes de Justinien, une hiérarchie

des différentes sources du droit : le droit romain et, dans certains domaines, le droit canonique, lui-même largement romanisé, ont été présentés comme le droit commun d'application générale ; au-dessous de ce droit commun existaient des droits locaux, aux ressorts plus étroits et strictement délimités. C'était le cas d'abord, spécialement envisagé par les romanistes italiens, des statuts municipaux établis par les autorités qui dirigeaient les nombreuses villes libres de leur pays. Mais aussi, par extension, des coutumes, qui, pour avoir une origine différente, étaient généralement assimilées aux statuts. Et également des législations princières, qui se développent à la fin du Moyen Âge. Ce système hiérarchisé, dont l'expression la plus nette se trouve dans la théorie des statuts du grand juriste Bartole, qui vivait dans la première moitié du XIV<sup>e</sup> siècle, faisait ainsi la part belle au droit romain, sans exclure pour autant l'application des droits locaux. En qualité de droit commun, le droit romain avait vocation à s'appliquer partout et dans tous les cas où les droits locaux n'édictaient pas des dispositions contraires. Il était admis en effet que les règles dérogatoires posées par les statuts, les lois ou les coutumes pouvaient écarter partiellement ou même totalement certaines solutions romaines, au nom de la nécessaire adaptation de celles-ci aux situations particulières. Mais ces statuts ou coutumes dérogatoires, qualifiés d'odieux ou de haineux, devaient rester limités et à ce titre faire l'objet d'une interprétation systématiquement restrictive, c'est-à-dire littérale : toute disposition opposée au droit romain s'appliquait seulement aux situations pour lesquelles elle avait été édictée, sans pouvoir être étendue à des cas voisins. En tant que droit commun, le droit romain ne servait donc pas seulement de droit supplétoire, subsidiaire, que l'on utilisait pour combler les nombreuses lacunes des droits locaux ; il constituait le droit par excellence, la norme, et l'on sait que quand les juristes médiévaux parlaient du *jus*, sans autre précision, c'était à lui qu'ils faisaient référence. A ce titre, il fournissait le critère d'interprétation, on pourrait même dire de légitimité, de tous les droits inférieurs : toute disposition obscure des statuts et des coutumes devait être comprise en fonction du droit romain. Ainsi le droit médiéval, en dépit de la pluralité de ses sources, était censé constituer un système unique et cohérent, qui hiérarchisait les différentes normes, définissait leurs rôles respectifs et établissait entre elles des liens étroits : dans ce système cohérent, au moins en apparence, le droit romain apparaissait comme l'élément supérieur et fédérateur.

La supériorité du droit romain, sa place au sommet de la hiérarchie des sources que traduisait sa fonction de droit commun, reposait, chez les juristes médiévaux, sur tout un système de croyances, qui se rattachaient aux conceptions spirituelles et politiques du temps. Croyance d'abord dans le caractère providentiel des lois romaines, volontiers présentées comme un don de Dieu, comme l'instrument de la volonté divine d'unifier le genre humain, et jouissant à ce titre dans le domaine temporel d'une autorité presque aussi grande que les Saintes Écritures dans le domaine spirituel. Croyance aussi en la supériorité du droit romain sur les droits locaux, supériorité du reste incontestable sur le plan technique mais que l'on étendait aussi au plan moral et intellectuel : les lois romaines, parce qu'elles étaient écrites, parce qu'elles émanaient de jurisconsultes éminents et de grands législateurs, passaient pour l'expression de la raison, pour la *ratio scripta*, terme que l'on rencontre dès le début du XIII<sup>e</sup> siècle dans certains textes du Midi de la France, elles introduisaient l'ordre là où les droits locaux semblaient ne faire régner que le désordre. Croyance enfin en la supériorité de l'Empire: Bartole et nombre de ses disciples ont voulu lier l'autorité universelle qu'ils attribuaient au droit romain à celle que revendiquait le Saint Empire romain, qu'on ne qualifiait pas encore de germanique, présenté comme le continuateur de l'Empire de Rome et à ce titre censé supérieur aux royaumes et à toutes les autres organisations politiques locales. Ainsi, dès le Moyen Âge, la question de l'application d'un droit commun a-t-elle été rattachée à celle de la souveraineté. Mais de ce fait, le lien ainsi établi était de nature à soulever la méfiance, voire l'hostilité à ce droit commun, de la part de ceux qui contestaient la suprématie impériale. C'est effectivement ce qui s'est produit en France.

### III

Face au droit romain, l'attitude des autorités françaises s'est révélée ambiguë. En France comme ailleurs, l'aurait-on voulu, il apparaissait impossible de s'opposer à la pénétration et à l'implantation du droit romain, qui répondait, bien mieux que les coutumes traditionnelles, aux besoins nouveaux d'une société qui commençait à sortir de la féodalité et où le commerce et les activités économiques étaient en plein essor. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, on voit s'esquisser le clivage, de part et d'autre

d'une ligne joignant approximativement Genève à La Rochelle, entre pays de droit écrit et pays de coutumes, qui ne fera que s'approfondir par la suite: le sud est régi à titre principal par le droit romain, même s'il y subsiste encore de nombreuses coutumes, qui font d'ailleurs l'objet d'une rédaction précoce à l'initiative des autorités municipales ; le nord reste au contraire coutumier, ce qui n'empêche nullement le droit romain d'y exercer aussi une certaine influence, spécialement dans des matières comme les contrats et les obligations, où les faiblesses des coutumes étaient patentes. Dans le même temps, le roi percevait bien l'intérêt qu'il pouvait tirer des solutions du droit public romain pour l'affirmation de son pouvoir face à la féodalité. Dès la fin du XIIe siècle et le début du XIIIe, il a commencé à s'entourer de légistes, de spécialistes qui avaient étudié les lois, c'est-à-dire le droit romain, dans les Universités, et qui devaient devenir de plus en plus actifs et influents à la cour. La royauté n'a pas hésité non plus à invoquer les règles romaines chaque fois qu'elles servaient sa propre cause, qu'elles lui permettaient de revendiquer, contre les seigneurs féodaux, la faculté de juger en dernier ressort, de légiférer dans l'ensemble du royaume, de lever les impôts, ou le monopole de battre monnaie. Mais cette attitude offensive, cette utilisation positive du droit romain, ne pouvaient jamais se départir de certaines réserves, d'une attitude plus négative, dans la mesure où le droit romain continuait de passer pour l'instrument des prétentions impériales, et pouvait à ce titre porter atteinte à la souveraineté du roi de France. Aussi est-ce à l'époque où le droit romain était le plus utilisé, aux XIIIe et XIVe siècles, que l'on a vu poindre les premiers « souverainistes », attachés à limiter l'application à la France du droit commun romanisant, et à montrer que cette application ne pouvait en rien porter atteinte à la souveraineté du roi.

C'est à ce courant souverainiste qu'il faut rattacher la célèbre maxime « Le roi est empereur en son royaume », apparue au milieu du XIIIe siècle et qui exprime bien l'ambivalence du droit romain: d'un côté elle veut signifier que le roi est fondé, au même titre que l'empereur, à utiliser les principes du droit public romain, et spécialement ceux qui établissent la souveraineté ; de l'autre, elle marque son indépendance, le fait qu'il ne reconnaît aucune autorité supérieure à la sienne au sein de son royaume.

C'est aussi au même courant que l'on doit un texte fondamental en ce domaine : les lettres patentes de Philippe le Bel organisant les études de droit à l'Université d'Orléans, en 1312. L'enseignement du droit romain ayant été prohibé à Paris par le pape Honorius III en 1214, Orléans était devenue le grand centre des études romanistes dans la France du nord. Aussi la réorganisation de l'Université et la confirmation de ses privilèges fournissaient-elles l'occasion de préciser la position du roi à l'égard du droit romain. Cette position se résume à deux affirmations, qui entérinent la séparation entre pays de droit écrit et pays de coutumes. Dans les pays de droit écrit, l'application générale du droit romain, au titre du droit commun, est considérée comme un fait acquis : mais, afin qu'aucun argument n'en soit tiré en faveur des prétentions impériales, l'acte de 1312 souligne que le droit romain n'y est observé qu'à titre de coutume, parce qu'il a été reçu comme telle par les populations et avec la permission au moins tacite du roi. Quant aux pays de coutumes, où le droit romain exerce bien une certaine influence et fait l'objet d'un enseignement, l'exemple d'Orléans est là pour le montrer, il n'est, ajoute l'acte, étudié que pour la raison, c'est-à-dire en qualité de doctrine à laquelle on reconnaît de grandes vertus intrinsèques qui autorisent à s'y référer et la rendent propre à la formation intellectuelle des juristes, mais sans que les solutions romaines y aient aucune valeur obligatoire, et sans qu'elles puissent l'emporter sur les coutumes.

Ce dernier argument, l'utilisation du droit romain au titre de la seule raison, était promis à un grand avenir puisqu'il permettait de dissocier le recours au droit romain de toute implication politique en faveur de l'impérialisme. La plupart des historiens du droit français y ont vu la preuve que la France était toujours demeurée à l'écart du droit commun romanisant, notion à laquelle ils se sont d'ailleurs fort peu intéressés. Je pense pour ma part que, bien au contraire, elle a favorisé l'implantation du droit romain au titre du droit commun, en l'amputant de son arrière-plan politique, en la coupant des prétentions impériales, au demeurant bien déclinantes à partir du XIV<sup>e</sup> siècle. Dorénavant les juristes français ont pu sans remords utiliser les solutions romaines, et même reconnaître leur supériorité, puisque cela n'avait plus aucune incidence sur la souveraineté de leur roi ni sur l'indépendance politique de leur patrie. Il suffit de lire leurs œuvres, et jusqu'au beau milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, pour voir à quel point ils étaient bien persuadés que le droit romain constituait

le *jus commune*, en France comme dans le reste de l'Europe continentale, et bénéficiait en cette qualité d'une véritable présomption de supériorité. Non seulement l'expression *jus commune* y figure souvent, mais à chaque fois elle renvoie aux textes du *Digeste* ou du *Code* de Justinien. Et surtout ils ne manquent pas d'en tirer toutes les conséquences pratiques, de soutenir qu'en cas de contrariété entre les solutions romaines et celles des coutumes, ces dernières doivent recevoir une interprétation restrictive parce qu'elles sont «odieuses», «de droit étroit», et ne représentent que des éléments d'un droit local, hiérarchiquement inférieur au droit commun. L'influence déterminante qu'a exercée, en France comme ailleurs, la doctrine bartoliste, sur des juristes dont beaucoup avaient fait au moins une partie de leurs études de droit en Italie et lisaient les traités des romanistes italiens, explique largement ce fait incontestable mais que l'évolution postérieure a longtemps contribué à occulter. Ainsi, vis-à-vis du *jus commune* médiéval fondé sur le droit romain, la France a occupé une position à part, mais elle n'a pas pour autant échappé à son emprise. Comme le notait Balde, un disciple de Bartole mais aux idées plus souples que celles de son maître, les Français suivent la raison des lois (romaines) et les invoquent non parce qu'elles émanent des empereurs et parce qu'ils seraient eux mêmes soumis à ceux-ci, ce qui n'est pas, mais à cause de la raison supérieure qui est en elles, volontairement, spontanément, en considération de la valeur éminente qu'ils leur reconnaissent. Ou, comme l'écrira beaucoup plus tard, au début du XVII<sup>e</sup> siècle, le jurisconsulte anglais Alfred Duck, en une formule qui est demeurée célèbre, *non ratione imperii sed imperio rationis*, non en raison de l'Empire mais sous l'empire de la raison.

Ainsi, ce sont des motifs exclusivement politiques qui, dans un premier temps, ont dicté les réserves de la France envers le droit commun. Mais des réserves seulement de forme puisque, dès lors qu'elles avaient bien marqué l'indépendance du royaume à l'égard de l'Empire, elles ne s'opposaient pas à l'influence du droit romain, qui a été bien réelle, et pas seulement dans les pays de droit écrit, au cours des derniers siècles du Moyen Âge. Il faut attendre le XVI<sup>e</sup> siècle pour voir apparaître des raisons plus profondes, qui allaient avoir pour effet de remettre totalement en question la place du droit romain en France.

## IV

Les débats sur le rôle du droit romain en France se sont poursuivis au-delà du Moyen Âge et ils sont restés très vifs aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Mais ils ont pris alors un aspect nouveau, ils ont fait intervenir des arguments différents, dans un contexte politique et intellectuel qui avait lui-même profondément évolué.

La cause principale de ce renouvellement a été l'humanisme, qui a marqué un tournant décisif dans l'histoire de la pensée, et spécialement de la pensée juridique. L'humanisme juridique, qui a exercé une très forte influence en France, a modifié la vision du droit en rompant avec les conceptions par trop utilitaires des juristes bartolistes, en mettant l'accent sur l'historicité des solutions juridiques, sur les circonstances de leur formation, sur leur évolution, sur leurs transformations, et en faisant d'elles, au même titre que la littérature ou la philosophie, des éléments de la culture. Dans un premier temps, il a contribué à renforcer l'autorité traditionnelle dont jouissait le droit romain, en suscitant une intense admiration pour tout ce qui venait de l'Antiquité. La première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle a été pour lui une nouvelle époque de progrès, le temps d'une seconde renaissance. Il a gagné de nouveaux territoires et a renforcé son emprise sur ceux où il était déjà connu. C'est au cours de cette période que la France méridionale est devenue pleinement pays de droit écrit, en éliminant presque tous les vestiges qui subsistaient des anciennes coutumes et en se mettant à appliquer avec une plus grande rigueur qu'auparavant les solutions romaines. C'est à la même époque aussi que le droit romain a achevé sa pénétration dans les pays germaniques.

À long terme, l'humanisme juridique a produit pourtant des effets plus contrastés. L'excès de critique historique a rendu les lois romaines incertaines et moins utilisables pour la pratique: il les a aussi privées du mythe qui les entourait au Moyen Âge pour les ramener au rang d'un simple droit positif. De plus, les nouveaux progrès du droit romain ont fini par inspirer des réactions hostiles, qui pouvaient se réclamer, elles aussi, d'une certaine conception de l'humanisme. Dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, on a vu se développer, chez les juristes français, et spécialement au sein d'une élite de praticiens, de magistrats et d'avocats, un nouveau courant de pensée, bien plus distant à l'égard l'Antiquité,

même si ses adeptes demeuraient imprégnés de culture grecque et latine, et bien plus préoccupé de la France, de son histoire et de son droit : un humanisme national, on pourrait même dire nationaliste, qui a rompu avec ce qui pouvait encore subsister de l'universalisme médiéval, mais aussi avec les tendances antiquisantes du premier XVI<sup>e</sup> siècle.

Ce qui caractérise d'abord ce nouvel humanisme, c'est sa passion exclusive pour tout ce qui est français. Une passion qui trouve sa justification intellectuelle dans un sentiment aigu du relativisme, à la fois historique et géographique, et qui apparaît bien comme le fruit tardif de la pensée du XVI<sup>e</sup> siècle. L'humanisme a imprégné dans les esprits l'idée de changement, de succession des civilisations, de mutabilité des hommes et des choses, la conscience des différences liées au lieu et au temps. Dès lors, non seulement il devenait légitime de penser que chaque peuple devait avoir sa propre culture, sa langue, son droit, mais c'étaient ces particularismes qui devaient retenir l'attention, car ils représentaient ce qu'il y avait de plus profond dans une civilisation: la langue, la littérature, le droit, devenaient l'expression du «naturel» des habitants; ils devaient être autant que possible conservés dans toute leur pureté et préservés des influences étrangères. C'est de ce point de vue que les humanistes ont pris la défense de la langue française face à l'invasion de termes italiens, mais aussi face au latin, et, parallèlement, la défense du droit français face au droit romain, en utilisant à l'occasion les arguments traditionnels, mais aussi en les dépassant. Car, dans la pensée de cet humanisme tardif, la question du rôle du droit romain change de nature : elle n'est plus seulement affaire de politique, problème de souveraineté, elle devient une véritable question de civilisation : de même qu'il existe une nation française, une civilisation française, il doit exister un droit français.

De fait, ce droit français, les juristes humanistes se sont préoccupés de le créer, ou du moins de le révéler. Ce sont eux qui ont lancé l'expression, dans les années 1560-1570, et l'ont vulgarisée à l'extrême fin du XVI<sup>e</sup> siècle et au tout début du XVII<sup>e</sup>. Ce sont eux surtout qui ont inventé la notion. Car s'il existait bien, depuis longtemps, des sources du droit spécifiquement françaises, sous la forme des coutumes et des ordonnances royales, les premières restaient d'application trop strictement locale, et les secondes demeuraient trop embryonnaires, pour que l'on pût y voir, avant cette époque, l'expression d'un véritable

système juridique unitaire, que la reconnaissance du droit romain comme droit commun rendait de toute façon superflue. Ce système unitaire, les juristes praticiens du XVI<sup>e</sup> siècle ont dû l'inventer, parce que leur vision particulariste et nationale du droit l'imposait. Ils l'ont fait en transcendant l'apparente diversité coutumière, en montrant que, derrière ce phénomène superficiel, il existait une unité profonde que devait révéler la comparaison systématique des coutumes. Dès les années 1540, l'un des plus grands juristes du temps, Charles Du Moulin, a joué le rôle de précurseur en préconisant d'unifier le droit par la rédaction d'une coutume unique, faite d'éléments communs à toutes les autres, et en soutenant, de manière fort audacieuse et du reste contestable, qu'une telle coutume unique avait existé dès l'origine, la diversification ne résultant que d'une évolution postérieure, liée aux divergences de jurisprudence des différents tribunaux. Ses successeurs, les Guy Coquille, Louis Le Caron, Antoine Loisel, Pierre de L'Hommeau, s'ils ne croyaient plus guère à la possibilité d'une telle unification officielle dans l'immédiat, pensaient du moins faire progresser l'unité par l'action de la doctrine, et ont rédigé leurs ouvrages dans cet esprit, sous la forme de traités mettant en exergue les éléments et les principes communs, parfois présentés, comme chez Antoine Loisel. en courts adages, et reléguant au second plan les singularités propres à chaque coutume. Le droit français, ainsi construit sur la base d'éléments coutumiers et que sont venus compléter des emprunts à la législation royale et à la jurisprudence des parlements, se voulait donc plus qu'une simple somme de droits disparates et tant bien que mal assemblés : une synthèse cohérente et savamment élaborée, qui, de même que la langue française pouvait faire pièce au latin en littérature, devait se révéler apte à rivaliser avec le droit romain et permettre de s'en affranchir.

Le droit français, en effet, était promis à de hautes destinées : il lui revenait de supplanter le droit romain dans sa fonction traditionnelle de droit commun. Les postulats humanistes s'opposaient absolument à ce que le droit romain servît de droit commun en France : non seulement parce qu'il y était totalement dépourvu de force contraignante, mais surtout parce que, du fait de ses origines extérieures, il était nécessairement étranger à l'esprit et aux moeurs des Français, n'était qu'un droit d'importation, un droit fait pour les Romains, à la rigueur pour les Italiens, mais qu'on ne pouvait recevoir et appliquer en France. L'anti-

romanisme, qui allait de pair avec un anti-italianisme alors fort répandu, s'est fondé d'abord, comme on pouvait s'y attendre, sur des considérations historiques : les juristes humanistes se sont ingéniés à montrer que les institutions les plus caractéristiques du droit français ne devaient rien aux influences romaines, et ils ont été sans doute les premiers à envisager pour elles des origines franques, pour ne pas dire germaniques : le fief, la communauté conjugale, le retrait lignager, la règle *paterna paternis* dans les successions, toutes ces solutions que l'on trouve dans la majorité des coutumes apparaissent comme l'expression d'un droit original, sans aucun lien avec le droit romain. Mais ces différences historiques sont devenues, pour beaucoup, les marques d'une opposition irréductible entre deux peuples que tout séparait à commencer par le milieu et le climat où ils vivaient, par les usages et les mœurs que ces milieux avaient secrétés. Comme l'écrivait l'un des plus célèbres de ces juristes humanistes, l'avocat parisien Etienne Pasquier, passé à la postérité pour ses travaux historiques, entre Français et Italiens, tout était différent : la langue, les sentiments, les usages, et la nature elle-même a matérialisé cette séparation irréductible en élevant entre les deux pays de hautes montagnes difficilement franchissables. Et leurs droits respectifs, par conséquent, reflétaient aussi ces différences : celui des Romains était par essence individualiste, il favorisait la liberté de disposer de ses biens sans trop se préoccuper de défendre les intérêts familiaux; celui des Français, et c'était pour Pasquier la marque de sa supériorité, se montrait bien plus altruiste et mettait au premier plan la protection des familles, la limitation de la licence des individus. En conséquence, il était absurde de prétendre intégrer deux droits aussi différents, que tout ou presque opposait, dans un même système, de faire de l'un un droit commun, de l'autre un droit local et subordonné. Droit commun, le droit romain ne pouvait l'être qu'en Italie, dans son lieu d'origine, au-dessus de droits municipaux faits pour l'adapter ou le compléter. Il lui était impossible de tenir ce rôle en France, où le vrai droit commun ne pouvait être qu'un droit français, totalement indépendant de lui par son autorité et presque autant par son contenu. Certes, les humanistes admettaient par nécessité des emprunts au droit romain, mais seulement ponctuels, faits en toute liberté et uniquement dans les cas où ils pouvaient servir à enrichir le droit français et se révélaient compatibles avec son esprit. Mais ils s'opposaient à toute réception globale, qui serait apparue comme un véritable viol de l'esprit et de la nature des Français, et rejetaient de la

même manière les conséquences de la théorie bartoliste des statuts. A aucun titre les solutions du droit national ne devaient plier devant celles du droit romain, même et surtout lorsqu'elles s'opposaient à ces dernières : bien au contraire, c'était aux règles romaines, dans la mesure où elles différaient des françaises, de s'incliner, d'être rejetées ou de subir une interprétation restrictive. Ainsi, sous l'influence des juristes humanistes, le droit est devenu en France, dès le XVI<sup>e</sup> siècle, un fait national, censé opposer un obstacle infranchissable, non seulement d'ordre politique mais aussi d'ordre intellectuel, à toute réception d'un droit d'origine extérieure, et *a fortiori* à l'admission d'un droit commun supérieur.

v

L'histoire du droit, pas plus que l'histoire générale, ne fournit de leçons, seulement quelques enseignements. De la confrontation passée entre le droit français et un droit romain à prétention européenne, voire universelle, on peut en retenir au moins deux.

D'abord, le fait que la coexistence de sources du droit d'origine nationale et d'un droit commun plus général, que l'on retrouve aujourd'hui avec l'émergence d'un droit européen, n'a rien d'inédit. Bien sûr les différences sont profondes entre les lois de Justinien et les clauses des traités, les directives et les diverses règles élaborées par les institutions communautaires, dans la forme comme dans le fond. Pourtant la situation elle-même, née de l'émergence de ce droit nouveau, présente de curieuses analogies et soulève le même type de difficultés que l'existence d'un droit commun dans l'Europe médiévale.

La seconde réflexion qu'inspire ce bref rappel historique, tient dans la formation précoce, en France, d'un fort courant hostile à toute idée de droit commun supra-national, et, consécutivement, de la primauté absolue des sources juridiques françaises. Évolution dont on trouve bien l'équivalent dans les autres pays d'Europe, mais pas avant le XVIII<sup>e</sup>, voire le XIX<sup>e</sup> siècle, donc avec deux ou trois siècles de retard. Les raisons de cette précocité sont aisées à déterminer : elles résident dans la formation rapide d'un État national centralisé et unificateur, qui se met en

place dès la fin du Moyen Âge et qui contraste avec le morcellement politique de la plupart des autres nations européennes, à commencer par celles qui appartiennent à l'Empire. Le lien est évident, en effet, entre l'unité politique d'une part, l'unité juridique d'autre part, et les légistes médiévaux, dans leur défense de la souveraineté royale, puis les juristes humanistes du XVI<sup>e</sup> siècle l'ont maintes fois relevé.

On ne peut demander à une discipline historique plus que ce qu'elle peut apporter : si elle permet de connaître le passé, de mieux comprendre certains aspects du présent, elle ne fournit pas les clefs de l'avenir et n'autorise pas à présager de ce que sera l'évolution future. Néanmoins, elle permet de comprendre que, s'il est un pays d'Europe continentale qui, de par ses traditions politiques et juridiques, doit éprouver plus de difficultés que les autres à accepter les changements induits par la formation actuelle d'un droit européen supranational, il s'agit bien de la France.

