

## **Comparer les droits dans une recherche historique: les pièges, les méthodes, les ressources**

textes de Sylvain Soleil, Luisa Brunori, Claire de Blois, Romain Broussais,  
Elodie Coutant, Théa Martial Dougbo

Sylvain Soleil

*Professeur à l'Université de Rennes 1 (IODE, UMR 6262)*

## **Les pièges, les méthodes, les ressources. Introduction**

SOMMAIRE : 1. Le double défi de la méthode en histoire comparée du droit – 2. L'apport d'une approche inductive – 3. Bibliographie générale.

ABSTRACT : In December 2017, a conference in Rennes (France) brought together ten students in Phd, with Luisa Brunori, Jacques Bouineau and Sylvain Soleil. They presented their thematic in terms of legal comparative history and then discussed problems of methodology, in an inductive approach. This introduction presents the double challenge of method in legal comparative history, the inductive approach that has been used during the conference, and some bibliographical resources.

KEYWORDS : Legal Comparative History – Methodology.

Sans être une discipline neuve en France, l'histoire comparée du droit a longtemps été handicapée, malgré les travaux fondateurs, malgré quelques centres de recherche pionniers (Lille, Nice, Aix-en-Provence, etc.), malgré l'évidence de la complémentarité entre les approches historique et comparative<sup>1</sup>. On peut expliquer ce handicap de diverses manières. Sur un plan historique, la France ayant moins utilisé de droit étranger qu'elle n'en a exporté, sans doute les historiens français du droit ressentait-ils moins le besoin de faire de la comparaison que leurs collègues italiens, belges, polonais, roumains, japonais ou latino-américains. Sur un plan académique, les enseignements traditionnels des facultés de droit concernaient évidemment en majorité l'histoire du droit public et du droit privé français, tandis que le concours d'agrégation s'attachait à l'histoire du droit français plutôt qu'à l'histoire juridique européenne ou l'histoire comparée du droit, ce qui, de façon mécanique, favorisait les travaux en droit français plus que les thèses et les articles consacrés aux sources étrangères. Sur un plan logistique, peut-être faut-il aussi souligner les difficultés que représentait, il y a encore trente ou même vingt ans, l'accès à la bibliographie, aux sources imprimées et aux manuscrits étrangers à l'époque où la numérisation des textes et la formalisation des réseaux européens demeuraient assez peu développées. Tout cela est désormais derrière nous. Aux travaux des pionniers s'adjoignent désormais, et depuis plusieurs années, les recherches de

---

<sup>1</sup> Sur le lien entre les deux disciplines, J. Hilaire, *La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 1998, p. 319 s. ; D. Talon, *Histoire du droit et droit comparé : une alliance féconde*, in *Nonagesimo Anno, Mélanges Gaudemet*, Paris 1999, p. 629 s. ; E. William, *Legal History and Comparative Law*, in "Zeitschrift für Europäisches Privatrecht", 1999, p. 7 s. ; J. Gordley, *Comparative Law and Legal History*, in M. Reimann et R. Zimmermann (cur.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 753 s.

nouvelles générations françaises d'historiens du droit<sup>2</sup>.

Toutefois, la question de la méthode demeure car, si les travaux se multiplient (comparaison des doctrines, des législations, des coutumes...), c'est sans le secours d'une méthodologie bien identifiée, bien réfléchie, bien éprouvée. Pourtant, plusieurs auteurs et réseaux de recherche offrent depuis quelques années des réflexions méthodologiques utiles (*Bibliographie générale*). Et pour cause : aux problématiques propres à l'histoire du droit se greffent celles de la comparaison du droit, ce qui constitue un double défi.

### 1. Le double défi de la méthode en histoire comparée du droit

Le premier piège, pour l'historien du droit, serait de ne pas suffisamment réfléchir à l'agencement scientifique entre méthode historique et méthode comparative. Les logiques respectives sont complémentaires, mais leur ajustement ne se fait pas tout seul. Un historien du droit est-il, par nature, conscient des enjeux tels que la comparabilité des sources ; les mots et les concepts de la comparaison, de la circulation, de l'imitation ; la barrière de la langue ou de la culture ; la traduction (donc, dans une certaine mesure, la trahison) des sources, etc. ? Est-il suffisamment armé sur le plan méthodologique ? Dès lors, est-il performant, crédible ou même légitime lorsqu'il fait de la comparaison des droits ? Heikki Pihlajamäki aborde ces questions par le biais du positionnement scientifique. Il estime que l'histoire comparée du droit, telle qu'elle se développe, se préoccupe peut-être trop peu de savoir où se situent les frontières entre les sciences (donc leurs objets et leurs méthodes respectifs) : « Il est plus facile, explique-t-il, d'adopter un point de vue libéral et de refuser de définir la méthode, l'approche ou tout autre mot par lequel on préfère l'appeler. L'approche "laisse donc toutes les fleurs pousser" [*let all the flowers bloom*] est bonne et sympathique : pourquoi s'inquiéter des frontières et des définitions méthodologiques, alors que ce que nous souhaitons est une recherche pertinente »<sup>3</sup>. Cette approche, pour bonne et sympathique qu'elle soit, ne peut malgré tout échapper, insiste Heikki Pihlajamäki, à une réflexion méthodologique car, dès lors que l'historien du droit franchit les frontières de son domaine initial de compétence, il doit savoir qui il est et où il se trouve pour tirer le meilleur des compétences de ses voisins (les comparatistes, les sociologues, les philosophes, etc.) et déjouer les phénomènes de chasse-gardée. En d'autres mots, au même titre qu'un comparatiste peut vite, faute de maîtriser les règles méthodologiques essentielles de l'histoire du droit, apparaître comme suspect aux historiens du droit lorsqu'il s'aventure à faire de la comparaison des

---

<sup>2</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit comparé*, in J. Krynen et B. D'Alteroche (cur.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014, p. 183 s.

<sup>3</sup> H. Pihlajamäki, *Comparative Context in Legal History: Are We All Comparatists Now?*, in M. Adams et D. Heirbaut (ed.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford 2014, p. 121.

droits en remontant dans l'histoire, l'historien du droit peut lui aussi apparaître suspect lorsqu'il s'aventure à faire de la comparaison des droits, sans justifier sa méthode, par exemple le choix de ses pays, de ses sources, de ses traductions. Martin Löhnig aborde, quant à lui, la question par celle des objectifs (*two ways – two goals ?*). Il affirme ainsi que « l'histoire du droit n'a pas de véritable méthode comparative. De sorte qu'un historien peut utiliser la boîte à outils du droit comparé et pratiquer "la comparaison historique des législations" ou s'aider des instruments du droit comparé et pratiquer "l'histoire comparative du droit" »<sup>4</sup>. D'où la question de *la* méthode car, toujours selon Martin Löhnig, il existe deux façons de travailler, avec des objectifs qui ne sont pas assimilables l'un à l'autre et qui peuvent expliquer que l'histoire comparative du droit en soit encore au « stade de l'enfance ».

Le premier défi pour l'historien du droit est donc de chercher à agencer le mieux possible sa méthode historique à celle de la comparaison, ce qui suppose – nous y reviendrons – d'adopter une méthode, de savoir l'interroger et de pouvoir en rendre compte. C'est en ce sens que Thomas Duve, en réunissant des historiens du droit préoccupés des phénomènes « de transfert ou de transplantation de normativité » d'un espace territorial à l'autre, les invitait à s'interroger : « Quels sont les méthodes et les théories que les historiens utilisent pour reconstruire les processus historiques d'interaction des différents ordres normatifs ? Pourquoi utilisent-ils ces concepts et pas d'autres ? Quelles sont les forces et les faiblesses de ces outils méthodologiques ? »<sup>5</sup>.

Mais, pour l'historien du droit, il existe un second piège qui, paradoxalement, serait de trop se préoccuper de méthodologie comparative. Celui-ci doit s'en soucier avec mesure, jamais au-delà du raisonnable, afin d'éviter de se perdre ou de céder à l'inhibition comparative. Tout chercheur qui s'intéresse à l'histoire du droit comparé peut témoigner que les controverses sont consubstantielles au droit comparé et ce, dès son apparition au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles : s'agit-il d'une science ou d'une méthode ? Quel critère faut-il retenir pour classer les diverses façons de faire de la comparaison juridique<sup>6</sup> ? Le comparatiste peut-il vraiment s'extraire du droit de son pays lorsqu'il le compare aux droits étrangers<sup>7</sup> ? Peut-on classer les divers systèmes juridiques en familles<sup>8</sup> ? Quelles méthodes d'analyse faut-il privilégier pour qualifier les

---

<sup>4</sup> M. Löhnig, *Comparative Law and Legal History : a Few Words about Comparative Legal History*, in M. Adams et D. Heirbaut (ed.), *The Method and Culture*, cit., p. 113.

<sup>5</sup> T. Duve, *Introduction*, in T. Duve (ed.), *Entanglements in Legal History : Conceptual Approaches*, Frankfurt 2014, p. 5.

<sup>6</sup> S. Soleil, *Pourquoi comparait-on les droits au XIX<sup>e</sup> siècle*, in "Revue Clio@Themis", 2017, §42.

<sup>7</sup> V. D. Zlatescu, *Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 1983, p. 565 s.

<sup>8</sup> I. Zajtay, *Réflexions sur le problème de la division des familles de droits*, in "Rabels Zeitschrift", 1973, p. 210 s. ; J. Vanderlinden, *À propos des familles de droit en droit civil comparé*, in *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles 1982, p. 352 s. ; S. Rozmaryn, *Les grandes controverses du droit comparé*, in M. Rotondi, *Inchieste di diritto comparato*, Padoue 1973, 4 vol., t. 2, p. 581 s. ; U. Mattéi, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi*

processus de greffe, d'emprunt, de réception, de transfert, de transposition, d'acculturation<sup>9</sup> ? Etc. Dès lors, faire de la comparaison des droits conduit nécessairement à s'exposer à des remarques, des débats, des critiques, voire des mises en accusation plus ou moins violentes. Il convient sur ce point de comprendre l'impact des réflexions épistémologiques récentes et les remettre dans leur contexte. Otto Pfersmann, en 2001 : « [...] le droit comparé a suscité d'immenses espoirs, d'ambitieuses entreprises, mais il s'appuie toujours sur la plus faible des épistémologies »<sup>10</sup>. Marie-Claire Ponthoreau, en 2005 : « Pour la plupart des comparatistes, le droit comparé est une méthode et non pas une discipline, mais ils ne nous disent rien ou si peu sur la méthode elle-même »<sup>11</sup>. Pascal Richard, en 2007 : « Une *théorie* du droit comparé est, en effet, bien souvent absente des travaux des comparatistes tandis que cette discipline, intimement liée à son objet d'étude, devrait pourtant logiquement comprendre un discours sur sa méthode. La présence d'une telle carence épistémologique est difficilement justifiable alors même que certains ne perçoivent dans le droit comparé *qu'une* méthode »<sup>12</sup>. Ces remontrances ont de quoi effrayer les historiens du droit qui s'aventurent à faire de la comparaison des droits : quelles

---

*giuridici*, in *Scintillae Iuris, Mélanges Gorla*, Milan 1994, 3 vol., t. 1, p. 776 s. ; J. Husa, *Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn ?*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 2004, p. 11 s.

9 E. Levy, *The Reception of highly developed legal systems by people of different cultures*, in "Washington Law Review", 1950, p. 223 s. ; M. Rheinstein, *Types of Reception*, in "Annales de la Faculté de droit d'Istanbul", 1956, p. 31 s. ; I. Zajtay, *La réception des droits étrangers et le droit comparé*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 1957, p. 690 s. ; M. Alliot, *L'acculturation juridique*, in J. Poirier (ed.), *Ethnologie générale*, Paris 1968, p. 1180 s. ; M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel 1971, p. 55 s. ; J. Rivero, *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in *Miscellanea Ganshof Van der Meersch*, Bruxelles, Paris 1972, 3 vol., t. 3, p. 619 s. ; L. J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, Paris 1974, 3 vol., t. 2, p. 362 s. ; A. Watson, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Édimbourg 1974 ; A. C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris 1975 ; J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, in "Année sociologique", 1976, p. 29 s. (repris dans J. Gaudemet, *Sociologie historique du droit*, Paris 2000, p. 91 s.) ; R. Rodière, *Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques*, in *Mélanges Marty*, Toulouse 1978, p. 947 s. ; É. Agostini, *La circulation des modèles juridiques*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 1990, p. 461 s. ; Y. Mény (ed.), *Les politiques du mimétisme institutionnel, La greffe et le rejet*, Paris 1993 ; P. Legrand, *The impossibility of "Legal Transplants"*, in "Maastricht Journal of European and Comparative Law", 1997, p. 111 s. ; N. Rouland, *Introduction historique au droit*, Paris 1998, p. 128 s. ; H. Te Velde, *Political Transfer: An Introduction*, in "European Review of History", 2005, p. 205 s. ; P. Swiecicka, "Connectiones inter iura variorum observamus...". En recherchant l'explication de la notion d'acculturation juridique et S. Soleil, *La réception du modèle juridique français au XIX<sup>e</sup> siècle. Affaire de puissance ou de qualité technique ?*, in B. Coppein, F. Stevens et L. Waelkens (ed.), *Modernisme, Tradition et acculturation juridique, Iuris Scripta Historica XXVII*, Bruxelles 2011, p. 7 s. et p. 259 s.

<sup>10</sup> O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 2001, p. 275.

<sup>11</sup> M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 2005, p. 7.

<sup>12</sup> P. Richard, *Le jeu de la différence. Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé*, Laval 2007, p. 13.

conditions, en réalité rarement ou jamais réunies, faut-il donc remplir pour pouvoir comparer dans l'espace et dans le temps telle et telle doctrines, telle et telle institutions, tel et tel mécanismes juridiques ? Par quelle alchimie, tel élément secondaire de méthode devient-il à ce point capital qu'il risque d'invalider toute la démonstration ? Est-il, en un mot, possible de faire de l'histoire comparée du droit ? Toutefois, ces remontrances doivent être remises dans leur contexte : tous ces reproches sont formulés pour accompagner la naissance d'une nouvelle science, la théorie ou l'épistémologie du droit comparé, où l'objet n'est plus tant la comparaison des droits elle-même que la réflexion sur la façon dont on fait (ou pas) de la comparaison des droits. D'où, dans le même temps, la floraison d'études collectives sur ce thème et ses diverses problématiques : par exemple, les *Comparative Legal Studies: Traditions and transitions* publiées, en 2000, par Pierre Legrand et Roderick Munday, lors du centenaire du Congrès de Paris, pour discuter des héritages sur lesquels s'appuient les comparatistes : héritage universaliste (J. Gordley), colonial (U. Braxi), nationaliste (H. P. Glenn) ou fonctionnaliste (M. Graziadei)<sup>13</sup> ; autre exemple, l'*Epistemology and Methodology of Comparative Law* publié en 2004, par Mark van Hoecke pour interroger les outils traditionnels du droit comparé. « Alors que de nombreux travaux modernes en droit comparé se concentrent sur divers aspects de la doctrine juridique, le but de ce livre est de nature plus théorique : réfléchir sur le droit comparé en tant que discipline savante, en particulier sur son épistémologie et sa méthodologie »<sup>14</sup>. Il s'agit, pour l'historien du droit, de trouver la distance adéquate avec cet ensemble de remarques et cette nouvelle discipline : s'en servir de guide pour éviter d'écrire des bêtises, mais sans s'y perdre ; y trouver des éléments utiles à sa recherche, sans pour autant céder à l'inhibition.

## 2. L'apport d'une approche inductive

Entre Charybde (les carences méthodologiques) et Scylla (l'inhibition comparative), l'historien du droit doit tracer son cap. Comment faire ? D'une part, il lui faut s'emparer de la question méthodologique, la nommer, la traiter. Ce qui revient, tout d'abord, à *suivre une méthode* non seulement quand il sélectionne l'objet de recherche, les pays, les sources et les mots de la comparaison, mais aussi quand il traduit, quand il rapproche et qu'il différencie, quand il tire ses conclusions, quand il construit son exposé oral ou écrit. Si le droit comparé est une méthode, l'histoire comparée du droit ne doit jamais occulter la méthode au cours du processus de recherche : ni dans le choix des sources, ni dans leur confrontation, ni dans l'exposé des données, ni dans la mise au point du plan, etc. Pour ce faire, l'historien du droit dispose désormais

<sup>13</sup> P. Legrand et R. Munday (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and transitions*, Cambridge 2003, p. 31 s.

<sup>14</sup> M. van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004, p. 398.

de ressources et de conseils, sous des formes diverses : traités, articles, débats<sup>15</sup>. Il s'agit ensuite d'*interroger cette méthode* au fur et à mesure de la recherche, notamment lorsqu'il s'agit d'une recherche sur le long terme, d'en mesurer les avantages et les angles morts, de s'en ouvrir, d'en discuter, de l'amender le cas échéant. Enfin, il convient d'*expliquer et justifier cette méthode*. Certains utilisent l'introduction, d'autres un chapitre préliminaire. Certains synthétisent les choses en quelques phrases, d'autres ressentent le besoin de longs développements. Certains expliquent leur méthode particulière, d'autres présentent les méthodes envisageables avant de justifier leur choix parmi les alternatives. Le tout est d'expliquer, de rendre compte, de justifier.

D'autre part, il lui faut savoir transformer un problème en atout. Partons de l'exemple de deux sources qui n'apparaîtraient pas comparables ; celle du pays A se présente sous forme de législations, celle du pays B sous forme de coutumes. Si l'historien du droit passe outre et compare, termes à termes, tel élément du droit des pays A et B (ex. : un régime matrimonial, une règle de procédure, un principe constitutionnel) sans tenir compte de la nature des sources, il prend le risque d'aboutir à des conclusions erronées. Les raisons en sont multiples et forment le cœur de l'épistémologie et de la théorie du droit comparé. En revanche, une réflexion sérieuse sur la méthode peut lui permettre de transcender le problème. Il va interroger l'histoire du droit du premier pays pour comprendre et expliquer pourquoi la règle qu'il examine se présente sous forme de législation, puis celle du second pays pour étudier les raisons pour lesquelles la règle se présente sous forme de coutume. De sorte que la comparaison sur le

---

<sup>15</sup> M. Adams et D. Heirbaut (ed.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford 2014 ; T. Duve, *European Legal History – Concepts, Methods, Challenges*, T. Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt 2014 ; W. Ewald, *Legal History and Comparative Law*, in “*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*”, 1999, p. 7 s. ; J. Gordley, *Comparative Law and Legal History*, in M. Reimann et R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 753 s. ; M. Graziadei, *Comparative law, legal history and the holistic approach to legal cultures*, in “*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*”, 1999, p. 531 s. ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit comparé*, cit. ; K. Luig, *Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten?*, in “*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*”, 1999, p. 521 s. ; A. Musson et C. Stebbings (ed.), *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, Cambridge 2012 ; M. Reinmann, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*, in “*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*”, 1999, p. 496 s. ; R. Zimmermann, *L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne*, in “*Revue internationale de droit économique*”, 2013, p. 95 s. A cette bibliographie, il convient d'ajouter la récente publication d'O. Moréteau, A. Masferrer et K. A. Modéer (ed.), *Comparative Legal History*, Cheltenham 2018, dans laquelle les auteurs, sur le fond comme sur la méthode, plaident pour la constitution de l'histoire comparée du droit comme discipline à part entière, avec, évidemment, des réflexions de nature méthodologique. A ces titres, il convient encore d'ajouter – ces ultimes orientations bibliographiques sont indiquées par Michel Morin ; qu'il en soit remercié – : D. Ibbetson, *The Challenges of Legal History*, in “*Journal of Comparative Legal History*”, 2013 ; T. Duve, *Legal traditions. A dialogue between comparative law and comparative legal history*, in “*Journal of Comparative Legal History*”, 2018 ; S. Dauchy, *Ouverture : Histoire des cultures juridiques, circulations, connexions et espaces transnationaux du droit*, in “*Clio@Themis*”, 2009 ; A. Parise, *Ownership paradigms in American civil law jurisdictions : manifestations of the shifts in the legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16<sup>th</sup>-20<sup>th</sup> centuries)*, Leiden 2017 ; J. W. Cairns, *Codification, transplants and history: law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, New Jersey 2015.

fond du droit (les ressemblances et les différences entre les règles des pays A et B) s'enrichit d'une comparaison sur l'évolution du droit dans les deux pays : pourquoi le pays A-a-t-il substitué une législation à la coutume ? Cette substitution a-t-elle eu une conséquence sur la publicité de la règle, sur son contenu, sur l'uniformisation du droit, etc. ? Pourquoi le pays B-a-t-il conservé des coutumes ? Est-ce par respect pour la tradition juridique ? Est-ce par rejet de la loi ? Est-ce par refus d'une imitation de l'étranger ? Dès lors, la comparaison historique des droits prend sa vraie dimension. Il ne s'agit plus de comparer les règles juridiques de deux pays, à un moment donné. Il ne s'agit plus d'examiner de façon croisée deux ensembles qui, tels quels, ne sont pas vraiment comparables. Il s'agit de comparer deux éléments juridiques dans leur évolution historique : l'un qui se présente sous forme de législation ; l'autre qui se présente sous forme de coutumes ; l'un et l'autre éclairés par un ensemble de facteurs anthropologiques, politiques, économiques, etc. ; l'un et l'autre problématisés grâce à un ensemble de questions. Le problème de la comparabilité des sources n'a pas été contourné. Il a été métamorphosé.

Ces deux logiques (*S'emparer de la question méthodologique / Savoir transformer un problème en atout*) sont à la base de la démarche inductive qui a été privilégiée lors de la journée d'étude qui s'est tenue à Rennes, en décembre 2017. Dix doctorants en histoire du droit se sont réunis, à l'initiative de Sylvain Soleil (Université de Rennes1), Luisa Brunori (CNRS - Université Lille 2) et Jacques Bouineau (Université de la Rochelle), grâce au réseau et à la force de persuasion d'Hugo Beuvant, doctorant à l'Université Rennes 1. Chacun était invité à exposer son objet de recherche, à identifier un problème spécifique lié à la comparaison des droits, à expliquer la solution envisagée et la soumettre à la discussion.

Claire de Blois, doctorante de l'Université de Paris V, s'intéresse aux difficultés posées par le concept de « frontière » dans les traités internationaux, à travers l'exemple du traité des Pyrénées. Pour comparer la façon dont les auteurs, les diplomates et les agents français et étrangers conçoivent la frontière (son sens, sa définition, son contenu, son tracé), le problème majeur concerne la sémantique : si les substantifs (frontière, limite, marches, confins), les verbes ou les adjectifs n'ont toujours pas le même sens d'un côté et de l'autre de la frontière pour désigner celle-ci, la comparaison ne va-t-elle pas buter sur l'objet même de la comparaison ? Comment comparer si les pays voisins, derrière les mots, ne partagent pas la conception française de la frontière ? L'auteure a donc interrogé sa méthode en choisissant d'aborder son objet de recherche, en commençant par l'étude du sens des mots puisqu'ils peuvent être trompeurs, puis par les procédures concrètes, prévues par les traités de paix, à partir desquelles les commissaires, français et étrangers, délimitent deux territoires (listes des entités territoriales disputées, critères de fixation d'une ligne séparatrice, bornage). Elle en revient ensuite au vocabulaire pour identifier, dans les traités de paix, les substantifs en langue étrangère qui correspondent aux

substantifs français « frontière » et « limite ». La difficulté méthodologique n'a pas été éludée ; elle a permis d'approfondir la substance de la recherche comparative.

Romain Broussais, doctorant de l'Université de Paris II, consacre son étude à la comparaison des statuts urbains médiévaux, dans le royaume de France. La difficulté de son objet de recherche réside dans la diversité des approches juridiques et institutionnelles médiévales : « la France urbaine, explique-t-il, est composée à l'Ouest par les villes des Établissements de Rouen, au Nord par le mouvement communal picard et le mouvement échevinal flamand, à l'Est par l'échevinat également mais aussi par le statut impérial de certaines cités, au Sud par les villes de consulats, [...] ». Cela pose un problème majeur de comparabilité des sources : les règles issues des statuts sont-elles comparables et, si oui, comment ? Peut-on rapprocher un règlement urbain (élaboré par les bourgeois) d'une charte concédée par un seigneur ? L'auteur a donc décidé de ne pas suivre une démarche qui irait du haut (les statuts) vers le bas (le contenu des règles elles-mêmes), mais de suivre la démarche inverse : « comparer en partant du plus précis – les dispositions normatives – pour aller au plus général – les ensembles juridiques ». Il s'explique sur cette démarche grâce à un cercle de comparaison, complexe et complet, qui lui permet de créer des *ensembles juridiques comparables*. Le problème méthodologique a permis à l'auteur d'envisager ses sources et son objet de recherche sous un nouveau regard.

Elodie Coutant, doctorante de l'Université de Bordeaux, examine la réforme du droit français à travers le prisme du droit local alsacien-mosellan, c'est-à-dire « un ensemble de dispositions allemandes, de dispositions françaises antérieures à 1871 et maintenues par les autorités allemandes, de règles adoptées par les institutions alsaciennes et lorraines, et des dispositions françaises postérieures à 1918 et applicables dans ces territoires ». Dans une première approche, son objet de recherche butte à la fois sur la dilution progressive de ce droit dans le droit français et sur la volonté politique ou sociale de minimiser ou, au contraire, d'exagérer les différences entre le droit alsacien-mosellan et le droit de la République, une et indivisible. L'auteure, plutôt que de créer artificiellement deux ensembles juridiques pour les comparer, a donc décidé d'adopter une seconde approche, historique et sociologique, pour interroger les vrais enjeux : qui, quand, comment et pourquoi, a-t-il intérêt à insister sur l'originalité du droit local ? Qui, à l'inverse, a-t-il intérêt à fondre le droit local dans le droit général ? Etc. « Il importe, explique-t-elle, de ne pas composer avec ces difficultés, mais au contraire de les exploiter. Elles sont en effet significatives de la période et de la perception que l'on peut avoir du droit local, et de la réforme du droit français. Elles constituent dans une certaine mesure le cœur de notre analyse. » En d'autres mots, la difficulté méthodologique s'invite au cœur de la thèse elle-même. Bien identifiée, elle en devient l'enjeu central.

Théa Dougbo consacre son étude à la comparaison entre les régimes dotaux de droit commun en Europe et en Afrique de l'Ouest à la veille de la

colonisation. A priori, la comparaison semble non seulement légitime, mais encore assez facile à envisager : si, dans les deux cas, il s'agit d'inscrire l'union des époux dans l'union de deux lignages, en imbriquant le lien matrimonial et le lien patrimonial, deux logiques anthropologiques et historiques semblent à l'œuvre, selon que la dot est versée par l'époux (ou sa famille) à la famille de l'épouse (logique africaine), ou par la famille de l'épouse au profit du foyer (logique européenne). La difficulté vient de la distorsion entre les sources : les unes (européennes) sont pour la plupart codifiées au XIX<sup>e</sup> siècle, alors que les autres (africaines) sont essentiellement connues grâce à l'anthropologie contemporaine. Les deux ensembles sont difficilement comparables. L'auteur a donc choisi de rechercher les coutumes, en matière de dot, dans les recueils qui ont été composés par les administrateurs coloniaux au début du XX<sup>e</sup> siècle, ce qui déplace le cœur de la comparaison. Si ces recueils offrent des données écrites et exploitables, ils recensent les coutumes en les comparant à ce que les administrateurs coloniaux connaissaient (les législations européennes) et, ce faisant, ils modifient en partie les coutumes étudiées : elles sont mises par écrit avec les mots, les définitions, les catégories, les régimes juridiques français et, plus généralement, les façons de penser le mariage en Europe. La difficulté méthodologique conduit ainsi l'auteur à modifier et enrichir son objet initial de recherche. La comparaison historique glisse vers la comparaison entre le régime dotal de droit commun en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle et le régime dotal de droit commun en Afrique tel qu'il a perçu, traduit et transcrit par les administrateurs coloniaux.

Cette démarche inductive, qui part des problèmes de méthode tels qu'ils ont été identifiés par les auteurs et les solutions qu'ils ont envisagées et qu'ils offrent à la discussion, aboutit à des réflexions, des conseils, des règles générales et des mises en garde, que Luisa Brunori a synthétisées dans un « décalogue » qui sert, ici, à la fois de conclusion et de guide. Elle souligne notamment la prudence avec laquelle l'auteur doit choisir et faire parler ses sources, doit réfléchir à la terminologie employée, doit connaître et comprendre l'environnement dans lequel les droits que l'on compare ont été élaborés, éventuellement mis en relation, doit méditer le sens et l'intérêt de sa comparaison.

### Bibliographie essentielle

Adams M. et Heirbaut D. (ed.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford 2014

Cairns J. W., *Codification, transplants and history: law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, New Jersey 2015.

Constantinesco L. J., *Traité de droit comparé*, 3 vol., Paris 1972, 1974 et 1983

Dauchy S., *Ouverture : Histoire des cultures juridiques, circulations, connexions et espaces transnationaux du droit*, in "Clio@Themis", 2009

- Duve T., *European Legal History – Concepts, Methods, Challenges*, in T. Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt 2014
- Duve T., *Legal traditions. A dialogue between comparative law and comparative legal history*, in “Journal of Comparative Legal History”, 2018
- Ewald W., *Legal History and Comparative Law*, in “Zeitschrift für Europäisches Privatrecht”, 1999, p. 7 s.
- Gordley J., *Comparative Law and Legal History*, in M. Reimann et R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 753 s.
- Graziadei M., *Comparative law, legal history and the holistic approach to legal cultures*, in “Zeitschrift für Europäisches Privatrecht”, 1999, p. 531 s.
- Halpérin J.-L., *Histoire du droit comparé*, in J. Krynen et B. D’Alteroche (ed.), *L’histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014, p. 183 s.
- Hilaire J., *La place de l’histoire du droit dans l’enseignement et la formation du comparatiste*, in “Revue Internationale de Droit Comparé”, 1998, p. 319 s.
- Ibbetson D., *The Challenges of Legal History*, in “Journal of Comparative Legal History”, 2013
- Legrand P., *Le droit comparé*, Paris 1999
- Legrand P. et Munday R. (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and transitions*, Cambridge 2003
- Luig K., *Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten?*, in “Zeitschrift für Europäisches Privatrecht”, 1999, p. 521 s.
- Moréteau O., Masferrer A. et Modéer K. A. (ed.), *Comparative Legal History*, Cheltenham 2018
- Musson A. et Stebbings C. (ed.), *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, Cambridge 2012
- Parise A., *Ownership paradigms in American civil law jurisdictions: manifestations of the shifts in the legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16<sup>th</sup>-20<sup>th</sup> centuries)*, Leiden 2017
- Reinmann M., *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*, in “Zeitschrift für Europäisches Privatrecht”, 1999, p. 496 s.
- Sacco R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris 1991
- Soleil S., *Pourquoi comparait-on les droits au XIX<sup>e</sup> siècle*, in “Revue Clio@Themis”, 2017
- Talon D., *Histoire du droit et droit comparé : une alliance féconde*, in *Nonagesimo Anno, Mélanges Gaudemet*, Paris 1999, p. 629 s.

Zimmermann R., *L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne*, in "Revue internationale de droit économique", 2013, p. 95 s.

Zlatescu V. D., *Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits*, in "Revue Internationale de Droit Comparé", 1983, p. 565 s.

Claire de Blois

*Doctorante en histoire du droit, à l'Université Paris V – Descartes*

## **Les difficultés posées par la délimitation de la frontière au XVII<sup>e</sup> siècle : la confrontation du concept français et espagnol**

SOMMAIRE : 1. Le concept de “frontière”, un concept en évolution – 2. Le concept de frontière, un concept national ou européen ? – 3. L'identification et la comparaison des termes de « limite » et de « frontière ».

ABSTRACT : The border is the line that separates two States, two sovereignties. It is a tool serving the State as it allows its defense and its economic and migration policies, but also an object shared with the neighboring State. The borders' delimitation policy, which has been developed in France since the 17th century, cannot therefore be established from the French concept itself: the initiative, the procedure as well as the shape given to the border must be done in permanent consultation with the neighboring country. This way, the study of the delimitation allows confronting the French concept of « border » with the Spain's conception.

KEYWORDS : French and Spanish border – 17th century – Comparison of concepts

### 1. Le concept de « frontière », un concept en évolution

La frontière est définie dans les manuels de droit international public contemporain comme : « la ligne d'arrêt des compétences étatiques »<sup>16</sup>. Il existe un relatif consensus international autour du concept de « frontière »<sup>17</sup>, malgré la survivance de la distinction entre la frontière-zone et la frontière-ligne<sup>18</sup>. Les politiques frontalières des États et des instances internationales vont toutes dans le sens de la délimitation. Cette dynamique n'est pas nouvelle. Au XVII<sup>e</sup> et au XVIII<sup>e</sup> siècles, il existe déjà des « frontières linéaires » en France, mais celles-ci coexistent avec des frontières zonales. Pendant toute cette période, le pouvoir royal français tente de délimiter ses frontières afin d'asseoir sa souveraineté sur l'ensemble de son territoire. Malgré de nombreux conflits et règlements frontaliers au Moyen-Âge et pendant la première partie de la période moderne<sup>19</sup>,

<sup>16</sup> P.-M. Dupuy - Y. Kerbrat, *Droit international public*, XIII ed., Paris 2016, p. 63.

<sup>17</sup> Ce consensus international est illustré par la position de la Cour internationale de justice, en particulier dans l'arrêt du 15 juin 1962 portant sur l'affaire du temple de Préah Vihéar (J.-P. Cot, *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, in “Annuaire Français de Droit International”, VIII (1962), p. 217-247).

<sup>18</sup> « Il est préférable d'admettre que la frontière, simple limitation territoriale, désigne non l'espace qui s'étend de chaque côté de la ligne séparatrice mais la ligne qui détermine où commencent et finissent les territoires [...]. On notera que certains traités, mêlant les deux acceptions du terme dans une même disposition, ont employé parfois le terme de “frontière” dans les deux sens » (C. Rousseau, *Droit international public*, III, *Les compétences*, Paris 1977, p. 232).

<sup>19</sup> Pendant la période allant du X<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle, la frontière zonale (marche) côtoie la frontière linéaire. Les frontières précises correspondent généralement aux bornes des villages et des champs ou à des limites naturelles. Elles sont plus généralement les limites des châtellenies, passant d'une autorité à l'autre par le jeu de la féodalité (B. Demotz, *La frontière au Moyen Âge d'après l'exemple du comté de Savoie*

la politique française ne prenait pas en considération les frontières. En effet, au XVI<sup>e</sup> siècle, le pouvoir royal est encore soucieux « d'arrondir son domaine » et pratique pour cela une politique de conquête qu'une délimitation trop précise compromettrait<sup>20</sup>. De la même façon, la stratégie militaire « de la porte ouverte » prévaut sur l'assainissement des frontières et nécessite la conservation d'enclaves et d'avancées dans les terres voisines<sup>21</sup>. Sauf en de très rares occasions, les termes de « frontière » et de « limite » sont pratiquement absents des grands traités de paix<sup>22</sup>.

Cet intérêt des rois de France pour la frontière s'inscrit dans l'affermissement du pouvoir royal et la construction du royaume de France. Aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles, la France est découpée en seigneuries. La conception des frontières du royaume est alors très proche de celle des limites féodales. L'apparition du mot « frontière », au XIII<sup>e</sup> siècle, accompagne la spécialisation des limites extérieures de la France<sup>23</sup>. Elle désigne, dans un premier temps, la ligne de front qui oppose deux États, puis, avec la naissance de l'État moderne, celle qui sépare deux souverainetés. Selon les mots de Michel Foucault, « toute relation de pouvoir met en œuvre des différenciations qui sont pour elle à la fois des conditions et des effets »<sup>24</sup>. La frontière est alors intrinsèquement liée à l'État qui a besoin, pour exister, de se différencier de l'étranger mais également des autres formes de domination<sup>25</sup>. La limite étatique dépasse progressivement son utilisation purement militaire, celle de zone d'affrontement, pour prendre un sens politique. Au-delà des hasards de la conquête militaire, elle devient juridique par sa reconnaissance, ses fonctions, son application, ses conséquences et sa détermination.

Cette nouvelle approche a une conséquence sur sa forme ; elle ne peut plus se permettre d'être indéterminée. Plus le pouvoir royal s'affirme, plus les moyens mis en œuvre pour contrôler l'ensemble du territoire sont importants, ce qui nécessite la reconnaissance de ses limites. La frontière de l'Ancien régime a deux caractéristiques de forme : elle peut être confuse et complexe<sup>26</sup>. Contrairement à

---

(début XIII<sup>e</sup> - début XV<sup>e</sup> siècles), in "Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public", IV (1973), p. 95-116).

<sup>20</sup> P. de Geouffre de Lapradelle, *La frontière*, Paris 1928, p. 34.

<sup>21</sup> P. Sahlins, *Frontières et identités nationales, la France et l'Espagne dans les Pyrénées depuis le XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris 1996, p. 86.

<sup>22</sup> Le traité de Cateau-Cambrésis du 3 avril 1559 est, en cela, une exception notable. Son article 9 stipule que : « si [les commis] ne s'en peuvent accorder [sur les limites], s'adjointra avec eux un personnage non suspect, qui sera choisi par les Commis à la pacification sur le fait des limites, dont en ce traité se fait mention ».

<sup>23</sup> P. Sahlins, *Frontières et identités nationales*, cit., p. 21.

<sup>24</sup> M. Foucault, *Le sujet et le pouvoir*, in M. Foucault (ed.), *Dits et écrits*, IV, Paris 1994, p. 222-243.

<sup>25</sup> En particulier à cette époque des seigneuries, des diocèses et des communes.

<sup>26</sup> S. Dubois, *Naissance et permanence du découpage territorial français de la Belgique (1792-1815)*, in *Frontières*, Actes du Congrès national des sociétés historique et scientifique, Lille 2002, p. 49.

ce qui a longuement été développé par l'historiographie, cela ne signifie aucunement qu'il n'existe pas de frontières reconnues sous l'Ancien régime ; coexistent des frontières linéaires ou zonales, rationalisées ou imbriquées.

La frontière confuse est un espace sur lequel se rassemblent plusieurs limites différentes. En 1680, le *Dictionnaire françois* de Pierre Richelet définit la frontière comme « ce qui est sur les limites d'un pays »<sup>27</sup>. Elle est une zone dans laquelle se concentrent aussi bien les limites douanières, que militaires et juridictionnelles. De plus, ces limites ne coïncident pas forcément les unes avec les autres. La frontière résulte « de la convergence d'ensembles de nature et de taille très diverses »<sup>28</sup>, concentrés sur une même zone territoriale qui est aussi appelée « confins »<sup>29</sup>. Elle contient non pas une mais des limites juridictionnelles ; elle rassemble notamment un enchevêtrement de juridictions royales, ecclésiastiques, seigneuriales et urbaines, spécifique à l'Ancien régime<sup>30</sup>. Certains territoires et même villages sont alors à cheval entre deux souverainetés<sup>31</sup>. Devant les difficultés entraînées par cet état de fait, le pouvoir royal entreprend une politique de délimitation des frontières qui se traduit dans les traités de paix par la nomination de commissaires aux limites<sup>32</sup> et par la multiplication des traités de limites au XVIII<sup>e</sup> siècle.

La frontière complexe est le fruit de la politique des portes ouvertes qui guide les négociations territoriales jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, en particulier dans le nord de la France. La frontière est la zone dans laquelle se localisent les limites militaires. Son rôle défensif est l'une de ses principales caractéristiques ; sa fonction première est de défendre le royaume contre les intrusions, mais également de permettre aux troupes françaises de sortir. La frontière en tant qu'objet n'est alors absolument pas prise en compte dans les négociations des plénipotentiaires. Seules les considérations militaires de défense (éloigner la frontière de Paris) et d'attaque (obtenir des passages dans les territoires voisins) sont envisagées. Cette politique laisse place à celle de la ceinture de fer, développée par les stratèges militaires à partir de la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle. Vauban déclare dans une célèbre lettre que « le roi devrait un peu plus songer à faire son pré-carré. Cette confusion de places amies et ennemies pèle-

---

<sup>27</sup> P. Richelet, *Frontière*, in *Dictionnaire françois : contenant les mots et les choses, plusieurs nouvelles remarques sur la langue françoise, ses expressions propres, figurées et burlesques, la prononciation des mots les plus difficiles, le genre des noms, le régime des verbes*, Genève 1680, p. 356.

<sup>28</sup> F. Raphaël, *La frontière – Die Grenze. Prolégomènes à une recherche*, in «Revue des Sciences sociales de la France de l'Est», XVII (1990), p. 184.

<sup>29</sup> « Confins : les limites, les extrémités d'un pays (sur les confins du royaume, de la province, borner, régler les confins) » (*Confins*, in *Le dictionnaire de l'Académie françoise, dédié au Roy*, I, Paris 1694, 1694, p. 458).

<sup>30</sup> A. Hugon, *Au service du Roi catholique. « Honorables ambassadeurs » et « divins espions ». Représentation diplomatique et service secret dans les relations hispano-françaises de 1598 à 1635*, Madrid 2004.

<sup>31</sup> A. Brette, *Atlas des bailliages ou juridictions assimilées ayant formé unité électorale en 1789*, Paris 1904, p. 4.

<sup>32</sup> Traité des Pyrénées du 7 novembre 1659, article 42 ; Traité de Nimègue du 5 février 1679, article 14 ; Traité d'Utrecht du 11 avril 1713, article 10.

mêlées ne me plaît point. Vous êtes obligés d'en entretenir trois pour une... »<sup>33</sup>. Cette nouvelle politique défensive se retrouve dans les traités de paix du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle et du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le traité des Pyrénées, par exemple, ne se contente pas d'instituer les Pyrénées comme frontière entre la France et l'Espagne, mais il met en avant une politique franco-espagnole de précision. En réalité, les commissaires français nommés pour régler les limites se trouveront confrontés à la mauvaise volonté de leurs homologues espagnols. Cette résistance peut s'expliquer par des politiques frontalières divergentes entre la France et l'Espagne mais également par une acception différente de la frontière<sup>34</sup>.

À partir du XVII<sup>e</sup> siècle, le pouvoir royal initie donc le passage des frontières zonales et floues à des frontières linéaires et précises. Deux termes différents sont nécessaires pour évoquer ces deux évolutions. Le verbe « linéariser » est utilisé par les auteurs actuels pour décrire les deux processus<sup>35</sup>. On évoque le « passage de la zone à la ligne », ce qui revient à prendre le sens de « rendre linéaire »<sup>36</sup>. Pour décrire la remise en cause des terres entremêlées et des enclaves, le terme de « rationalisation » est ici préféré<sup>37</sup>.

Ces nouvelles préoccupations royales sont illustrées par le traité entre les couronnes de France et d'Espagne de 1646, qui nomme des commissaires chargés de régler les limites, mais ce traité n'est pas ratifié suite à des désaccords<sup>38</sup>. Le traité de Münster du 24 octobre 1648 ne fait aucune référence aux limites et à leur délimitation. Il faut attendre la suite des négociations entre les couronnes de France et d'Espagne lors du traité des Pyrénées, en 1659, pour qu'une véritable place soit accordée à ces questions.

---

<sup>33</sup> Lettre que Vauban adresse au secrétaire d'État de la guerre Louvois le 20 janvier 1673.

<sup>34</sup> Nelly Girard d'Albissin, dans sa thèse sur la frontière franco-belge propose plusieurs hypothèses : « Le comportement de l'Espagne peut s'expliquer par une volonté de conserver une politique de portes ouvertes, et notamment la possibilité d'une entrée dans l'Artois reconquis et pouvoir envoyer des partis dans toutes la province pour y lever des contributions. Le but de garder les villes qui n'étaient pas du baillage d'Artois était peut-être d'obtenir de meilleurs échanges de la France. En gardant le "comté d'Artois", le roi d'Espagne conservait le nom de comte d'Artois ainsi qu'un conseil provincial. Cette position rendait le règlement des limites beaucoup plus laborieux » (N. Girard d'Albissin, *Genèse de la frontière franco-belge, les variations des limites septentrionales de la France de 1659 à 1789*, Paris 1970, p. 45).

<sup>35</sup> Par exemple, M. Bottin l'utilise dans les deux sens : linéariser la frontière revient à la préciser mais également à mettre fin à la politique de la terre-mêlée (M. Bottin, *Pression douanière et affermissement frontalier : les limites de la Provence et du Comté de Nice du XVI<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*, in *Hommage à Gérard Boulvert*, Nice 1987, p. 85). M. Belissa l'utilise dans le sens du passage de la zone à la ligne (M. Belissa, *Fraternité universelle et Intérêt national, Les cosmopolitiques du droit des gens*, Paris 1998, p. 99). A. Hugon l'utilise pour évoquer la fin de « l'interpénétration de territoires assujettis à différents souverains » (A. Hugon, *Au service du Roi catholique*, cit., p. 28).

<sup>36</sup> Linéaire signifie ce « qui peut être représentée par une ligne droite » (*Linéaire*, in *Dictionnaire de l'Académie française*, IX ed., version informatisée).

<sup>37</sup> Ce terme, contrairement à l'autre, fait consensus auprès des auteurs.

<sup>38</sup> N. Girard d'Albissin, *Genèse de la frontière...*, cit., p. 45.

## 2. Le concept de frontière, un concept national ou européen ?

Le contexte, aussi bien français qu'europpéen, qui précède les traités de Westphalie, n'était pas favorable à l'émergence de la frontière « moderne » dans le sens où celle-ci nécessite « des collectivités publiques juxtaposées sur le plan géographique et égales sur le plan juridique »<sup>39</sup>. Pour que la frontière soit reconnue par l'État et tende à se linéariser, il faut attendre la naissance des grands États modernes. Un État moderne est envisagé comme un état souverain sur l'ensemble de son territoire, reconnu par les autres États et ayant réussi un début d'unification à l'intérieur de ses frontières. Il se distingue alors des autres formes d'organisations par le passage de la suzeraineté à la souveraineté. Or, ce prérequis au développement de la « frontière moderne »<sup>40</sup> pose une première question. Il nécessiterait que les États européens, ou en tout cas les États voisins de la France, aient connu le même développement à peu près simultanément. L'évolution de l'État a de nombreuses conséquences sur la frontière, notamment sur sa détermination et sur son utilisation. Progressivement, la frontière n'est plus seulement le fruit d'un rapport de forces militaire mais devient un objet juridique consenti, découlant d'un consensus. L'acceptation que les États frontaliers donnent au terme de « frontière » est primordial car il ne peut y avoir d'accord sur les frontières si le sens qui lui est donné diffère d'un État à l'autre. Les procédures de délimitation qui se multiplient aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles offrent de nombreuses occasions de confronter les approches.

En ce qui concerne la langue française, le terme utilisé dans les traités pour faire référence aux frontières est celui de « limite »<sup>41</sup>. L'étude sémantique de « frontière » et de « limite » apporte de précieuses informations sur l'évolution de la frontière et en particulier sur le passage d'une frontière zonale à une frontière linéaire. Le terme de « délimitation » n'est pas utilisé à cette époque pour décrire cette nouvelle procédure. Les traités de paix font davantage référence au « règlement des limites »<sup>42</sup>. De la même façon, le terme de « frontières » n'est pas celui privilégié pour évoquer les limites des États dans les traités ; il lui est préféré celui de « limite ». Plusieurs théories pourraient expliquer l'utilisation de ce mot plutôt que de « frontière ». La première serait

---

<sup>39</sup> C. Blumann, *Frontières et limites*, in *La Frontière*, Société française pour le droit international, Colloque de Poitiers, Paris 1980, p. 4.

<sup>40</sup> La « frontière moderne » est entendue comme une frontière reconnue juridiquement par les deux États frontaliers et dont la forme est linéaire.

<sup>41</sup> Comme nous l'avons vu précédemment, ce terme est essentiellement utilisé dans les articles nommant les commissaires chargés de délimiter les frontières.

<sup>42</sup> Cette expression se retrouve dans le Traité entre Louis XIV, roi de France, et Léopold duc de Lorraine et de Bar du 25 août 1704, où il est fait référence au « règlement des difficultés et prétention qui était entre sa majesté Très-chrétienne et son altesse royale, sur plusieurs villages mi-partis et autres situés sur les frontières desdits duchés et comtés ». Il se retrouve également dans la Convention générale et définitive d'échanges entre le roi très chrétien et le prince de Nassau-Saarbruck, signée le 15 février 1766.

l'existence à cette époque d'une distinction de fonction entre « frontière » et « limite » : la frontière est une séparation étatique à connotation militaire alors que la limite est utilisée dans le monde de la diplomatie<sup>43</sup>. Les définitions de « frontière » et « limite » dans les dictionnaires du XVIII<sup>e</sup> siècle appuient cette théorie. Dans un premier temps, la frontière est une séparation principalement militaire ; Vossius situe son origine dans « *frontaria* », car elle est « comme un front opposé aux ennemis lorsqu'ils tentent de pénétrer dans le territoire »<sup>44</sup>. « Limite » est alors utilisé pour distinguer cette frontière militaire de la frontière des diplomates. La seconde hypothèse est une distinction par la forme : la frontière est zonale tandis que la limite est linéaire. Ces deux théories, qui ne sont pas incompatibles, peuvent toutes deux expliquer l'utilisation du terme de « limite » pour parler de la procédure de délimitation de la frontière. Le mot « frontière » n'est pas totalement exclu des traités de paix et autres conventions qui en découlent mais ces deux mots ne sont pas interchangeables. L'utilisation de l'un plutôt que l'autre offre de nombreuses informations sur les intentions des négociateurs. Ils renvoient donc à la même réalité spatiale, qui est celle des confins de l'État, mais pas systématiquement à la même réalité juridique. L'utilisation progressive du terme « frontière » au détriment de celui de « marche », « confins » ou même « limite » révèle une autre évolution du concept au cours de la période qui pourrait être celle de la spécialisation de l'État.

Dans le cas français, les principaux objectifs des échanges territoriaux sont de faciliter le règlement des limites et de permettre une meilleure défense des frontières<sup>45</sup>. Or, pour exister et être dotée d'une force juridique, elle doit être négociée, acceptée et reconnue par les deux États qui la partagent. Un État ne peut décider unilatéralement sa frontière. La question qui se pose alors est celle de la confrontation des concepts. Les autres États, et en particulier les États frontaliers, partagent-ils la conception française de la frontière ?

### 3. L'identification et la comparaison des termes de « limite » et de « frontière »

L'étude du concept de « frontière » passe, dans un premier temps, par

---

<sup>43</sup> L. Febvre, *Pour une histoire à part entière*, Paris 1962, p. 13.

<sup>44</sup> « *Unde Gallis Frontiere, quod et Belgis in usu. Funt limites regionem, ex eo, quod, frontis instar, primo in conspectum veniant* » (J. I. Vossius, *De vitiiis sennonis et glossematis latino-barbaris*, Amsterdam 1645, p. 435).

<sup>45</sup> Cette motivation se retrouve à plusieurs reprises dans la correspondance entre les plénipotentiaires et Brienne lors de la négociation du traité de Münster en 1646-1647. Dans un mémoire de messieurs les plénipotentiaires du 28 octobre 1647, ils résument le double enjeu des échanges territoriaux : « Nous sommes obligés de représenter, qu'il serait d'une très grande utilité si l'on pouvait avoir la comté d'Artois toute entière, sans cela, il y aura bien de la peine à régler et à établir les limites et les juridictions [...] l'on assure quantité de places dans la Picardie et l'on met à couvert une bonne partie de la frontière, ce qui dégagerait le roi de la nécessité d'y entretenir de grosses garnisons » (*Négociation secrètes touchant la paix de Münster et d'Osnabrug, ou recueil général des préliminaires, instructions, lettres, mémoires etc. concernant ces négociations depuis leur commencement en 1642 jusqu'à leurs conclusions en 1648*, La Haye 1726, IV, p. 177).

l'identification des étapes de la délimitation. Pour cela, seule la procédure découlant des traités de paix sera envisagée<sup>46</sup>. Cette étude permet d'identifier les documents dans lesquels les termes de « frontière » et « limite » apparaissent mais également d'étudier leurs équivalents dans d'autres langues.

La délimitation des frontières débute par la répartition des territoires dans les traités de paix. Dans la quasi-totalité des traités de la période moderne, plusieurs articles sont consacrés à l'énumération des différents territoires qui passeront d'une souveraineté à une autre à l'issue de la signature<sup>47</sup>. Les territoires échangés sont généralement des entités territoriales diverses, comme des villes, des évêchés, des préfetures, des *Landgraviats*, mais aucune mention n'est faite de leurs limites.

Les seuls articles dans lesquels il est directement fait référence aux limites sont ceux consacrés à la nomination de commissaires chargés de déterminer les limites. Malgré des tentatives antérieures, il faut attendre le traité des Pyrénées pour que soit réellement nommés des commissaires. L'article 42 du traité stipule que : « pour convenir de ladite division, seront présentement députés des Commissaires de part et d'autre, lesquels ensemble de bonne foi déclareront quels sont les monts Pyrénées, qui suivant le contenu en cet article, doivent diviser à l'advenir les deux Royaumes, et signaleront les limites qu'ils doivent avoir » et l'article 110 : « Lesdits Commissaires travailleront aussi, en vertu de leursdits pouvoirs, à régler les limites, tant entre les états et pays qui ont appartenu d'ancienneté auxdits Seigneurs Rois, pour raison desquels il y a eu quelque contestation, qu'entre les états et seigneuries qui doivent demeurer à chacun d'eux, par le présent traité, dans les Pays-Bas »<sup>48</sup>. Les traités postérieurs reprendront presque mot pour mot l'article nommant les commissaires.

Le procès-verbal de règlement des frontières d'Artois et de Flandres, qui fait suite au traité du 7 novembre 1659, offre des renseignements sur la fonction et les compétences de ces commissaires. Le but de la commission est de « régler les limites des deux royaumes ». Ils doivent alors « signaler les confins et limiter, en dresser des procès verbaux [...] les arrêter et signer en sorte qu'ils ne puissent arriver à l'avenir [aux] sujets de contraventions »<sup>49</sup>. Ils sont, à cette fin, mandatés par les souverains et obtiennent de leur part des pouvoirs leur permettant de « limiter les frontières », acte normalement lié à la souveraineté.

La première séance de cette conférence, qui se tient du 2 novembre 1660 au 12 août 1661, inaugure une procédure qui demeure constante pendant toute la

---

<sup>46</sup> Il existe d'autres méthodes de délimitation à cette époque, l'arbitrage, la mise en place d'une commission spécifique, le traité de limite, mais qui ne seront pas envisagés dans cet article.

<sup>47</sup> Par exemple aux articles 35 à 49 du traité des Pyrénées et aux articles 5 à 15 du traité de Nimègue.

<sup>48</sup> Traité de Paix des Pyrénées entre les couronnes de France et d'Espagne fait dans l'île des Faisans, le 7 novembre 1659.

<sup>49</sup> *Procès-verbal de règlement des frontières d'Artois et de Flandres, à la suite du traité du 7 novembre 1659*, par Honoré Courtin et Claude Talon, commissaires du roi de France, Eustache Wiltheim et Anthoine Colins, commissaires du roi d'Espagne (Saint-Omer, 1660-1661), BNF, Cinq cents de Colbert 71.

période. Les commissaires commencent, avant l'ouverture de la conférence, par dresser les listes des entités territoriales demandées. Ils y ajoutent ce que comprennent ces entités en termes de territoires. Cette liste est complétée par l'examen des titres de la province et quelques fois par des enquêtes. Si les commissaires s'accordent sur les territoires cédés, le règlement des limites est exécuté. Ils établissent alors la souveraineté royale sur l'entité en question. En cas de contestation, ils doivent s'accorder sur les critères retenus pour fixer une ligne séparatrice<sup>50</sup> et déterminer « l'étendue du ressort des attributs de la puissance publique »<sup>51</sup>. Ils s'appuient alors sur les juridictions et dépendances pour tracer les limites de chaque territoire échangé ou conservé, selon des critères choisis et hiérarchisés. Ils utilisent le ressort de la juridiction comme premier critère pour rattacher une terre à une ville ou à un village. Lorsque les juridictions sont excessivement mêlées, un second critère est utilisé : celui de la connaissance et de la pratique des habitants. Ils se basent en particulier sur les pratiques fiscales. Les commissaires interrogent directement les propriétaires des terres pour savoir à quel souverain ils payent leurs tailles<sup>52</sup>.

La troisième étape de la délimitation des frontières est le bornage. Après s'être accordé sur les terres à échanger puis sur les limites exactes de ces terres, les commissaires se rendent directement sur place pour marquer matériellement la ligne frontière en y plaçant des bornes et en réalisant des cartes.

La délimitation des frontières nécessite donc de nombreux documents juridiques : les traités de paix, les traités de limites, les procès-verbaux de règlement des limites, les règlements des limites aboutissant à l'installation de bornes. La grande spécificité de cette procédure est qu'elle se fait en permanente négociation entre les pays frontaliers.

Si un consensus est indispensable pour la procédure de délimitation, la question de l'existence d'un concept unique de frontière se pose. Il est alors nécessaire de comparer le sens de « frontière » et de « limite » avec leurs équivalents dans les autres versions des documents. En effet, l'étude des différents mots utilisés en français pour faire référence à la frontière offre de nombreuses informations sur la vision de la frontière des contemporains ainsi que sur son utilisation et son évolution. La grande difficulté est donc de savoir si cette vision et ces évolutions sont françaises ou sont partagées par les États frontaliers. Pour répondre à ces questions, la lecture des traités de paix dans la ou les autres langues dans lesquelles ils ont été rédigés est indispensable. Il s'agit alors de repérer les mots qui sont utilisés là où, en français, nous avons les termes de « frontière » et de « limite ».

Le traité des Pyrénées, en tant que pionnier de la procédure, semble tout indiqué pour illustrer la méthode suivie. Pour ce qui est de la limite, le terme est

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> N. Girard d'Albissin, *Genèse de la frontière franco-belge*, cit., p. 32.

<sup>52</sup> *Procès-verbal de règlement des frontières d'Artois et de Flandres*, cit.

traduit par « *limites* » dans l'article 42 de la version espagnole du traité<sup>53</sup>. En ce qui concerne la frontière, il est traduit par « *Frontera* » à l'article 95<sup>54</sup>. Les Espagnols utilisent donc eux-aussi deux termes pour évoquer la frontière. Pour comparer l'approche française et l'approche espagnole, l'étude de ces termes est indispensable. La méthode est alors la même que celle utilisée pour comprendre le sens de « frontière » et de « limite » en français, à savoir la recherche des termes dans les dictionnaires contemporains du traité. Dans le *Tesoro de la lengua castellana o española*, de 1674, le terme « *frontera* » est défini comme une ligne qui sépare deux royaumes<sup>55</sup> tandis que « *limite* » n'est pas déterminé par sa forme mais par sa fonction : séparer deux possessions l'une de l'autre<sup>56</sup>. Ces définitions mettent en avant les points communs et divergences entre les termes français et espagnols. Si la frontière est, dans les deux langues, la séparation entre deux royaumes, la définition espagnole semble évoquer par le mot « *raya* » le caractère linéaire de la frontière. Le terme « *raya* » a plusieurs définitions : « ligne » ou « limite d'une province ou d'une région »<sup>57</sup>. Comme pour les définitions françaises, il est extrêmement compliqué d'affirmer un sens précis car les mots sont définis les uns par les autres. L'utilisation de « *frontera* » à l'article 95 du traité évoque plutôt la séparation entre les deux royaumes sans faire référence à un caractère linéaire. Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable que les instructions données par le pouvoir espagnol à ses commissaires étaient de ralentir autant que possible la délimitation de la frontière. La comparaison des termes utilisés dans les traités de paix pour faire référence aux frontières va au-delà curiosité sémantique. Le choix des mots peut révéler l'état d'esprit et la politique des États par l'intermédiaire de leurs commissaires.

---

<sup>53</sup> « *Dividir en los venidero los dos Regnos, y se señalarán los límites que deven rener* » (Article 42 du traité des Pyrénées).

<sup>54</sup> « *Los dos plenipotenciarios de ambos señores Reyes se mantendrán todavía juntos en esta misma Frontera de los dos reynos* » (Article 95 du traité des Pyrénées).

<sup>55</sup> « *Frontera puede ser par te opuella, como en la casa frontera. Frontera la raya, y termino que parte dos Reynos por estar el uno frontero del otro. Fronteros lo mismos que de enfrente* » (Frente in S. de Covarrubias Orozco, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, 1674, II, p. 17).

<sup>56</sup> « *Límite: del nombre latino "limes" comunmente por el termino entre un pago, y otro, por el qual va alguna senda qui divide las possessions* » (Ivi., p. 92).

<sup>57</sup> *Rayá*, in *Diccionario de la lengua castellana compuesto por la real Academia Espanola*, Madrid 1780, p. 778.

Romain Broussais

*Doctorant en histoire du droit, à l'Université Paris II – Panthéon-Assas*

## Comparer les statuts urbains médiévaux

SOMMAIRE : 1. Comment confronter les dispositions juridiques issues des statuts ? – 2. Une méthode circulaire de comparaison.

ABSTRACT : The study of the city in the Middle Ages requires to analyze the medieval urban statutes. Due to the diversity of medieval legal spaces, the comparative method is more likely to allow this study. So how can medieval urban statutes be compared ? One of the possible methods is to determine a scientific object resulting from an urban legal law. Then, the comparison of the legal laws of different cities makes it possible to build collections of statutes that can then be compared to each other. As a result of this method, a thesis regarding the origin, the circulation and the transformation of urban legal dispositions can be expressed.

KEYWORDS : Urban medieval law - French medieval cities - Comparative law.

Les recherches portant sur les notaires et écrivains publics dans la ville médiévale<sup>58</sup> nécessitent l'étude des statuts. En effet, dans ce cadre, les statuts urbains constituent, la matière première de toute étude comparative.

Selon Pirenne, la méthode comparative est la « seule capable de faire éviter à l'historien les pièges qui l'entourent, de lui permettre d'apprécier à leur juste valeur, à leur degré précis de vérité scientifique, les faits qu'il étudie... »<sup>59</sup>. Pour parvenir à dépasser ces préjugés, il faut, selon lui, et Bloch, sortir du cadre régional et national<sup>60</sup> de ses recherches afin de déterminer si les dispositions étudiées sont originales ou communes. Ainsi, il n'est pas possible d'étudier le podestat provençal<sup>61</sup> sans se pencher sur le podestat italo-septentrional<sup>62</sup>.

De plus, il ne faut pas se cantonner à l'historiographie nationale<sup>63</sup> et étudier des points de vue étrangers afin, là aussi en sortant du cadre, d'enrichir sa propre analyse et d'éviter la reproduction d'un discours historique déjà connu et cela tant sur des points précis, avec par exemple le travail de D. L. Smail sur la

---

<sup>58</sup> Mon travail en cours : R. Broussais, *Notaires et écrivains publics dans la ville médiévale*, dir. B. d'Alteroche, Th. Droit, Univ. Paris II Panthéon-Assas, Paris, depuis 2015: <http://www.theses.fr/s143240>

<sup>59</sup> H. Pirenne, *De la méthode comparative* in G. Des Marez et L. Ganshof, (ed.), *Compte rendu du V<sup>e</sup> Congrès international des Sciences historiques, Bruxelles, 1923*, Bruxelles 1923, p. 23.

<sup>60</sup> Comparaison entre sociétés, cultures ou nations qui se retrouve chez M. Bloch, *Pour une histoire comparée des sociétés européennes*, in "Revue de synthèse historique", (décembre 1928), p. 16-40.

<sup>61</sup> Marseille dès 1224, v. E. Isnard et H. de Gérin-Ricard, *Actes concernant les vicomtes de Marseille et leurs descendants*, Monaco 1926, (*Collection de textes pour servir à l'histoire de la Provence*, 4), p. 133, col. 433.

<sup>62</sup> La podestatie à Arles, Avignon et Marseille au XIII<sup>e</sup> siècle suit un modèle italien antérieur développé à Pise, Gênes et Milan dès le XII<sup>e</sup> siècle v. V. Franchini, *Saggio di ricerche su l'istituto del podesta nei comuni medievali*, Bologna 1912 et le recueil de J.-M. Vigueur (ed.), *I podestà dell'Italia comunale*, Rome 2000, 2 vol.

<sup>63</sup> Rappelé par E. Julien qui expose les difficultés (langue, culture) que cela soulève, v. *Le comparatisme en histoire. Rappels historiographiques et approches méthodologiques*, in "Hypothèses", I/8 (2005), p. 195 sq.

justice marseillaise<sup>64</sup> que sur des points plus généraux comme par exemple, W. C. Jordan sur l'administration des communes françaises<sup>65</sup> qui appartiennent à l'historiographie anglo-saxonne.

À l'époque médiévale, les ordonnancements juridiques<sup>66</sup> sont pluriels et coexistent au sein d'espaces juridiques multiples<sup>67</sup>. La France urbaine du Moyen Âge est composée à l'Ouest par les villes des Établissements de Rouen, au Nord par le mouvement communal picard et le mouvement échevinal flamand, à l'Est par l'échevinat également mais aussi par le statut impérial de certaines cités, au Sud par les villes de consulats ; sans évoquer, les villes aux statuts hybrides ou *sui generis* soumises à l'autorité féodale : seigneurs, évêques, rois, Empereur ou Pape.

L'identification de la nature juridique de ce que la bibliographie nomme "statut urbain" constitue le préalable nécessaire à leur comparaison. Le statut connaît sa consécration par la Paix de Constance de 1183 qui concède un pouvoir normatif aux communes et le statut d'autorité publique<sup>68</sup>. M. Ascheri rappelle que cette reconnaissance impériale des communes donne une définition juridique du statut urbain. Il est le produit normatif final de l'exercice par les communes de leur pouvoir édictal<sup>69</sup>.

Sous ce terme se trouvent pourtant rangés tant des règlements urbains que

<sup>64</sup> D. L. Smail, *The consumption of justice : emotions, publicity, and legal culture in Marseille : 1264-1423*, Ithaca 2003, (*Conjunctions of religion and power in medieval past*, 5).

<sup>65</sup> W. C. Jordan, *Communal administration in France, 1257-1279 : problems discovered and solutions imposed*, in "Revue belge de philologie et d'histoire", 59/2 (1981), p. 292-313.

<sup>66</sup> Dont les communes médiévales font partie, v. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris 2017, p. 12 ; pour la notion d'*ordo*, v. N. Warembourg, *Peut-on parler d'ordre juridique médiéval ?* in N. Laurent-Bonne (ed.), *Penser l'ordre juridique médiéval*, Paris 2016, p. 25-42.

<sup>67</sup> Plusieurs antagonismes peuvent être utilisés pour définir l'espace juridique : macro ou micro, hiérarchique ou non, intégré ou non. S. Demare-Lafont parle de degrés et de cercles concentriques, J-M Carbasse pense à un principe de subsidiarité, l'école belge de droit public, dont François Ost fait partie, parle d'un droit en réseau préféré à la pyramide de H. Kelsen. K. Skrubej, de Slovénie, évoque le *forum-shopping*. On pourrait aussi concilier les diverses approches et imaginer que l'espace juridique puisse se définir comme un volume plutôt qu'une surface en évoquant à la fois le réseau des aires géographiques où le droit s'applique comme le propose K. Skrubej et F. Ost et la concentration sur une même aire de la production de ce droit : au niveau institutionnel, principe de subsidiarité de J.-M. Carbasse et au niveau matériel, les degrés de S. Demare-Lafont. Discussion à la suite de la conférence de K. Skrubej, *Espace(s) juridique(s). Essai de conceptualisation d'une notion-clé en histoire du droit*, in *Conférence Société d'Histoire du droit*, Paris 2017.

<sup>68</sup> « Nos Romanorum imperator Fredericus et filius noster Henricus Romanorum rex concedimus vobis civitatibus, locis et personis societatis regalia et consuetudines vestras tam in civitate quam extra civitatem [...] videlicet ut in ipsa civitate omnia habeatis, sicut hactenus habuistis vel habetis ; extra vero omnes consuetudines sine contradictione exerceatis, quas ab antiquo exercuistis vel exercetis : scilicet in fodro et nemoribus et pascuis et pontibus, aquis et molendinis, sicut ab antiquo civitatum, in iurisdictione, tam in criminalibus causis quam in pecuniariis, intus et extra, et in ceteris que ad commoditatem spectant civitatum [...] » (éd. L. Weiland, *Monumenta Germaniae Historica : Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, 1 : Friedrich, fasc. 4 : 1181-1190, col. 848 : « La paix de Constance de 1183 », Hannover-Leipzig 1893, p. 72).

<sup>69</sup> M. Ascheri et O Redon, *Formes du droit dans l'Italie communale : les statuts*, in "Médiévales", 39 (2000), p. 145.

des chartes concédées par les seigneurs. L'erreur serait de mettre sur le même plan une charte seigneuriale à laquelle la ville ne peut déroger à un règlement urbain dont les dispositions peuvent être modifiées par un règlement ultérieur. Ainsi, la ville d'Arles qui se voit concéder le consulat et un pouvoir édictal en 1150<sup>70</sup> possède des prérogatives limitées. Les statuts qui s'échelonnent de 1160 à 1245<sup>71</sup> ne s'inscrivent que dans le cadre fixé par le seigneur<sup>72</sup> et n'interviennent que dans des domaines limités : administration de la ville et des métiers, réglementation du crédit, de l'hygiène publique et une partie résiduelle de la justice, le reste étant conservé par le concédant de la charte qui est l'archevêque<sup>73</sup>. À l'inverse, les statuts peuvent être comparés à d'autres statuts identiquement pour les dispositions des chartes seigneuriales de concessions.

Le cadre institutionnel doit également être connu avant de rapprocher des normes identiques de deux cités différentes. Le personnel seigneurial au sein de la cité ne doit pas être confondu avec les agents propres à la ville. Ainsi à Bordeaux, au XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècle, il existe le prévôt de l'Ombrière, représentant civil de l'administration du roi-duc qui tranche les causes où sont partie des étrangers pour lesquels la juridiction de la commune n'a pas compétence<sup>74</sup>. Celle-ci, pour l'exercice de ces fonctions judiciaires, a son propre officier, le prévôt de Saint-Éloi<sup>75</sup>. Si l'on compare les statuts médiévaux, on exclut l'agent seigneurial.

Le droit urbain fait l'objet de la même précaution. Chaque catégorie d'agent a son propre régime juridique. Ainsi, les rémunérations diffèrent et ne relèvent pas de la même autorité. Toujours à Bordeaux, les clercs communaux, présents dès 1261<sup>76</sup>, sont baillés à ferme<sup>77</sup>, là où les clercs du prévôt royal touchent des émoluments<sup>78</sup>. Il faut donc, dans les sources, bien identifier le clerc et le relier à la bonne autorité pour appliquer le bon régime.

<sup>70</sup> J. M. Roquette (ed.), *Arles : histoire, territoires et cultures*, Paris 2008, p. 265.

<sup>71</sup> V. E. Engelmann, *Zur städtischen Volksbewegung un Südfrankreich. Kommunefreiheit und Gessellschaft : Arles (1200-1250)* ; Compte-rendu : L. Stouff, *La Commune d'Arles au XIII<sup>e</sup> siècle à propos d'un livre récent*, in "Provence historique", XI/46 (1961), p. 304, n. 17.

<sup>72</sup> J.-M. Roquette (ed.), *Arles*, cit., p. 297.

<sup>73</sup> L. Stouff, *Arles au Moyen Âge*, Marseille 2000, p. 76.

<sup>74</sup> Y. Renouard (ed.), *Bordeaux sous les rois d'Angleterre*, Bordeaux 1965, p. 445.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> « Item, lo Sanhor o sos senescauc pausen clerc et escrivan que, an lo major et los jurat, saup lo dreytz deu Senhor, en totas causas sian entendentz : luy medis, lo Senhor et lo senescauc poira estar, et autre establir per arbitres la sua voluntat ; e ly majer et ly juratz poyran 1 o plusors per edz pausar, per ayssi cum ad etz sera vist a delivrar » (Statut donné à la ville de Bordeaux par le Prince Édouard, 19 octobre 1261, éd. H. Barckhausen, *Livre des coutumes*, Bordeaux 1890, p. 499).

<sup>77</sup> J.-F. Rabanis, *Administration municipale et institution judiciaire de Bordeaux pendant le Moyen Âge*, in "Revue historique du droit français et étranger", 7 (1861), p. 518.

<sup>78</sup> *Ibid.*

## 1. Comment confronter les dispositions juridiques issues des statuts ?

Tout d'abord, peut-être, en faisant sien le proverbe « comparaison n'est pas raison » et en acceptant que la comparaison seule n'aboutisse pas à une conclusion certaine, mais que l'ensemble des comparaisons permet d'appuyer la validité d'une analyse. Ainsi l'étude des statuts urbains nécessite d'observer, au moins brièvement, ce qui se fait en Angleterre<sup>79</sup>, en Espagne<sup>80</sup> et en Allemagne<sup>81</sup> afin de replacer dans leur contexte juridique des villes actuellement sur le territoire français mais qui à l'époque médiévale relevaient de pays étrangers, comme par exemple Strasbourg, ville impériale<sup>82</sup>.

Outre l'étude spatiale, l'examen quantitatif permet de construire un objet scientifique. Par exemple, l'agent urbain chargé de l'organisation des élections consulaires à Avignon<sup>83</sup>. Nicolas Leroy, dans sa thèse *Une ville et son droit : Avignon du début du XII<sup>e</sup> siècle* posait l'hypothèse que cet agent n'était pas fonctionnaire de la cité et n'officialait qu'une fois par an<sup>84</sup>.

Au regard de l'étude d'Avignon, mais aussi de Montpellier, Arles et Marseille, on pourrait pencher plutôt pour un agent officier à plein temps de la ville<sup>85</sup>. Néanmoins l'étude d'un nombre plus important de villes consulaires et de cités non consulaires laisse à penser que l'hypothèse de Nicolas Leroy se confirme.

Ensuite, concernant la temporalité comparative, l'examen chronologique ne doit pas effacer celui du temps historique. Si pour l'étude d'une ville seule, il est nécessaire pour la bonne compréhension de son environnement normatif de procéder à une étude strictement chronologique<sup>86</sup>, il en va autrement pour

<sup>79</sup> B. R. Masters, *The Town Clerk*, in "Guidhall Miscellany", 3 (1969), p. 55-74.

<sup>80</sup> R. Pérez García, *El notariado en la historia de España (siglos XII-XXI)*, in M. Schmoeckel et W. Schubert (ed.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, Baden-Baden 2009, p. 169-202.

<sup>81</sup> W. Stein, *Deutsche Stadtschreiber im Mittelalter* in W. Stein (ed.), *Beiträge zur Geschichte vornehmlich von Köln und der Rheinlande. Zum 80. Geb. Gustav von Mevissens*, Köln 1895, p. 27-70.

<sup>82</sup> Pour exemple : Bordeaux sous souveraineté anglaise, Montpellier sous domination aragonaise et Besançon, ville impériale du modèle confédératif germanique.

<sup>83</sup> « ... quod si consilium conveniret in regimine consulum, quod electio electorum consulum et electio consulum fiat in hunc modum : singulis annis, in vigilia ramis palmarum, conveniat consilium generale ad pulsationem campane super ordinando regimine civitatis, et fiant per notarium publicum et juratum tot carte numero quot erunt consiliarii in consilio generali, inter quas sint octo carta scripte... » (Article 6 des statuts du consulat d'Avignon, 1243, éd. R. de Maulde, *Anciens textes de droit français inédits ou rarissimes. Coutumes et règlements de la République d'Avignon au treizième siècle*, Paris 1879, p. 120).

<sup>84</sup> N. Leroy, *Une ville et son droit. Avignon du début du XII<sup>e</sup> siècle à 1251*, Paris 2008, p. 316.

<sup>85</sup> R. Broussais, *Le notariat public et la tenue des chancelleries dans les villes de consulat au XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle : l'exemple d'Arles, Avignon, Marseille et Montpellier*, Mém. Droit, Université Paris II Panthéon Assas, Paris 2015, p. 30, n. 159 [Bibliothèque Cujas].

<sup>86</sup> Ainsi, il n'est pas possible d'examiner le statut de Montpellier du 1<sup>er</sup> août 1223 *De tabellionibus vel notariis*, éd. A. Teulet, *Layettes du Trésor des chartes*, 2, Paris 1909, p. 5-6, sans prendre en compte les premières dispositions sur les notaires, art. 11 des *Additamenta ad consuetudines Montispessuli*, 1205, *idem*, 1, p. 290.

l'étude de plusieurs cités. En effet, il est possible de comparer des dispositions analogues de dates différentes.

Ainsi en va-t-il de l'exclusion des professions libérales pour l'exercice du pouvoir exécutif communal. Un statut consulaire de Montpellier le prévoit dès 1252<sup>87</sup>, identiquement à Florence dans les années 1250-1260, mais plus tardivement à Prato (1295) et Sienne (1313)<sup>88</sup> en Toscane. Mais, il faut tout de même garder à l'esprit que cela n'implique pas que les raisons de la prise de cette décision soient les mêmes pour toutes les villes<sup>89</sup>.

À Montpellier, le pouvoir urbain a très tôt été accaparé une bourgeoisie marchande et cette exclusion n'est que l'achèvement d'une mise à l'écart progressive de ces professions. Dans les villes italiennes, l'exclusion des professions libérales réputées plus favorables aux magnats, aux riches est le fait du *populo* et de ses représentants. Mais, la comparaison des régimes d'exclusion reste possible puisque ces événements historiques distincts mènent à des dispositions normatives identiques<sup>90</sup>.

Enfin, dernièrement, il peut être intéressant d'identifier et de réunir les statuts urbains en un ensemble cohérent. Ainsi, les villes de l'Ouest issues des Établissements de Rouen doivent être étudiées ensemble<sup>91</sup>, pareillement pour les bastides soumises à la charte-type d'Alphonse de Poitiers<sup>92</sup> ou encore les concessions communales de Philippe-Auguste<sup>93</sup> car elles ont beaucoup de dispositions communes. Cela permet de comparer non plus seulement des dispositions normatives une à une mais des ensembles juridiques entre eux. Cette comparaison permet de construire un objet scientifique sur laquelle repose une idée, une opinion, une thèse, voire une « loi générale » au sens scientifique du terme.

<sup>87</sup> G. Cholvy (ed.), *Histoire de Montpellier*, Toulouse 1984, p. 62.

<sup>88</sup> P. Jones, *The Italian City-State. From Commune to Signoria*, Oxford 1997, p. 587-588.

<sup>89</sup> *Idem.* Ainsi à Montpellier dès l'origine, le pouvoir est accaparé par les marchands et les professions libérales n'ont qu'une position sujette par rapport au pouvoir exécutif des bourgeois commerçants. Différemment, l'exclusion de ces mêmes professions dans les cités italiennes est plus récente. Elles ont joué un rôle très fort dans la constitution autonome des cités, c'est leur positionnement globalement *contra populo* qui a amené ces derniers de les exclure du pouvoir. À cette dialectique magnats/*populo* s'ajoute celle des Guelfes/Gibelins sans parler des *vendetta* entre les *familia* et leurs clientèles pour le contrôle des institutions politiques. Une triple grille de lecture qui ne s'applique pas à Montpellier.

<sup>90</sup> *Idem.*

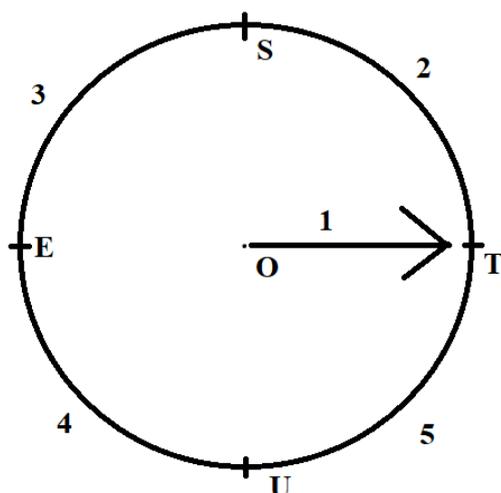
<sup>91</sup> S. Segala, *Le régime juridique des Établissements de Rouen* in R. Favreau, R. Rech, Y.-J. Riou, (ed.), *Bonnes villes du Poitou et des pays charentais, Actes du colloque tenu à Saint-Jean-d'Angély, les 24-25 septembre 1999 à l'occasion du 8<sup>e</sup> centenaire des chartes de commune*, Poitiers 2002, in "Mémoires de la Société des antiquaires de l'Ouest et des musées de Poitiers", 5<sup>e</sup> ser., 8, p. 167-208.

<sup>92</sup> Y. Dossat, *Les chartes de coutumes d'Alfonse de Poitiers du type de Castelsagrat et la charte de Novilla (janvier 1270)*, in "Annales du Midi, 77/1 (1965), p. 21-30.

<sup>93</sup> L. Carolus-Barré, *Philippe Auguste et les villes de commune* in R. Bautier (ed.), *La France de Philippe Auguste, le temps des mutations ? Actes du Colloque internationale organisé par le CNRS*, Paris 1982, p. 677-688.

## 2. Une méthode circulaire de comparaison

Finalement, la méthode que l'on pourrait envisager est de définir l'objet de la recherche, d'identifier quelles sont ses sources statutaires puis de comparer en partant du plus précis – les dispositions normatives – pour aller au plus général – les ensembles juridiques. Pour s'aider, on pourrait imaginer un « Cercle de comparaison ».



On commence par choisir une disposition statutaire urbaine que l'on veut étudier, notre objet scientifique O.

Exemple : le nombre d'agents de l'écrit au service d'une commune.

1. On choisit une première disposition d'une ville d'une date précise. C'est la disposition à un instant T.
2. On réunit plusieurs dispositions de plusieurs villes qui concernent cet objet qui forme une somme S.
3. On recommence l'opération sur le même objet mais avec d'autres villes dont le contenu de la disposition peut différer mais relève du même espace juridique E. Exemple : dans les Établissements de Rouen, où il y a parfois il y en a un seul agent et parfois deux.
4. Ensuite on répète la même opération pour d'autres espaces juridiques qui peuvent s'inscrire dans un ensemble juridique commune U. Par exemple, les communes de Philippe-Auguste appartiennent à l'ensemble communal situé au sein de la moitié Nord de la France par opposition à l'ensemble consulaire de la moitié Sud de la France. On ajoute les communes de Philippe-Auguste et les villes des Établissements de Rouen mais aussi les villes picardes plus anciennes et on obtient un ensemble juridique qui rassemble toutes les villes de communes en France.

5. Cet ensemble va devenir lui-même un nouvel objet de comparaison et être comparé à un autre ensemble.

En effet, si on répète toute l'opération au sein des villes de consulat, on peut comparer nos conclusions sur le nombre d'agent de l'écrit au sein des villes de commune avec le nombre d'agent au sein des villes de consulat. L'opération peut se répéter ensuite avec les villes échevinales flamandes, les villes impériales du Saint Empire, les consulats italo-septentrionaux, les communes anglaises, les cités italiennes du *Mezzogiorno*. L'on s'arrête lorsque l'on a épuisé totalement le cadre géographique prédéterminé pour son étude.

Cette méthode permet alors de déterminer pour chaque disposition juridique que l'on souhaite étudier un corpus à partir duquel une thèse peut être construite quant à l'origine de la disposition juridique urbaine mais également son éventuelle circulation entre les villes et enfin sa transformation, sa pérennisation ou sa disparition.

Pour conclure, et ce n'est peut-être pas propre aux statuts médiévaux, il faut, peut-être, rester humble face aux conclusions issues de ses comparaisons. Elles restent le fruit de la vision personnelle du chercheur qui s'inscrit dans une pensée juridique qui le dépasse et d'un temps présent qui l'entoure. Comme le dit Alain Wijffels « toute historiographie finit par aboutir à des images d'Épinal »<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> A. Wijffels, *Le droit européen-a-t-il une histoire ? En-a-t-il besoin ? : Leçon inaugurale*, in *Chaire Européenne du Collège de France*, Paris, 20 avril 2017, 27'30"-27'33". <http://www.college-de-france.fr/site/alain-wijffels/inaugural-lecture-2017-04-20-18h00.htm> [Consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2017].

Elodie Coutant

*Doctorante en histoire du droit, à l'Université de Bordeaux*

## **L'étude de la réforme du droit français à travers le prisme du droit local alsacien-mosellan : la nécessité d'une méthode sur-mesure**

SOMMAIRE : 1. Les obstacles résultant de l'effacement du modèle local – 2. La recherche de l'originalité du modèle local.

ABSTRACT : Studying the reception of the Alsace-Moselle local model in the French civil and commercial law reform, requires to compare French law and local law. This task is delicate because our two objects constitute national legislations which are destined to be applied to the same territory and the same population. Their confusion, the erasure of one object subjects for the benefits of the other, the deviation of one of them, lead to the removal of the specificities and the originality of each legislation. The comparison would then lose its interest. However, it matters to overcome these difficulties and analyse them.

KEYWORDS : French law - Acculturation - Oblivion

L'étude de l'histoire comparée des droits est complexe lorsqu'il s'agit d'examiner deux législations ayant vocation à s'appliquer sous une même souveraineté étatique. La difficulté s'accroît encore lorsque cette dernière est régie par des principes d'unité et d'indivisibilité. Les spécificités marquant les deux législations objets de la comparaison, risquent alors d'être noyées dans l'uniformité. Il importe alors de dégager une méthode adaptée à ces particularités afin d'avoir une vision réaliste de l'histoire de ces droits.

L'histoire de l'Alsace et de la Lorraine pourrait se résumer à un ballotement incessant entre la France et l'Allemagne. Rattachée à la France de Louis XIV par le Traité de Westphalie de 1648, la défaite de Napoléon III en 1870, signe le début de l'annexion à l'Empire allemand. Ces échanges ont permis à ces territoires de s'abreuver de chacune des deux traditions et de créer leur propre identité. Cette dernière s'exprime notamment à travers le droit applicable dans ces départements, désormais français. Ainsi, le droit local est une mosaïque de dispositions allemandes, de dispositions françaises antérieures à 1871 et maintenues par les autorités allemandes, de règles adoptées par les institutions alsaciennes et lorraines, et des dispositions françaises postérieures à 1918 et applicables dans ces territoires.

Annexées pendant près d'un demi-siècle à l'Allemagne, l'Alsace et la Lorraine ont été progressivement soumises au droit allemand. Elles réintègrent officiellement le giron français en 1919, grâce au Traité de Versailles. La France étant une République une et indivisible, les pouvoirs publics auraient alors pu décider, comme ils l'avaient fait en 1860 pour la réintégration des pays savoisiens, d'introduire en Alsace et en Lorraine la législation française, et procéder par voie de conséquence, à l'abrogation du droit allemand. Ainsi aurait

été restaurée l'uniformité législative exigée par l'unité française. Cependant, cette solution n'est pas officiellement retenue. Diverses considérations imposent le maintien du droit local. D'une part, le droit allemand est considéré par de nombreux juristes français comme un modèle en raison notamment de l'essor économique et social de cette nation. D'autre part, malgré les clauses du Traité de Versailles, le conflit entre la France et l'Allemagne persiste à propos de la possession de l'Alsace et de la Lorraine. Ce contexte délicat conduit les pouvoirs publics français à tenir compte des desideratas des populations locales et de leurs représentants. Des raisons pratiques commandent également de ne pas substituer d'un trait la législation française au droit alors applicable en Alsace et en Lorraine. Une période transitoire est indispensable aux justiciables et aux praticiens du droit pour s'y adapter.

S'inscrivant dans la tradition jacobine française, le législateur décide alors, par deux lois du 1<sup>er</sup> juin 1924, de maintenir certaines institutions du droit local civil et commercial, à titre exceptionnel et temporaire. Il s'agit avant tout de s'en inspirer afin de procéder aux réformes tant attendues du droit français correspondant. L'exposé des motifs du projet de loi civile rappelle à propos du caractère éphémère des dispositions locales : « Ce délai permettra au Gouvernement et au Parlement de les étudier, de les voir fonctionner, et de décider, le cas échéant, dans quelle mesure elles peuvent être étendues au reste du territoire »<sup>95</sup>. Le comparatisme est donc intrinsèque au maintien du droit local et à notre étude.

Cela conduit à s'interroger sur l'influence que le droit local a pu avoir sur la réforme du droit français général, sur les considérations qui ont présidé à cette assimilation, et sur les critères de choix des institutions locales à maintenir.

Initialement, le modèle local devait seulement être maintenu pendant une brève période afin de ne pas contrevenir au principe d'unité de la République française. Un délai de dix ans était prévu pour les institutions civiles locales, soit jusqu'au 31 décembre 1934. Cependant, le provisoire s'est maintenu au-delà de la Seconde Guerre mondiale. Si le contexte évolue pendant ces décennies, la dualité de législations et l'objectif de réforme du droit général sur le modèle local alsacien-mosellan, restent inchangés.

L'enjeu de notre étude est de démontrer que des éléments autres que juridiques ont contribué au maintien de certaines dispositions locales, et au résultat de l'unification projetée. Finalement, cette dernière ne s'est pas réalisée comme l'entendait le législateur de 1924. Lorsque le droit local constitue un modèle, les réformes sont peu nombreuses ; au contraire, lorsque les dispositions se rapprochent, on observe que le modèle local tend pourtant à s'essouffler. Une méthode sur-mesure permettra alors de comprendre ce paradoxe.

L'étude comparée du droit local et du droit général, toutes deux législations

---

<sup>95</sup> *Journal Officiel*, Documents parlementaires, Chambre, annexe n° 4038, séance du 9 mars 1922, p. 577.

nationales, est rendue difficile en raison de la frontière toujours plus floue qui les sépare. En effet, sous le poids de nombreux facteurs, le modèle local tend à être englouti par la législation française. La fusion qui était déjà à l'œuvre en défaveur du droit local pendant l'entre-deux-guerres, ne cesse de croître. Cette évolution tend alors à faire tomber le modèle local dans les limbes de l'oubli. À mesure que le temps s'écoule, il devient difficile de trouver des ressources distinguant clairement le droit général et le modèle local, mais également des études faisant directement référence à ce dernier. Il importe alors de dégager une méthode permettant de dépasser les affres d'une trop grande assimilation de nos deux législations, comme l'oubli progressif du modèle local. Elle doit également mettre en lumière l'enjeu véritable d'une telle comparaison, ses raisons, ses résultats, et les raisons de ces résultats.

### 1. Les obstacles résultant de l'effacement du modèle local

Les difficultés d'une approche comparative résultent essentiellement de la nature et des caractères du droit local. En effet, en maintenant certaines de ses dispositions le législateur de 1924 en a fait un droit général d'application géographique délimitée. Il s'agit ainsi de respecter les principes d'unité et d'indivisibilité de la République française. Deux législations sont donc à l'œuvre sur le territoire national : le droit français régit les relations juridiques en vieille France et en partie dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, lorsqu'il y a été introduit ; le droit local est applicable outre-Vosges<sup>96</sup>. La comparaison apparaît alors curieuse dans un État unitaire comme le nôtre. Notre tradition centralisatrice risque de faire oublier les particularités de chacune d'elles, et d'entraîner leur fusion, voire leur confusion. Or, pour comprendre les réussites et les échecs de l'unification, il importe de tenir compte des spécificités propres au modèle local comme au droit français général.

Les particularités locales tendent à s'effacer sous l'emprise du droit général. Comme le souligne Jean-Marie Woehrling, « Cette évolution a changé non seulement les relations entre le droit local et le droit général, elle a aussi transformé lentement plus ou moins secrètement le contenu même du droit local du fait de l'interprétation qui en a été donnée par la pratique et par la jurisprudence pour le rapprocher de plus en plus du droit général. De la sorte, ont été constituées les bases d'une application du droit local "en harmonie" avec le droit général, supprimant pour l'essentiel les antagonismes qui pouvaient exister avec ce dernier »<sup>97</sup>.

Cette évolution se justifie d'abord par des considérations pratiques et juridiques. Le droit local, succédané du droit allemand, et le droit français contiennent des principes et des institutions différentes parce qu'ils ont été

<sup>96</sup> Signalons que certaines dispositions locales ont une application *ratione personae*. Ainsi, les règles relatives aux incapables s'appliqueront aux mineurs même s'ils sont domiciliés en vieille France.

<sup>97</sup> *Perspective sur le droit local*, in "Juris-Classeur Alsace-Moselle", fascicule 30, n° 4.

inspiré par des traditions, des histoires qui leur sont propres. Chaque législation est empreinte de ces éléments. Le maintien du droit local sans adaptation s'annonce alors délicate. Comme le rappelle Frédéric Eccard « Cette transplantation d'institutions étrangères dans un milieu juridique différent ne peut pas réussir ; il est à craindre que ces institutions ne retrouvent pas dans leur nouveau milieu la sève qui les nourrissait et qu'elles ne se dessèchent comme des rameaux détachés d'un arbre. Même si elles peuvent vivre, a-t-on dit, elles resteront figées dans leur réglementation actuelle, alors que le droit qui les entoure continuera à évoluer »<sup>98</sup>. Il importe alors de l'adapter afin d'assurer sa vigueur sous l'empire du système juridique français. Cette adaptation se fera alors dans le sens du droit général. Ainsi, dès 1924, le modèle local subit des modifications afin de fonctionner sous la souveraineté française.

Progressivement, d'autres considérations entraînent la confusion du modèle local et du droit général. D'une part, en intégrant le système juridique français, et conformément à la tradition jacobine, le modèle local doit dorénavant être interprété à la lumière des principes généraux du droit français. D'autre part, le désintérêt qu'il suscite, son obsolescence eu égard aux évolutions de la société et du monde contemporain, la méconnaissance du droit local, conduisent progressivement à le confondre avec le droit général, ou à ne plus l'appliquer. À terme, l'acculturation du modèle local efface progressivement son originalité eu égard au droit général.

À ces difficultés s'ajoutent l'oubli progressif du modèle local. Pendant les Trente glorieuses, ce dernier reste officiellement un modèle pour la réforme du droit général correspondant. Toutefois, l'évolution du contexte tend à compliquer davantage la tâche. L'engouement en faveur du droit local au lendemain de la Première Guerre mondiale s'est rapidement essoufflé. À mesure que le temps s'écoule, l'intérêt pour ce dernier décline. Cet état des choses est plus marqué encore à la suite de la Seconde Guerre mondiale, puisque le particularisme alsacien n'est plus aussi affirmé. Progressivement cette identité s'est fondue dans la vieille France. La connaissance du droit local en est rendue d'autant plus difficile. Même s'il continue de régir les relations juridiques naissant dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin, et de la Moselle, il n'est que trop rarement étudié dans les universités. En outre, le modèle local constitue un imbroglio obscur. En effet, méconnu des pouvoirs publics, certaines de ses dispositions sont maintenues tandis qu'elles auraient dû être abrogées ; d'autres sont créés par inadvertance. Le droit local est alors difficile à connaître, à maîtriser, et peu propice à la sécurité juridique. De sorte que les praticiens le délaissent au profit du droit général. Les ressources qui le mentionnent ou qui font référence à ses relations avec le droit français se tarissent progressivement. Là où on assiste à des rapprochements comme l'avait

---

<sup>98</sup> *La place de la loi d'introduction dans le développement contemporain du droit civil français*, in *L'introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine (1<sup>er</sup> janvier 1925) : étude d'histoire et de droit par un groupe de magistrats, d'avocats et de professeurs*, Paris 1925, p. 150.

décidé le législateur de 1924, cela ne semble pas être le fait du modèle local.

Bientôt, les références à ce dernier ne sont l'affaire que d'un petit nombre d'initiés. Même le législateur, dans les grandes réformes adoptées pendant les Trente Glorieuses, délaisse le modèle local. Il n'y fait pratiquement plus référence. Ainsi, dans les années 1920, pour de nombreux juristes, et particulièrement ceux rompus aux affaires en Alsace et en Lorraine, les sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance devaient être maintenues afin de servir de base au renouvellement de la loi commerciale du 24 juillet 1867. En effet, cette forme sociale est en plein essor et constitue un instrument du capitalisme moderne. Elle doit alors enrayer les difficultés qui résultent de la société à conseil d'administration. Le législateur maintient alors ces dispositions. Toutefois, il faudra attendre 1966 pour que la réforme, espérée des décennies plus tôt, soit adoptée. En revanche, inutile de rechercher une quelconque référence au modèle local. Ce dernier semble complètement oublié par le législateur.

Outre la perte progressive de son originalité, le modèle local se trouve dévoyé, dans une certaine mesure, en raison de la barrière de la langue. Ses dispositions sont rédigées en allemand. Initialement, une traduction avait été prévue par le législateur de 1924. Mais elle n'est jamais intervenue. De nombreux auteurs, plus ou moins juristes, plus ou moins connaisseurs de l'allemand gothique, se sont alors chargés de traductions documentaires. Certaines de ces œuvres privées sont aléatoires, parfois éloignées du sens premier des institutions locales. Elles risquent alors de les déformer et d'altérer la comparaison. À moins de maîtriser parfaitement l'idiome germanique, il importe de rester très critique à l'égard des traductions utilisées.

La difficulté est d'autant plus importante que certains concepts allemands sont totalement inconnus du droit français. Ils ne trouvent aucune traduction, aucune institution similaire. Il a donc fallu composer avec cette lacune et rapprocher les dispositions allemandes de celles du droit français, au risque de dénaturer les premières. Il faut composer avec cet obstacle. Les travaux des juristes alsaciens et lorrains spécialistes semblent alors les plus adaptés.

Ainsi, la fusion progressive de nos deux objets de recherche conduit à l'acculturation du modèle local. En se mêlant à la législation française sous l'effet de la jurisprudence et des circonstances, son originalité est dévoyée et disparaît. Or, ce sont les spécificités techniques propres à chacune des deux législations qui nourrissent la comparaison et, suivant, notre objet d'étude. En effet, d'un point de vue juridique, une étude comparée de la technique d'une institution est nécessaire pour déterminer s'il convient de l'étendre à l'ensemble du territoire français.

Enfin, les considérations extra-juridiques qui ont façonné les institutions locales tendent également à s'effacer. Pourtant, si la technique juridique est fondamentale, d'autres facteurs doivent être pris en considération pour comprendre le choix de l'une ou l'autre législation. Il importe de tenir compte

du contexte dans lequel elles évoluent. Il faut nous intéresser aux événements qui l'ont façonné, afin de ne pas laisser certaines questions sans réponse. Or, l'effacement des particularités de chaque législation risque de fausser la comparaison.

À titre d'illustration, le législateur de 1924 a maintenu les règles locales relatives à la tutelle des mineurs dans le but d'inspirer la modernisation du droit général correspondant. Face à la tutelle familiale instituée par ce dernier, celui de la tutelle administrative peut sembler plus efficace pour protéger les mineurs. Toutefois, aucune réforme du droit général n'est intervenue en ce sens jusqu'à la loi du 14 décembre 1964<sup>99</sup>. Cette dernière consacre un régime mixte. Pour comprendre cet échec pendant l'entre-deux-guerres, et son succès en demi-teinte pendant les Trente Glorieuses, il importe de tenir compte de tous les éléments qui gravitent autour de cette question. Ce système est adapté et fonctionne en Alsace et en Lorraine parce qu'elles sont accoutumées à l'intervention de l'État. Rappelons que l'annexion de ces dernières est contemporaine de l'influence de Bismarck et de l'explosion de l'interventionnisme outre-Rhin. Au contraire, la famille reste le pilier de la société française. Selon le doyen Carbonnier, elle est « le lieu le plus usuel des sensations à prédominance agréable qui retiennent l'homme, à tort ou à raison, dans la persévérance de l'être »<sup>100</sup>. Conjugée à la protection des intérêts catégoriels de certaines professions juridiques, à la protection des traditions françaises et aux difficultés matérielles de la période, la tutelle administrative ne pouvait franchir les monts vosgiens sans une certaine adaptation. Ce fut l'objet de loi du 14 décembre 1964 maintenant la tutelle familiale tout en instillant certains éléments administratifs, à l'image de la création du juge des tutelles.

## 2. La recherche de l'originalité du modèle local

Il importe alors de ne pas composer avec ces difficultés, mais au contraire de les exploiter. Elles sont en effet significatives de la période et de la perception que l'on peut avoir du droit local, et de la réforme du droit français. Elles constituent dans une certaine mesure le cœur de notre analyse. Afin de dépasser l'acculturation du modèle local et la disparition de l'un de nos objets de comparaison, il importe de ne pas cantonner notre approche à une étude strictement juridique, mais de tenir compte de tous les éléments influençant cette question. Les approches historique et sociologique sont alors indispensables. Notre méthode permet alors d'expliquer cette perte d'intérêt pour le droit local, son exclusion des réformes, et de tenir compte des silences en se tournant vers d'autres ressources centrées exclusivement sur le droit

---

<sup>99</sup> Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, 15 décembre 1964, p. 11140 ss.

<sup>100</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris 2001, p. 155.

général.

Dans l'entre-deux-guerres, les juristes portent un grand intérêt à la coexistence du droit général et du droit local, à la mesure du maintien de celui-ci. Les ressources des comparatistes constituent une base d'étude solide, puisque la question de la réintégration de l'Alsace et de la Lorraine porte en elle le germe du but assigné au droit comparé au début du siècle dernier : l'unification des législations sur le plan international, dans un espoir de paix durable. La Société de législation comparée notamment publie de nombreux articles sur le sujet<sup>101</sup>. Les juristes alsaciens et lorrains se muent également en comparatistes<sup>102</sup>.

Ces ressources ne sont pas les seules à devoir être mobilisées. Est-ce parce qu'il s'agit d'étudier deux législations françaises applicables sur le territoire de la République ? Le rôle du modèle local y est sans doute pour quelque chose. En effet, le droit local étant devenu un droit général d'application géographique délimitée, la comparaison se dégage également des travaux se concentrant sur la réforme du droit général. Ainsi des études comparatives fleurissent en dehors du droit comparé, notamment dans les travaux de la Société d'études législatives. Des écrits privés ou encore des thèses y sont consacrés<sup>103</sup>. Ces derniers sont l'œuvre d'Alsaciens ou de Lorrains, et d'auteurs de vieille France. Il est indispensable d'étudier la façon dont ils envisagent la modernisation du droit français afin de comprendre leur réception du droit local. Il importe également d'étudier avec attention les travaux parlementaires relatifs aux lois nouvelles. Ces derniers expliquent les réformes, leurs modèles, et contiennent des comparaisons des législations.

Les ressources relatives au droit international privé recèlent également des éléments intéressants<sup>104</sup>. C'est que la réintégration des départements de l'Est pose également des difficultés de coordination des deux législations dont il importe de tenir compte pour comprendre les travaux du laboratoire local. Des plumes autorisées s'intéressent au sujet des conflits de loi interprovinciaux. Citons notamment Jean Paulin Niboyet<sup>105</sup>. La perspective comparatiste n'est pas étrangère à leurs travaux.

---

<sup>101</sup> *Avis d'un groupe de Professeurs de la Faculté de droit et des Sciences politiques de l'Université de Strasbourg sur l'introduction des lois françaises en Alsace et Lorraine*, in "Bulletin de la Société de législation comparée", 1921, p. 271 ; A. Schisselé, *Le livre foncier d'Alsace et Lorraine*, in "Bulletin de la Société de législation comparée", 1923, p. 295.

<sup>102</sup> V. F. Schnepf, *La protection des incapables après l'introduction des lois civiles françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*. Strasbourg 1926.

<sup>103</sup> Citons notamment A. Clausen, *Essai critique sur les conceptions du droit français et du droit allemand en matière de publicité légale des sociétés de commerce, et sur leur combinaison en Alsace et en Lorraine*, Paris 1929 ; L. Bouché, *La publicité des conventions matrimoniales, essai sur la réforme et l'unification des divers modes de publicité actuellement en vigueur en France (droit français et droit local)*, Marseille 1933.

<sup>104</sup> V., par exemple, M. Nast, *L'introduction des lois civiles et commerciales*, in "Journal du droit international", 1925, p. 69 ss.

<sup>105</sup> V. J.-P. Niboyet, *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine : lois civiles, lois commerciales, lois pénales organisation administrative et fiscale*, Paris 1925 ; *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé : commentaire de la loi du 24 juillet 1921*, Paris 1922.

Toutefois, un certain nombre d'études ne s'intéresse qu'à la dimension juridique du sujet en dressant un tableau comparatif des institutions françaises et locales correspondantes. Il importe alors de les compléter par d'autres, parfois moins juridiques, tenant compte du contexte dans lequel s'effectue la réintégration de l'Alsace et de la Lorraine. Plus généralement, il est indispensable de prendre en considération les travaux historiques sur la période afin de comprendre l'influence d'une législation sur l'autre. C'est alors une perspective comparatiste qui est dressée d'un point de vue social et économique. Elle éclaire le champ juridique. Si elle était exclue des recherches, comment comprendre alors le maintien de certaines institutions sans qu'une réforme générale intervienne? Comment comprendre que l'argument du renouvellement du droit général doive être combiné avec celui du maintien des habitudes locales? Cette étude explique alors l'impact, même indirect du malaise alsacien, de la crise autonomiste et l'appréhension du droit local, dans la modernisation du droit général. Finalement, la comparaison des deux législations est avant tout l'œuvre de juristes avertis.

Cependant, les ressources relatives à la comparaison du droit général et du modèle local ou celles exclusivement centrées sur ce dernier, tendent à disparaître à mesure de son effacement. Il importe alors de se tourner vers d'autres études afin d'expliquer cette évolution, particulièrement pour la période suivant la Seconde Guerre mondiale.

Les Trente Glorieuses étant une période faste en réformes, nous retrouvons alors les travaux parlementaires des lois nouvelles. Ces derniers contiennent parfois quelques références au droit local. À défaut, les modèles avancés pour inspirer les dispositions générales nouvelles nous permettent de comprendre les raisons de son exclusion. À titre d'illustration, la loi du 24 juillet 1966 relatives aux sociétés anonymes s'inspire dans une large mesure du modèle allemand. Nous pouvons alors en déduire la méconnaissance et le désintérêt du modèle local, pourtant succédané de ce dernier. Les manuels du droit général constituent également une source riche en informations. Ils permettent de comprendre le sens des réformes.

Ces documents peuvent être étudiés à la lumière de ceux de l'entre-deux-guerres concernant le droit local. Mais ce dernier, figé en raison de son caractère transitoire, n'a guère évolué au cours du temps. Le risque d'anachronisme est alors important puisque les dispositions locales de 1924 ne correspondent plus tout à fait aux exigences de la société contemporaine. À certains égards, il n'apparaît plus comme un modèle viable en raison de son obsolescence. Il en est ainsi à propos de la loi du 14 décembre 1964, concernant la tutelle des mineurs. Certaines dispositions locales, surannées et misogynes, ne sont pas conformes à l'égalité des sexes que le législateur tente d'introduire dans le droit français. Il ne pouvait alors s'en inspirer. Ainsi, le droit local confie l'administration légale de son enfant à la mère en cas de prédécès de son époux. Toutefois, lorsqu'elle se remarie, la protection de l'enfant se transforme en tutelle. Elle ne pourra devenir

tutrice qu'en l'absence de personnes ayant vocation légale. L'homme veuf est au contraire préservé de ces difficultés<sup>106</sup>. La prudence est donc de mise.

Des ouvrages, peu nombreux, continuent de s'intéresser à la comparaison entre le droit français et le droit local<sup>107</sup>. Ils sont très souvent l'œuvre de plumes alsaciennes ou lorraines. Cependant, dans ces derniers il est davantage question de savoir si le droit local doit être supprimé ou s'il doit être maintenu, passant du statut de modèle à celui de droit autonome.

Finalement, les difficultés rencontrées dans l'approche comparatiste du droit local et du droit général, deux législations ayant vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire de la République française, ne doivent pas être considérées comme des obstacles. Elles constituent autant d'éléments importants pour la compréhension du sujet et des actions du législateur en ce domaine.

---

<sup>106</sup> F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local en matière du droit de la famille*, Sl 1968, p. 226 ss.

<sup>107</sup> Citons notamment le "Juris-Classeur d'Alsace-Moselle", et F. Lotz, *Droit civil alsacien-lorrain*, Paris 1977.

Théa Martial Dougbo  
*Assistant à l'Université Félix Houphouët Boigny d'Abidjan*

## **Les régimes dotaux de droit commun en Europe et en Afrique de l'Ouest à la veille de la colonisation. Le problème de la comparabilité des sources**

SOMMARIO : 1. Universalité et spécificités des régimes dotaux – 2. Le problème de la comparabilité des sources.

ABSTRACT : In the nineteenth century, on the eve of colonization, the dotal regimes of the European and African spouses are two different realities. In the first, the dowry is given by the woman or her family to the future spouse. In the second, the dowry is handed over by the family of the future husband to the family of the future wife. How to compare these two regimes ?

KEYWORDS : dot – marriage - colonial law

### 1. Universalité et spécificités des régimes dotaux

Si la question des régimes matrimoniaux en général et celle de la dot en particulier a fait l'objet de nombreux travaux, aucune étude, à notre connaissance, n'a envisagé de comparer les régimes dotaux de droit commun en Europe et en Afrique de l'Ouest à la veille de la colonisation. Une recherche comparative sur les régimes matrimoniaux de ces deux aires culturelles permet de donner à un sujet classique, pour les historiens du droit, une dynamique nouvelle en cherchant à appréhender le droit patrimonial des familles européenne et africaine de l'époque, notamment au moment où les États européens s'installent et cherchent l'équilibre entre le respect des régimes juridiques traditionnels et le transfert de leur propre droit. La comparaison est d'autant plus intéressante qu'elle met au jour deux différences majeures : l'une sur la forme, l'autre sur le fond.

Sur la forme, en France, la plupart des études sur les régimes matrimoniaux en pays de droit écrit montrent que la dot, au XIX<sup>e</sup> siècle, a, pour sources principales, le code civil et le contrat de mariage<sup>108</sup>. Or, avant la colonisation, les époux africains de toutes origines sociales se mariaient sans contrat et sans législation de référence, puisqu'il n'y avait pas d'écrit. Tout était régi par la coutume. Les témoignages oraux s'imposaient alors comme un moyen efficace de comprendre les fondements juridiques des relations pécuniaires entre époux. Aujourd'hui encore, ce sont surtout les études de terrain qui permettent de connaître, dans chaque territoire d'Afrique noire, le contenu des dots, le sens des cérémonies et l'imbrication des logiques matrimoniales et patrimoniales.

Sur le fond, deux logiques anthropologiques et historiques sont à l'œuvre en

---

<sup>108</sup> J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'ancien régime*, Aix-Marseille 2009, p. 3.

matière dotale, selon que la dot est versée par l'époux (ou sa famille) ou par la famille de l'épouse au profit du foyer<sup>109</sup>. Dans le premier cas, quand la dot est versée par l'époux (ou sa famille) au profit de l'épouse (ou sa famille), il semble s'agir de dédommager la famille qui perd une fille, laquelle entre dans la famille de son époux et va l'enrichir par son travail et les enfants qu'elle va porter. On parle même parfois de « la valeur de l'épousée »<sup>110</sup>... C'est le régime de droit commun en Afrique de l'Ouest, aujourd'hui encore, malgré les législations modernes qui, pour la plupart, proscrivent la dot ou la réduisent à des cadeaux symboliques. Dans le second cas, quand la dot est versée par la famille de l'épouse, il semble plutôt s'agir de donner à celle-ci une position au sein du nouveau foyer, de contribuer aux charges du ménage, de permettre un gain de survie de l'épouse au cas où son mari mourrait avant elle et d'établir un régime de séparation de biens entre les deux familles<sup>111</sup>. C'est le modèle romain qui a survécu en se modifiant jusqu'à sa modernisation dans le code civil de 1804 et dans les autres législations civiles de l'Europe.

## 2. Le problème de la comparabilité des sources

Cette première approche conduit à une première problématique : lorsque les pays d'Europe entreprennent la colonisation, existe-t-il un régime dotale de droit commun en Europe, issu du droit romain et modernisé par le code civil français de 1804, qui se distinguerait du régime dotale commun des pays de l'Afrique de l'Ouest et qui aurait pu susciter la surprise de la part des Européens ? Toutefois, l'analyse conjointe des sources européennes et africaines pose une difficulté en termes de comparaison : comment comparer les données juridiques des codes civils promulgués en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle et les données coutumières des peuples d'Afrique de l'Ouest ? Il faut prendre du recul et considérer sur ce problème méthodologique comme un atout.

Dans un premier temps, on convient qu'il faut éviter de comparer des sources codifiées au XIX<sup>e</sup> siècle à des sources coutumières que l'on ne connaîtrait que par l'anthropologie contemporaine : le décalage dans le temps (milieu du XIX<sup>e</sup> siècle/début XX<sup>e</sup> siècle) et la distorsion entre la façon de collecter les données exposerait à des erreurs d'interprétation. Il convient donc de collecter les données africaines à partir des recueils de coutumes qui ont été composés par les administrateurs coloniaux du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>112</sup>. Premièrement, parce qu'ils offrent des données écrites, parfois organisées en chapitres et en articles ; deuxièmement, parce qu'ils recensent (au début du XX<sup>e</sup> siècle) des coutumes africaines qui s'appliquaient effectivement au milieu du

<sup>109</sup> J. Goody, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris 2012, p. 317 s.

<sup>110</sup> M. Koné et N. Kouamé, *Socio-anthropologie de la famille en Afrique. Evolution des modèles en Côte d'Ivoire*, Abidjan 2005, p. 83.

<sup>111</sup> A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris 1996, p. 154-161.

<sup>112</sup> *Bulletins du comité d'Etudes Historiques et Scientifiques de l'Afrique Occidentale Française*, Paris 1922.

XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire au moment où les codes européens ont été mis au point.

Dans un second temps, on remarque que ce déplacement de la source utilisée pour la comparaison entraîne le déplacement de la problématique initiale. Pourquoi, en effet, les administrateurs coloniaux ressentent-ils la nécessité d'élaborer des coutumiers ? Non seulement parce qu'ils ont besoin de connaître les règles juridiques qui régissent les populations autochtones, pour mieux régir les colonies, mais également pour opérer des réformes et interdire les coutumes contraires à l'ordre public colonial<sup>113</sup>. Au demeurant, il existe alors en Europe, une demande scientifique sur le plan juridique, ethnologique et anthropologique. On veut connaître les règles qui régissent les peuples indigènes pour toutes sortes de travaux scientifiques. Mais surtout, les administrateurs ont eux-mêmes identifié le décalage entre le droit civil européen codifié et le droit coutumier africain qu'ils ne peuvent pas comparer au droit européen tant qu'il n'est pas mis par écrit, ordonné et classifié, encore moins codifié dans les coutumiers officiels. En d'autres mots, notre problème scientifique – peut-on comparer les données européennes et africaines ? – était, en réalité, déjà le leur.

Or, lorsqu'ils ont opéré la recension et l'organisation des coutumes, les administrateurs coloniaux sont partis de questionnaires qui traduisaient des préoccupations occidentales, autant, sinon plus, que les réalités africaines. Dans sa *circulaire au sujet de la réunion des coutumes en vigueur devant les juridictions indigènes* (1901), Clozel, le gouverneur de la Côte d'Ivoire, insiste sur le besoin de réorganisation de la justice qui passe par la maîtrise des coutumes appliquées par les juridictions indigènes<sup>114</sup>. Comme il souhaite aboutir à une œuvre de comparaison entre les coutumes locales pour en déduire les règles de droit commun, il exige de tous ses collaborateurs qu'ils s'appuient sur le même questionnaire pour obtenir des données comparables. En matière dotale, les questions posées sont listées sous le titre suivant : « Mode d'obtention de la femme. Le mariage-a-t-il lieu par achat ? Est-ce l'homme ou la femme qui apporte la dot ? Quel en est le montant ? Formalités pour la célébration du mariage ? Les présents donnent-ils lieu à une réglementation spéciale ? »<sup>115</sup>. C'est à partir des réponses à ces questions, que les administrateurs coloniaux ont publié les coutumes indigènes. D'un côté, elles offrent des renseignements inestimables sur le régime dotal en Afrique de l'Ouest. De l'autre, elles doivent être considérées avec prudence, parce que ces coutumes ne traduisent pas un processus indigène interne et volontaire et parce que les réponses sont en partie suggérées par le sens des questions.

La problématique en est donc déplacée. Il ne s'agit plus de comparer, termes à termes, deux régimes dotaux de droit commun, mais de comparer le régime dotal de droit commun en Europe au régime dotal de droit commun en Afrique,

<sup>113</sup> H. O. Légré, *Les conventions indigènes et la législation coloniale*, Abidjan 1994.

<sup>114</sup> Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes de la Côte d'Ivoire. Documents publiés avec une introduction et des notes*, Paris 1902, p. IX-XI.

<sup>115</sup> Clozel et Villamur, *Les coutumes indigènes*, cit., p. XIV.

tel qu'il a perçu par les administrateurs coloniaux du début du XX<sup>e</sup> siècle, tel qu'il a été traduit par le vocabulaire juridique et anthropologique français, tel qu'il a été réorganisé puis transcrit en tant que « documents en réponse au questionnaire qui leur a été soumis par le gouverneur de Côte d'Ivoire ». Tout cela nous renseignera certes sur les convergences et les divergences entre les ajustements respectifs entre lien matrimonial et patrimonial, mais aussi sur les logiques comparatives qui sont à l'œuvre dans une perspective coloniale.

Luisa Brunori

*Chargée de recherche HDR (Université de Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, UMR 8025)*

## **Le « décalogue » de l'historien du droit comparatiste**

SOMMARIO : I. La fidélité aux sources – II. Éviter toute lecture idéologique des sources – III. La justification de l'échantillon choisi – IV. L'attribution correcte des labels – V. La recherche d'une logique – VI. Comparer des objets comparables – VII. La connaissance du contexte – VIII. Analyse philologique des sources – IX. Les sources mentent – X. L'inconscience des comparés – Bibliographie essentielle.

ABSTRACT : In December 2017, a conference in Rennes (France) brought together ten students in Phd, with Luisa Brunori, Jacques Bouineau and Sylvain Soleil. They presented their thematic in terms of legal comparative history and discuss problems of methodology, in an inductive approach. This Decalogue is a synthesis of some advices, warnings and general rules about Legal Comparative History method.

KEYWORDS : Legal Comparative History - Methodology.

Ce court « décalogue », au titre délibérément ironique, n'a aucune ambition d'exhaustivité, ni vocation à représenter une analyse achevée des particularités de la méthode comparative dans la recherche en histoire du droit. Des juristes éminents ont consacré nombre d'études approfondies à ces thèmes, raison pour laquelle la bibliographie donnée en bas de page des principaux travaux sur le sujet vaut plus que le décalogue lui-même. Ces dix brefs paragraphes ne font que reprendre les points le plus importants ayant émergé des discussions intenses qui ont eu lieu au cours de la journée d'étude *Comparer les droits dans une recherche historique. Les pièges, les méthodes, les ressources*, tenue à Rennes en décembre 2017. Il s'agit donc d'un décalogue ouvert et interlocutoire, produit des échanges entre doctorants et enseignant-chercheurs, qui peut donc être considéré comme un ouvrage collectif et dialectique.

### **I. La fidélité aux sources**

La grande distinction entre la comparaison en droit positif et l'histoire comparée du droit tient au fait que les sources de la recherche historique se situent dans le passé. À la différence du droit comparé tout court, la comparaison dans une recherche historique est aussi « verticale », à savoir diachronique. Pour cette raison, l'analyse historique et l'analyse juridique de ces sources doivent donc être menées simultanément pour permettre une compréhension réelle du sens que les sources à traiter ont eu dans le contexte historique considéré. Comme ces sources doivent dialoguer entre elles, il faut doubler la rigueur pour éviter la multiplication des approximations et des confusions. Pour cette raison, il est très important d'avoir une connaissance

approfondie des institutions concernées et, en particulier, du système de sources d'un certain système juridique dans un certain contexte historique. Il est bien connu, par exemple, que le rôle de la jurisprudence dans les systèmes de *civil law* ou de *common law* n'a pas été le même ou que la valeur d'un « sénatus-consulte » à l'époque romaine n'était pas du tout la même de celle d'un « sénatus-consulte » à l'époque napoléonienne.

## II. Éviter toute lecture idéologique des sources

Si l'absence de lecture idéologique des sources est l'essence de toute recherche, dans la recherche historique les pièges sont plus insidieux. La distance des sources dans le temps, leur caractère souvent incomplet et fragmentaire, facilitent une lecture orientée par le chercheur. La méthode comparative elle-même est, dans un certain sens, une lecture orientée des sources. Il faudra donc éviter un certain « empressement de comparaison » qui pourrait conduire à des lectures déformées des sources. Un excès de zèle peut conduire à voir des similitudes forcées ou des différences qui ne sont pas aussi marquées.

## III. La justification de l'échantillon choisi

A priori tout est comparable. On peut comparer des systèmes voisins (les systèmes de tradition romanistique par exemple) ou des systèmes très différents (les systèmes européens et les systèmes du lointain Orient, par exemple). Tout dépend de la problématique de la recherche. Les questions que le chercheur se pose le conduiront à choisir un échantillon plutôt qu'un autre. Il est primordial pour bien mener la recherche que les raisons du choix de l'échantillon soient extrêmement claires. Il est possible de comparer des objets parce qu'ils sont très similaires, comme il est possible de comparer des objets parce qu'ils sont très différents. Dans les deux cas, il faut que le choix soit cohérent avec la problématique posée et que ce choix soit impérativement justifié. Puisque c'est la problématique qui conduit à l'échantillon, le chercheur devra dégager les objets de recherche les plus appropriés à la dite problématique sous tous les aspects : l'aspect géographique, l'aspect institutionnel, l'aspect culturel et social, etc. Les justifications de l'échantillon choisi devront être précisément affichées, car ce qu'on compare et pourquoi doivent être clairs pour le lecteur.

## IV. L'attribution correcte des labels

Sans une terminologie rigoureuse et une labellisation précise des objets étudiés, la méthode comparative peut devenir une source de confusion et d'incompréhension, et non plus un outil « au service de la connaissance du droit ». Il faut donc que les définitions des phénomènes de communication

entre les systèmes juridiques soient très claires pour le chercheur. Si deux systèmes sont considérés comme ayant fait l'objet d'un échange, il convient de vérifier quels types d'interactions sont impliqués. Il peut s'agir d'une simple « influence », ou d'une « adaptation », d'une « réception », d'une « acculturation juridique », d'un « *legal transplant* ». Le chercheur doit accorder la plus grande attention à la correcte labellisation du phénomène étudié et doit démontrer les raisons de son choix. Ce choix est l'essence même de l'opération de confrontation des droits, puisqu'elle définit le type de relation entre un système juridique et celui avec lequel il est confronté, relation qui est, en définitive, l'intérêt du droit comparé.

#### V. La recherche d'une logique

Comparaison n'est pas description. Il est malheureusement courant de tomber dans ce piège. Comparer signifie comprendre la logique des droits et des institutions comparés et les mettre en relation l'une avec l'autre. La recherche de ces logiques est un processus intellectuel essentiellement historique. En fait, il s'agit de s'interroger sur les raisons qui ont conduit un certain droit à donner certaines réponses dans certaines situations, et ensuite de dégager les raisons pour lesquelles un autre droit a donné des réponses différentes dans un contexte similaire, ou des réponses égales dans des circonstances différentes, etc. Énumérer simplement les similitudes et les différences d'un droit à l'autre, sans s'interroger sur les raisons de celles-ci, serait une opération vide, sans réel intérêt.

#### VI. Comparer des objets comparables

Il faut une certaine homogénéité des objets comparés. C'est ce que plus techniquement nous appelons la « comparabilité » des termes à confronter. Les notions juridiques fondamentales se prêtent, par exemple, particulièrement bien à la comparaison. Il faut d'ailleurs faire attention à l'équivalence institutionnelle des objets comparés. Cela signifie qu'ils doivent occuper le même rôle dans la dynamique qu'on est en train d'étudier. Par exemple la « demeure » a cette équivalence en droit français, allemand, italien ou espagnol, mais pas en droit anglais où le *delay* est un élément complètement objectif, et non pas aussi subjectif.

#### VII. La connaissance du contexte

Constantinesco parlait de la règle des *trois C* comme règle de base de la méthode du droit comparé : connaître, comprendre, comparer. Pour comprendre, il faut connaître le contexte dans lequel le phénomène juridique est immergé. Cela impose de prendre en compte l'explicite, mais également

l'implicite, ce que Rodolfo Sacco appelle les « crypto-types ». Pour ce faire, il est forcément nécessaire de connaître les mentalités, les cultures, les institutions politiques et économique dans lesquels le droit s'est forgé. C'est pourquoi le comparatiste, et en particulier l'historien du droit comparatiste, doit avoir un très vaste bagage culturel interdisciplinaire, sans lequel ses sources ne pourraient pas être comprises et à plus forte raison comparées.

### VIII. Analyse philologique des sources

Les sources devraient être lues le plus possible en langue originale. La confrontation sémantique est un des outils fondamentaux de la comparaison entre les droits. En particulier, la comparaison lexicale est un instrument très utile pour comprendre le type de rapport entre les institutions juridiques étudiées. Une constitution ou un code peuvent, par exemple, être simplement traduits et appliqués dans un autre contexte juridique, mais s'il y a des modifications sémantiques d'un texte à l'autre, il est fort possible qu'on soit en présence d'une « réception » ou d'une simple « influence ». Pour cette raison, toute altération sémantique devra être considérée au moment de « labelliser » le phénomène, à savoir au moment de définir le rapport entre un système et un autre.

### IX. Les sources mentent

Aucun acte humain n'est exempt de faillibilité et aucun système juridique n'est exempt d'un certain degré de mauvaise foi. Savoir lire les mensonges contenus dans les sources est l'une des qualités exigées de tout historien du droit. Pour l'historien du droit comparatiste, cette qualité doit être renforcée au maximum, car l'opération de comparaison, déjà délicate en soi, serait irrémédiablement compromise par une lecture inhabile des sources : la comparaison entre deux objets qui peuvent tous deux contenir des mensonges, ne ferait que multiplier les malentendus. Pour cette raison, la connaissance du contexte et la lecture philologique des sources sont des outils absolument indispensables pour une comparaison correcte.

### X. L'inconscience des comparés

Naturellement, les acteurs du monde juridique du passé aujourd'hui étudiés n'étaient pas conscients qu'ils feraient l'objet d'une comparaison à l'avenir. Il est donc très risqué d'attribuer au phénomène juridique une intention « relationnelle » avec d'autres phénomènes, à moins que cela ne puisse être démontré sur la base des sources elles-mêmes. L'opération de comparaison est une activité intellectuelle menée a posteriori par le chercheur d'aujourd'hui. L'« auto-comparaison » est très rare dans le développement historique du droit

et ne peut être clairement identifiée qu'à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'époque de la naissance, justement, du droit comparé.

### Bibliographie essentielle

Bouineau J., *Traité d'histoire européenne des institutions*, 2 vol., Paris 2004-2009

Canivet G., Andenas M., Fairgrieve D. (ed.), *Comparative Law before the Courts*, London 2005

Carbonnier J., *L'apport du droit comparé à la sociologie juridique*, in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, 1969, p. 75 s.

Constantinesco L. J., *Traité de droit comparé*, vol. I, *Introduction au droit comparé*, vol. II, *La méthode comparative*, vol. III, *La science des droits comparés*, Paris, 1972, 1974, 1983

Coppen B., Stevens F. et Waelkens L. (ed.), *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, Bruxelles 2011

David R., Jauffret-Spinozi C. et Goré M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris 2016

Duve T. (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main 2014

Ewald W., *Legal History and Comparative Law*, in "Zeitschrift für Europäisches Privatrecht", 7, 1999, p. 7-24

Fauvarque-Cosson B., *Development of Comparative Law in France*, in Reimann M. et Zimmermann R. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006

Gordley J., *Comparative Law and Legal History*, in Reimann M. et Zimmermann R. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006

Halpérin J.-L., *Histoire du droit comparé*, in J. Krynen et B. D'Alteroche (ed.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014, p. 183 s.

Halpérin J.-L., *La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit*, "Droit et Société", 81, 2012, p. 405-423

Halpérin J.-L., *Spatializing Law in a Comparative Perspective of Legal History*, "Extrême-Orient Extrême-Occident", vol. 40, no. 1, 2016, p. 207-218

Kahn P. W., *The Cultural Study of Law*, Chicago 1999

Legrand P., *Le droit comparé*, Paris 1999

Muir Watt H., *La fonction subversive du droit comparé*, "Revue internationale de droit comparé", 2000, 52-3, p. 503-527

Nelken D. et Feest J. (ed.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford 2001

Perrot X. et Péricard J., *La rencontre des droits en Méditerranée : l'acculturation en question*, Limoges 2015

Reimann M. et Zimmermann R. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006

Rosen L., *Law As Culture: An Invitation*, Princeton 2006

Riles A., *Comparative law and socio-legal studies*, in Reimann M. et Zimmermann R. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006

Ruskola T., *Legal Orientalism*, Harvard 2013

Sacco R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris 1991

Soleil S., *Comment les pionniers du droit comparé ont-ils fabriqué les premiers modèles juridiques ?*, in B. Fauvarque-Cosson (ed.), *Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle, enjeux et défis*, Paris 2016, p. 177-195

Soleil S., *La circulation du Modèle juridique français entre discours et réalité depuis la Révolution*, "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis", 2005, p. 71 s.

Soleil S., *Le Code civil de 1804-a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ?*, in *Histoire de la justice*, vol. 19, no. 1, 2009, p. 225-241

Soleil S., *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle)*, Paris 2014

Soleil S., *Le Modèle juridique français : recherches sur l'origine d'un discours*, "Droits, Revue française de théorie juridique", 2003, n° 38, p. 83 et s.

Watson A., *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974

Zimmermann R., *L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne*, in "Revue internationale de droit économique", 2013, vol. (t. XXVII), no. 1, 2013, p. 95-127.