

DROIT COMMUN ET COMMUNE OPINION *

PAR

PAUL OURLIAC

(Montpellier)

Tous les glossateurs ont connu et commenté la loi *Omnes Populi: Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*¹. Ce texte suffisait à fonder tout un système qui répondait à la fois aux aspirations scolastiques vers l'unité et aux nécessités pratiques. L'unité du monde se réalisait dans la diversité de ses parties.

Aux diversités nécessaires répondait le *ius proprium*, le *ius singulare*, qu'un fragment de Paul définissait comme un droit qui va contre la *ratio* et qui est édicté pour quelque utilité particulière², droit particulier que l'on identifie plus ou moins nettement avec les coutumes locales ou les statuts urbains.

Le droit commun, au contraire, vaut par sa généralité et sa pleine conformité à la *ratio* qui fonde à la fois sa force logique et sa permanence. Tous les philosophes antiques avaient apporté leur pierre à la construction d'un tel édifice: Aristote, Platon, mais surtout les stoïciens; c'est à Chrysippe, que Marcien appelle *philosophus summae stoicae sapientiae*, qu'est due la définition rapportée au Digeste³ et Cicéron donnera la définition de la « vraie loi » en l'identifiant à la « droite raison, conforme à la nature, diffuse dans le cœur de chacun, constante, perpétuelle, qui ordonne ce que l'on doit faire et défend le mal... loi une, éternelle, immuable, commune à tous comme dieu, maître et empereur de toutes choses »⁴.

* Tous ceux qui ont fréquenté, il y a trente ans, les conférences de droit romain du Professeur Collinet ou la Société d'Histoire du Droit ont gardé de Mathieu Nicolau un souvenir profond: sa science philologique, sa pénétration d'esprit parvenaient à résoudre les énigmes les plus obscures; sa probité scientifique égalait sa courtoisie et son affabilité; jeune encore, il affirmait une maîtrise qui le promettait à toutes les réussites. C'est avec émotion que je m'associe à l'hommage qui lui est rendu et que je dédie cet article à sa mémoire.

¹ D. I, 1, 9.

² D. I, 3, 16.

³ D. I, 3, 2. Le même Marcien rapporte encore un passage de Démosthène.

⁴ *De republica*, 3, 22, 33: *Est quidem uera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans sempiterna, quae uocet ad officium iubendo, uetando a fraude deterreat... sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus*. Nous nous en tenons, à ce qui est essentiel

La patristique comme l'aristotélisme médiéval vont reprendre et développer les mêmes spéculations. Comme le disait déjà Cicéron, l'*unum ius* répond à l'ordre divin, mais il est aussi d'une nécessité rationnelle: provenant d'une harmonie supérieure; le droit commun en vient même à être, comme le dit M. Calasso, l'« épine dorsale de tout système juridique »¹. Partant, chaque pays l'utilisera à sa manière et selon son propre génie.

L'Italie identifie tout naturellement *ius commune* et droit romain, mais en même temps tend à le déclasser en en faisant un simple droit supplétif. Chaque cité a ses lois propres et entend maintenir leur application ce qui exprime et exaspère l'esprit communal et en vient à traduire la tension sociale de l'époque. Les glossateurs hésitent et la grande Glose admet, par exemple, que le « magistrat » peut bien faire une nouvelle loi mais seulement s'il s'agit d'une *lex specialis*. Avec sa connaissance aiguë des choses féodales, Bartole liera la question à celle de la souveraineté reconnaissant à l'empereur la *iurisdictio maxima*, mais admettant aussi l'autonomie des communautés et la pleine valeur des statuts qui les régissent².

L'Espagne et l'Italie ont retenu l'enseignement des glossateurs mais pour le tourner dans le sens national. Les *Siete Partidas* d'Alphonse le Sage (1265), si elles sont directement inspirées du droit romain, fournissent les éléments d'un droit territorial commun à toute la Castille. En Angleterre, l'apparition de la *common law* marque une hostilité foncière au droit romain: les cours de Vacarius furent supprimés par le roi Etienne et, en 1234, l'enseignement même du droit romain est interdit par un *writ* royal. Glanvill et Bracton entreprendront d'exposer les *leges et consuetudines Angliae*: ils reprennent l'idée de droit commun mais pour exalter les coutumes nationales³.



L'exemple français vaut par son originalité. La renaissance du droit romain exalta les esprits mais bouleversa aussi beaucoup d'habitudes. La lutte, aussi bien dans le Midi que dans le Nord, fut ouverte entre deux camps: celui des savants ou des demi-savants, docteurs ou *iuris periti* qui avaient suivi les cours des Facultés et prétendaient imposer partout le nouveau droit; le camp, au contraire, du peuple répugnait à de telles nouveautés et entendait garder ses anciens usages qui lui apparaissaient comme le signe de sa liberté. Commencée vers la fin du XII^e siècle, cette lutte atteignit son paroxysme vers le milieu du siècle suivant.

Dans le Midi — qui devint pays de droit écrit ou pays romain — le progrès de la législation de Justinien fut inexorable. L'hostilité populaire s'exprima de bien des façons: souvent dans la poésie des troubadours qui traduisent les rancœurs populaires⁴, mais aussi d'une façon plus tangible dans la rédaction de petites chartes

pour notre sujet et négligeons, par exemple, le *ius omnium animalium commune* qu'allègue Ulpian, D. I, 1, 3, comme la notion de *ius gentium* et l'idée de *natura*.

¹ Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, t. I, *Le fonti*, Milan, 1954, p. 374.

² Sur D. II, 2, 1, on trouvera une étude précise des gloses dans Calasso, I, *Glossatori e la teoria della sovranità*, 2e éd., Milan, 1951.

³ Le cas de l'Allemagne est, on le sait, tout à fait à part. Les droits locaux résistèrent tenacement pendant tout le moyen âge et le *Reichskammergericht* ne fut créé qu'en 1495 avec la mission de juger *nach des Reichsgemeinen Rechten*: Spangenberg, *Die Entstehung des Reichskammergerichtes und die Anfänge der Reichsverwaltung*, dans ZSS, *Germ. Abt.*, t. XLVI, 1926.

⁴ Nous avons essayé de le montrer dans un article: *Troubadours et juristes*, à paraître dans les *Cahiers de civilisation médiévale*.

de coutumes qui maintiennent pour une ville ou un petit pays quelques lambeaux de droit ancien¹.

Dans le Nord, l'Université d'Orléans devint le foyer d'où rayonnaient les idées nouvelles. La cour du roi fut vite touchée et les légistes y tiennent une place éminente, au moins depuis le règne de Philippe-Auguste². Dès 1202, un professeur bolonais figure parmi les membres de la *Curia regis*. Vingt-cinq ans après, les romanistes sont partout : à la Cour du roi comme dans les offices locaux. Le Parlement allègue couramment dans ses arrêts les textes romains ou la glose, et les auteurs coutumiers eux-mêmes subissent une très forte influence de l'Ecole d'Orléans. Celle-ci, d'ailleurs, fraye avec la pratique et assouplit les règles romaines pour les adapter aux besoins et aux usages. Parallèlement circulent des traductions en langue vulgaire des textes romains. Les conséquences de ce mélange sont, en tout cas, fort nets : les premiers coutumiers, les *Établissements de Saint Louis* ou le *Livre de Jostice et de plet* fournissent parfois d'étonnants pastiches du droit romain ; l'influence de l'Ecole apparaît prépondérante.

Que le droit romain demeure pour tous les juristes de l'époque le droit commun, la chose n'est guère douteuse. Dans le Nord, l'adage « coutume passe droit » est toujours répété et il implique l'existence même du droit coutumier³ ; mais dans le cas fréquent où les coutumes sont muettes, il faut en revenir au droit romain. Un texte du Digeste justifie la solution⁴ et Beaumanoir la consacre. Faisant dans le prologue des *Coutumes de Beauvaisis* l'inventaire des sources du droit et après avoir cité les coutumes, les sentences des tribunaux et le droit canonique, il ajoute qu'en dernier lieu il faut s'en remettre au « droit qui est communs à tous au royaume de France »⁵. Olivier-Martin ne voyait là qu'une référence aux ordonnances royales⁶. L'allusion au droit romain nous paraît néanmoins certaine et Laurière avait pleinement raison quand il écrivait : « Sous le règne de Saint Louis il n'y avait pas d'autre droit écrit que celui de Justinien et les ordonnances de nos rois étaient en petit nombre ; elles entraient peu dans le détail des affaires des particuliers en sorte que ... le droit romain était alors en France comme le droit commun »⁷.

Dans le Midi, les solutions étaient identiques : les glossateurs français et plus encore les Bartolistes témoignèrent toujours d'une grande tolérance pour les coutumes locales ; ils ne reconnaissent aux lois romaines qu'une autorité supplétive ; elles ne

¹ Paul Ourliac, *Le Droit privé dans les villes du Midi de la France*, dans *Recueil ... Jean Bodin*, t. VIII, *La Ville*, 1967, p. 125—131 ; *Las costumbres del Sud-Oest de Francia*, dans *Anuario de hist. del derecho*, t. XXIII, p. 407—422 ; *La formation du droit de la France méridionale*, dans *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, 1961, p. 1—18.

² E. M. Meijers, *Études d'histoire du droit*, t. III, *Le droit romain au moyen âge*, Leyde, 1959, t. VIII.

³ Par exemple, les *Établissements de Saint Louis*, éd. Viollet, 1886, t. II, p. 414 et t. IV, p. 265 ; Ordonnances de Philippe III de 1274 à 1277, *Ordonnances*, t. I, p. 302 ; t. XI, p. 354. L'adage est attesté dans tous les recueils de proverbes : J. Morawski, *Proverbes français*, Paris, 1925, p. 16.

⁴ D. I, 3, 32.

⁵ Ed. Salmon, Paris, 1899, t. I, p. 4.

⁶ *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. I, Paris, 1921, p. 75.

⁷ Laurière indique même que le droit écrit doit l'emporter sur la coutume ce qui serait indiqué par un passage des *Établissements de Saint Louis* (t. II, p. 414 et t. IV, p. 265) : « Et droiz s'i accorde au Code ... car quand l'en use pas dou droist escrit l'en doit avoir recours a la costume don leu et don païs ; et costume passe droit et est tenue pour droit ».

s'appliquent qu'à défaut de coutumes contraires et on ajoutera même qu'elles peuvent être abrogées par le non usage. Les renonciations fournissent, d'autre part, une arme efficace et elles apparaissent souvent comme une insurrection contre l'autorité de la loi. Par leur action, le droit méridional prend souvent un aspect étrange: un incapable ne l'est plus s'il prête serment de ne pas l'être; le fils de famille peut renoncer à la puissance paternelle, le mineur à la tutelle et à l'assistance d'un curateur, la femme à l'inaliénabilité du fonds dotal. Toutes les règles romaines sont déchuées au rang de règles interprétatives de la volonté: c'est le règne de l'anarchie individualiste¹.

Les canonistes eux-mêmes devaient subir l'attrait du droit romain. Tout en proclamant son autonomie, ils lui accordent souvent une autorité supplétive qui permet de faire appel à lui au cas de silence des canons².



Partout dans le cours du XIII^e siècle, le droit romain apparaît comme l'expression parfaite du droit commun. Mais très vite, l'équivalence disparaît. M. Calasso constate que la notion de droit commun devient, dans la diversité du droit médiéval, une nécessité logique qui oppose, sur le fondement des textes du Digeste, *proprium* et *commune*, comme la pensée scolastique oppose le particulier au général³. Dans leur fidélité à l'idée d'un empire universel, les glossateurs ne parviennent pas à justifier l'existence de droits locaux qui, croient-ils, n'ont de valeur que la permission de l'empereur⁴. Au contraire, les bartolistes, Bartole et mieux encore Balde, posent le problème en termes modernes: les coutumes sont fondées sur la raison, mais aussi sur la volonté du peuple. Si les coutumes sont forcément distinctes, elles doivent néanmoins, se régler suivant les coutumes générales, car elles ne sont que les parties d'un tout⁵. La diversité apparente doit être ramenée à une unité supérieure.

On en revient, ici, par un détour, à l'idée de droit commun, mais celle-ci est maintenant enrichie de tout l'apport scolastique et elle devient le principe premier de toute interprétation. Le problème posé est toujours celui de la *reductio ad unum*, mais il est maintenant lié à la théorie de la connaissance.

La recherche de la vérité est forcément précaire du fait de la faiblesse de l'esprit humain. Les plus savants ne s'accordent pas entre eux. Ainsi en est-il des coutumes et des statuts: ils varient selon les lieux ou les époques et leur interprétation même accroît la confusion. Balde en vient à dire que la justice est boiteuse alors que le droit ne l'est pas⁶.

Dans cette incertitude, le seul moyen d'éviter l'erreur est de se ranger à l'opinion la plus probable et d'adopter la méthode même que recommandent les philosophes et les moralistes, le tutorisme⁷. L'opinion la meilleure, dira Bartole,

¹ Paul Ourliac, *Le droit privé avignonnais*, thèse de l'École des Chartes, 1937.

² Spécialement Van Hove, *Droit de Justinien et droit canonique depuis le décret de Gratien jusqu'aux décrétales de Grégoire IX*, dans *Miscellanea Van der Essen*, t. I, 1947, p. 257—271; contredit, cependant, avec d'excellentes raisons par P. Legendre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique* (1140—1254), Paris, 1964, p. 60.

³ Fr. Calasso, *Medio evo del diritto*, p. 470.

⁴ La chose est très nette notamment dans le glose v° *Peterentur*, D. V, 3, 22 (20).

⁵ G. Chevrier, *Baldi de Ubaldis*, dans *Dictionnaire de droit canonique*, t. II, 1936, col. 44; cf. aussi le commentaire du D. I, 1, 9 (4).

⁶ Décrétales de Grégoire IX, I, 2, 5: ... *non dico claudicantem quia iudex et iudicium claudicare non debent*.

⁷ Paul Ourliac, *Droit romain et pratique méridionale*, Etienne Bertrand, Paris, 1937, p. 48.

est celle qui est *communiter approbata*¹. La sécurité devient une règle d'or qui s'accorde bien avec le principe d'autorité toujours proclamé au moyen âge. La *via media* est toujours recommandable et elle peut valoir comme *vox communis*. L'opinion de la majorité — à condition d'être celle de la *maior et sanior pars* — est toujours préférable à l'opinion de la minorité.

Le *ius proprium* a contre lui d'être celui d'un seul lieu ou d'une seule communauté; il sera toujours « odieux » et devra être interprété strictement: *Odiosa restringenda*. Le texte déjà cité de Paul apportait une justification supplémentaire en indiquant que de telles règles ne pouvaient être que *contra tenorem rationis*².

La raison, au contraire, inspire le droit commun mais celui-ci n'est plus conçu comme un absolu ou comme une catégorie logique, mais comme une construction pragmatique répondant à l'*utilitas publica* qu'allèguaient, pour justifier la portée des règles de droit, Ulpien ou Papinien³. C'est un fait que les lois peuvent être diverses mais aussi qu'il existe entre elles une harmonie supérieure. Le terme même de *ratio* en vient à traduire la conformité du droit à la conscience et aux besoins de la société qu'il doit régir.

Déjà implicite chez les bartolistes du XV-e siècle, cette attitude acquiert une parfaite netteté dans le commentaire *Des fiefs* de Du Moulin: Il existe, indique-t-il, un *ius commune scriptum respectu statuti particularis scripti*; mais il existe aussi un *ius commune non scriptum* dans le domaine coutumier: ce droit commun n'est pas contenu, comme l'ont prétendu les auteurs régaliens, comme Rebuffe, dans les Ordonnances royales, il est fourni par les usages qui s'imposent par une nécessité civile et humaine et qui sont le droit particulier des Français: *Consuetudines nostrae sunt iura communia*⁴. Droit commun, le droit coutumier est aussi droit supplétif: il permet de pallier le silence des coutumes et d'en interpréter les dispositions. Les auteurs qui tels Lizet ou Loyseau admettent encore le recours au droit romain, font figure d'attardés⁵, tout comme ceux qui à la même époque, défendent l'usage du latin contre celui du français.

L'idée de droit commun vient ainsi à être dirigée contre le droit romain qui lui avait servi de support et qui n'est plus considéré que comme la *ratio scripta*. Cette idée porte toujours en elle un principe d'unité: l'œuvre de Du Moulin comme les rédactions de coutumes qu'il inspire, vise à élaborer un droit national dont les écrits des juristes français des XVII-e et XVIII-e siècle ont pour premier objet d'étudier les règles: qu'il s'agisse des *Institutions Coutumières* de Loysel, de l'*Institution du droit des Français* de Coquille ou du traité que publie Bourjon en 1747 sous le titre bien significatif de *Droit commun de la France*, la préoccupation est toujours la même: maintenir, éclaircir, codifier le fonds commun et les principes généraux du droit français. Tout ce qui éloigne de cette unité exemplaire ne peut être que mauvais car la communauté de droit implique le *consensus* des volontés. Le Code civil de 1804 ne fera que consacrer ces idées en donnant à la France le droit unique qui constitue depuis lors son droit commun.

¹ Sur la loi *De eo qui pretio*, n° 5, C. VII, 49, 2.

² On allègue ici spécialement D. I, 3, 15 et L, 17, 162.

³ D. I, 1, 2 et 7.

⁴ Caroli Molinaei, *Opera*, t. I, Paris, 1612, col. 44.

⁵ René Filhol, *Le Premier Président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, 1937, p. 125.