

Alexandre Ledru-Rollin

## Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence (1837)<sup>1</sup>

### Introduction

de Sylvain Bloquet

1. Après avoir été reçu docteur en droit en 1828 à la Faculté de Paris, Alexandre Ledru-Rollin (1807-1874) devient avocat à la Cour d'appel en 1830. Sa notoriété est assurée dès 1832, lorsque sa *Consultation contre l'état de siège* trouve une résonance dans la décision de la Cour de cassation qui condamne ce régime d'exception (29 juin 1832). Collaborateur d'Odilon Barrot, il se signale rapidement par ses prises de position contre Louis-Philippe et en faveur des opposants à la Monarchie de Juillet<sup>2</sup>. Parmi ses défenses assurées au Palais, on compte celle des journaux d'opposition poursuivis par le pouvoir, tel la *Minerve* (1835) accusée de diffamation contre le duc de Broglie, ou tel le *Journal du Peuple*, acquitté devant la Cour d'assises, alors qu'on lui reprochait la publication d'une adresse démocratique des travailleurs anglais aux travailleurs français (1838)<sup>3</sup>. Il est aussi le défenseur de Caussidière, lors du procès des détenus d'avril 1834, ainsi que de Laveaux, finalement acquitté de ses poursuites de complicité de tentative d'assassinat, avec Meunier, contre Louis-Philippe (1836).

Dès 1839, ses convictions républicaines le portent à proposer sa candidature à la députation, sous le patronage d'Odilon Barrot, mais sans succès. Il est finalement élu député de la Sarthe (1841) et siège dans une opposition républicaine connaissant un écho certain dans l'opinion publique, mais une action politique relativement inefficace sur le gouvernement<sup>4</sup>. Considéré comme l'acte de naissance du radicalisme<sup>5</sup>, le succès de la candidature de Ledru-Rollin lui offre pourtant une tribune permettant désormais d'intervenir sur de très nombreuses questions sociales et politiques, ainsi que sur le thème des droits des citoyens. Fervent partisan du suffrage universel direct, il plaide dès sa profession de foi de 1841 en faveur de la souveraineté du peuple et de l'égalité des droits politiques des français. Il s'oppose notamment à la restriction du droit électoral favorisée par la loi sur le domicile. Il refuse aussi la compétence élargie, accordée par le Code d'instruction criminelle, du juge d'instruction en matière de mise en liberté sous caution des prévenus. À partir de 1846, Ledru-Rollin cède sa charge d'avocat à la Cour de cassation pour se consacrer pleinement à des activités politiques résolument opposées à Louis-Philippe, comme

<sup>1</sup> (1<sup>er</sup> mars 1837), *Journal du Palais*, Paris 1838, 3<sup>e</sup> éd.

<sup>2</sup> J.-J. Clère, « Alexandre-Auguste Ledru-Rollin », *Dictionnaire historique des juristes français, XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle (DHJF)*, Paris 2015.

<sup>3</sup> A. Robert, E. Bourloton et G. Cougny, *Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889*, Paris, Bourloton, 1889-1891.

<sup>4</sup> J.-J. Clère, *ibid.*

<sup>5</sup> S. Berstein, *Histoire du Parti radical*, Paris 1982.

L'illustre sa participation active à la campagne des banquets réformistes.

Après sa participation à la Révolution de 1848, il devient membre du Gouvernement provisoire en qualité de ministre de l'Intérieur et prend part à l'établissement du suffrage universel<sup>1</sup>. Mais après sa défaite à la première élection de la présidence de la République du 10 décembre, Ledru-Rollin rejette l'orientation qu'il juge conservatrice de la jeune République. La compromission de Ledru-Rollin dans la tentative de renversement du Gouvernement d'Odilon Barrot du 13 juin 1849 le contraint à un long exil en Angleterre, qui s'achèvera sous la Troisième République, au cours de laquelle il obtiendra un dernier mandat de député (1871-1874).

2. Si le nom de Ledru-Rollin reste largement attaché à ses idéaux réformistes et à ses implications politiques dans le contexte du renouveau institutionnel du XIX<sup>e</sup> siècle, son œuvre juridique majeure demeure essentiellement antérieure à 1848<sup>2</sup>. On compte d'abord une participation au journal *Le Droit* et la publication d'une *Jurisprudence administrative en matière contentieuse de 1789 à 1831* (Paris, 1842-1846, 7 vol.)<sup>3</sup>. Son exil est aussi l'occasion de faire paraître un ouvrage traitant *De la décadence de l'Angleterre* (1850), suivi d'une étude sur *La loi anglaise*. Dès 1837, Ledru-Rollin se signale surtout par sa direction du *Journal du Palais*, dont le titre se complète par la mention *Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française* (1842, 27 vol.). D'après l'éditeur, ce recueil fait suite à un premier *Journal du Palais*, fondé sous la Révolution par une société d'avoués, qui se divisait en une partie consacrée à la jurisprudence et une autre à la publication d'annonces. Dès l'an XI, cette dernière partie connaît une édition autonome sous le titre *Affiches du Palais*. La première édition du recueil de jurisprudence présente alors une compilation rétrospective des décisions de justice de 1791 à l'an VIII. La deuxième publication est réalisée par Bourgeois (24 vol., parus de 1823 à 1827, couvrant les années 1791 à 1822). À compter de 1924, le *Journal du Palais* sera absorbé par le *Recueil général des lois et des arrêts*.

3. En qualité de directeur du *Journal du Palais*, Ledru-Rollin réalise en 1842 une remarquable introduction intitulée « De l'influence de l'école française sur le droit au XIX<sup>e</sup> siècle ». Celle-ci œuvre pour un rehaussement de la science juridique nationale face aux critiques qu'elle semble devoir recevoir comparativement aux méthodes adoptées outre-rhin. Si cette étude conduit Ledru-Rollin à souscrire à l'existence d'une École de pensée spécifiquement française, la comparaison réalisée avec les Écoles dites historique, philosophique et socialiste<sup>4</sup> est aussi pour lui l'occasion de plaider, d'une manière générale, pour une réhabilitation de la science historique parmi les jurisconsultes. « Là où il n'y a pas d'histoire du droit, là il n'y a pas de droit », proclame-t-il ainsi<sup>5</sup>.

Quelques années plus tôt, Ledru-Rollin compose également une autre introduction

---

<sup>1</sup> A. Robert, E. Bourlouton et G. Cougny, *ibid.*

<sup>2</sup> J.-J. Clère, *ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence » (1<sup>er</sup> mars 1837), *Journal du Palais*, Paris, 1838, 3<sup>e</sup> éd, p. L.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. VII.

pour le *Journal du Palais* ayant pour titre « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence » (1837). Contrairement à ce que son titre suggère, elle constitue une étude pleinement détaillée et argumentée des qualités que cette science pratique a su développer. De nouveau, ses écrits illustrent une volonté de rehaussement de l'étude du droit par le biais de la jurisprudence, qui doit recevoir une nouvelle considération parmi les auteurs. Mais associer plus étroitement l'École et le Palais exige préalablement la double exigence de contredire autant l'idée de stérilité de l'étude des arrêts, que l'hypothèse d'une stagnation du droit dans un ordre juridique désormais codifié. C'est à cette double tâche que s'emploie Ledru-Rollin dans cette riche introduction, réalisée dans le cadre d'un XIX<sup>e</sup> siècle traditionnellement associé à l'idée d'une domination sans partage des lois positives.

4. Dans la logique de la pensée de Ledru-Rollin, deux mouvements contraires peuvent être observés dans l'enseignement et l'application de la science juridique. Sous sa plume, une première approche philosophique du droit doit être mise au crédit de Bentham et de ses partisans. « Le sens primitif du mot *Loi*, c'est le sens vulgaire, c'est la volonté du législateur », écrit Bentham militant ainsi pour un légalisme intégral<sup>1</sup>. Pour lui, nul doute que la clarté d'un corps de lois permet de se priver des « écoles de droit pour l'expliquer, [...] de professeurs pour le commenter, [...] de glossaires pour l'entendre, [...] de casuistes pour en dénouer les subtilités »<sup>2</sup>. Cet envahissement du positivisme dans l'ordre juridique le conduit encore à soutenir que « par rapport même à ces actes sur lesquels la loi s'abstient d'ordonner ou de défendre, elle vous confère un droit positif, le droit de les faire ou de ne les pas faire, sans être troublé par personne dans l'usage de votre liberté. Je puis rester debout ou m'asseoir, entrer ou sortir, manger ou ne pas manger, etc., la loi ne prononce rien sur cela. Cependant le droit que j'exerce à cet égard je le tiens de la loi, parce que c'est elle qui érige en délit toute violence par laquelle on voudrait m'empêcher de faire ce qui me plaît »<sup>3</sup>. Il doit toutefois être souligné que cette conception spéculative du droit, favorable aux abstractions et au commandement impératif de la loi, demeure relativement peu conforme aux convictions des premiers commentateurs du Code civil. Un esprit conservateur comme celui de Toullier, qui n'apparaît pas complètement hostile aux interprétations parfois libérales du droit nouveau, ne peut souscrire à cette exaltation du légalisme intégral de Bentham<sup>4</sup>. De la même manière, Taulier la rejette totalement, en dénonçant une opinion absolutiste réduisant le Droit au pur arbitraire du législateur<sup>5</sup>.

---

1 J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Trad. Dumont et Laroche, Aalen 1969, (réimp. éd. Bruxelles 1829), T. I, Ch. XIII, p. 46. Voir X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, Paris 2003, p. 303 sq.

2 J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, cit., Ch. XXXIII. Du style des lois, p. 370.

3 *Ibid.*, T. I, p. 288.

4 C.-B. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris 1830, T. VI, p. 3, note 2.

5 « Voilà les peuples soumis au bon plaisir des législateurs qui n'ont plus de frein et dont les élucubrations n'auront plus de guide et plus de limites ! Voilà la volonté humaine qui improvise le crime et imagine la vertu ! Quel abus du raisonnement commis au nom de la raison ! Quelle atteinte portée à la sécurité, à la stabilité de l'ordre social, au nom même des principes conservateurs ! C'est surtout en présence de telles aberrations que l'on aime à redire ces paroles si profondes et d'une vérité si saisissante : « Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y

5. À rebours de cette approche purement dogmatique du droit, Ledru-Rollin souligne une seconde tendance du droit associée à l'esprit de Savigny, qui tend à faire prévaloir les faits et l'histoire sur la certitude des lois positives. L'utilité de cette forme de casuistique n'est pas démentie en tant qu'une exigence nécessaire à la formation historique du droit. « Toute science, on le sait, ne parvient guère à revêtir un caractère dogmatique et absolu qu'après avoir traversé les faits », écrit-il ainsi<sup>1</sup>. Mais un mouvement purement casuiste encourrait le reproche de faire fléchir toute certitude juridique sous le poids des particularismes. Ledru-Rollin reconnaît ainsi qu'« il est presque devenu de mode de faire bon marché des praticiens et des arrêtistes comme de gens gaspillant la science et livrant la théorie à l'empire capricieux des faits »<sup>2</sup>. Quelques années plus tard dans sa *Théorie raisonnée du Code civil* (1840), Taulier reprend d'ailleurs précisément l'argument en qualifiant la *jurisprudence des arrêts* de « science relative du droit, c'est-à-dire [de] science dans ses rapports avec les caprices des faits »<sup>3</sup>.

6. Ledru-Rollin suggère alors une voie médiane afin de démêler les difficultés liées à ces deux tendances du droit, purement théorique ou essentiellement pratique, ou pour paraphraser une autre distinction qu'il adopte, entre « l'histoire et la philosophie »<sup>4</sup>. Le seul remède passe par une exploitation renouvelée de la jurisprudence, autant parmi les praticiens que les professeurs, afin de l'ériger au rang d'un véritable droit vivant structuré par une législation codifiée incontestable. Pour autant, depuis l'Ancien Régime, la critique formulée à l'égard de la *jurisprudence des arrêts* avait été abondante et profonde, en ce que celle-ci avait été présentée comme une « science fort douteuse » dominée par l'analyse des espèces particulières<sup>5</sup>. Ces attaques avaient surtout pu s'appuyer sur la méconnaissance des circonstances précises des cas observés, autant que sur l'impuissance de pénétrer les motifs des décisions. En l'absence d'une législation positive uniforme, les auteurs n'avaient pas d'autres choix, comme le rappelle Guillaume Leyte, que de procéder par « sédimentation des arrêts et des solutions dont la plupart des juristes ne cherchent pas à vérifier l'exactitude », en reprenant souvent les sources de leurs prédécesseurs sans en citer les motifs<sup>6</sup>. Si l'imperfection de la méthode permettait à ses opposants de la discrétiser, le principe même d'une *science pratique* du droit était déjà contesté, en lui-même, au regard de son

---

a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux". Montesquieu, *Esprits des lois*, L. I, Ch. I. Et que Bossuet est noble lorsqu'il s'écrit : "Il n'y a pas de droit contre le droit" proclamant ainsi la préexistence de vérités indestructibles devant lesquelles le législateur humain doit incliner sa puissance ». Fr. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, Paris 1840, T. I, p. 25.

<sup>1</sup> A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », cit., p. IX.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Fr. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, cit., p. 7.

<sup>4</sup> A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », cit., p. X.

<sup>5</sup> *Journal des savants*, Klincksieck, XLI, 1710, p. 653 ; Chr. Chêne, « L'Arrestographie, science fort douteuse », *R.S.H.D.E.*, Montpellier, 1985, p. 179-187.

<sup>6</sup> G. Leyte, « "Le droit commun de la France", observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits*, 2003/2, p. 61-62.

approche spéculative. Pour un grand nombre d'auteurs, il demeurait bien douteux que l'étude des arrêts, en raison de leur grande diversité, puisse offrir des solutions certaines aux analogues. Dans ces conditions, comme le suggérerait le *Nouveau dictionnaire de l'Académie française* (1718), la jurisprudence ne pouvait proposer que de simples préjugés rudimentaires, qui se définissaient comme « ce qui a été jugé auparavant dans un cas semblable, ou approchant » et qui, par conséquent, pouvait « utilement servir pour les autres causes »<sup>1</sup>. Dans la mesure où le terme de *préjugé* se définissait aussi comme « prévoir par conjecture », cet appel aux précédents judiciaires pouvait surtout être entendu sous le prisme d'une signification dévalorisante.

7. Sous le régime désormais codifié sous lequel Ledru-Rollin écrit, la *jurisprudence des arrêts* semble devoir encourir des réserves d'une nouvelle nature. Il demeure d'abord difficile de méconnaître l'apport essentiel que constitue désormais le développement de la littérature jurisprudentielle pour la connaissance des espèces. Dans le cadre de ce renouveau, on compte la *Gazette des Tribunaux*, le *Journal du palais*, le *Recueil général des lois et des arrêts* de Sirey, puis de Devilleneuve et Carette, ainsi que le recueil de *Jurisprudence générale* et le *Dictionnaire général et raisonné de jurisprudence* de Dalloz<sup>2</sup>. Dans sa thèse, Pierre-Nicolas Barenot a notamment souligné l'importance de ce genre littéraire à partir du deuxième tiers du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. De surcroît, l'obligation pour les juges de motiver légalement leurs décisions permet difficilement de considérer l'étude des arrêts comme une science purement hypothétique. Frédéric Zenati a pu ainsi souligner les conditions favorables de ce renouveau jurisprudentiel dans le cadre de la société post-révolutionnaire<sup>4</sup>.

Pourtant, le recours réalisé par les premiers commentateurs du Code civil aux arrêts demeure d'abord limité à des citations purement illustratives. Les arrêts ne sont ainsi cités qu'en qualité d'exemples d'application des lois par Delvincourt dans son

<sup>1</sup> *Nouveau dictionnaire de l'Académie française, dédié au roi*, Paris 1718, T. II, p. 343.

<sup>2</sup> *Gazette des Tribunaux ou mémorial des corps administratifs et municipaux*, Paris 1789-1799, 18 vol. ; *Journal du Palais présentant la jurisprudence de la Cour de cassation et des cours royales, sur l'application de tous les codes français aux questions douteuses et difficiles*, Nlle éd. par M. Bourgeois, Paris, 1823-1827, 24 vol. ; *Journal du Palais, Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1848*, Paris 1845-1850, 12 vol. ; L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris 1831 ; J.-B. Sirey, *Jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle, ou table tricennale du Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, rédigée et mis en ordre alphabétique et méthodique* par L.-M. Devilleneuve, Paris, 1834 ; Dalloz, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale, criminelle et administrative, composée par ordre alphabétique des matières, depuis l'origine de la Cour de cassation jusques et y compris 1824*, Paris ; A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris ; *Journal du Palais, Recueil le plus complet de la jurisprudence française (par ordre chronologique jusqu'en 1837)*, par Ledru-Rollin, 1837, 27 vol. ; A. Molié, *Jurisprudence criminelle de la Cour de cassation, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1811 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1830*, Paris 1830 ; *Journal du droit criminel, ou jurisprudence criminelle du royaume, recueil périodique des décisions judiciaires et administratives concernant les matières criminelles, correctionnelles et de police, les douanes, les contributions indirectes, les délits forestiers, les frais de justice*, Paris 1820. Voir P.-N. Barenot et N. Hakim, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012), p. 251-297.

<sup>3</sup> P.-N. Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Bordeaux 2014, p. 171 et s.

<sup>4</sup> F. Zenati, *La jurisprudence*, Paris 1991, p. 61.

*Cours de Code Napoléon* (1813)<sup>1</sup> ou par Pigeau dans son *Cours élémentaire du Code civil* (1818)<sup>2</sup>. « Je regarde un arrêt rendu sur un point de droit, reconnaît aussi Delvincourt, comme une autorité très respectable ; et je suis très satisfait, quand, après avoir établi un principe, ou donné une solution, je puis l'appuyer du suffrage de quelque Cour, et surtout de la Cour de Cassation »<sup>3</sup>. L'autorité de la jurisprudence demeure alors purement subsidiaire, comme le suggère Dupin soulignant le devoir du juge d'appliquer les lois avec fidélité et respect<sup>4</sup>.

8. Ledru-Rollin interprète alors ce rôle résiduel réservé aux arrêts comme le signe d'un divorce entre l'École et le Palais prononcé depuis les codifications du droit au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour Pierre-Nicolas Barenot et Nader Hakim, il s'agit d'une « exclusion du tiers praticien » observée chez les premiers interprètes de la nouvelle législation napoléonienne<sup>5</sup>. À ce titre, Ledru-Rollin ne peut que déplorer « ces fiertés affectées de la part des princes de l'école envers la pratique et la jurisprudence. On ne peut trouver le secret de ces rivalités jalouses que dans un oubli profond du passé et dans une appréciation inexacte des services que la jurisprudence est appelée à rendre dans l'avenir »<sup>6</sup>. Plusieurs décennies plus tard, Esmein en reprend l'analyse en évoquant ce cloisonnement de la doctrine et de la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle, incarnant « deux sœurs rivales, jalouses l'une de l'autre »<sup>7</sup>. Bonnacase en adoptera aussi la critique en présentant ces « princes de l'École », mentionnés par Ledru-Rollin, comme les « princes de l'exégèse » ayant délibérément occulté toute interprétation progressiste du droit<sup>8</sup>. Dans le cadre des toutes premières années de l'application du Code civil, la faiblesse de la *jurisprudence des arrêts* peut aussi s'expliquer au regard du cadre institutionnel alors contemporain. Dans un ordre juridictionnel antérieur à la réforme du 1<sup>er</sup> avril 1837, la souveraineté interprétative dont jouissent les cours d'appel conduit, en partie, à une formation manifestement lente, bien que continue, de la jurisprudence.

Mais s'il semble relativement isolé des théoriciens du droit, ce développement jurisprudentiel permet tout de même d'observer, selon Ledru-Rollin, des tendances profondes dans l'interprétation des juges. En dénonçant le caractère purement illustratif des arrêts, il affirme même que ce droit vivant, par son action progressive

1 C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, Paris 1813, 2 vol.

2 E.-N. Pigeau, *Cours élémentaire du Code civil*, Paris 1822, 2 vol.

3 C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, Paris 1813, T. I, préface, p. vij.

4 « La première règle, observe-t-il, [...] est de ne point mettre une prétendue équité à la place de la loi écrite, lorsque celle-ci est claire. Le devoir du juge est alors, non de juger la loi, mais de juger conformément à ses dispositions. Elle ne serait plus loi, si la volonté de l'homme pouvait arbitrairement se substituer à celle du législateur ». A. Dupin, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats, Recueil d'opuscules de jurisprudence*, Bruxelles 1835, p. 414.

5 P.-N. Barenot et N. Hakim, cit., p. 261 sq.

6 A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », cit., p. X.

7 A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.*, 1902, p. 9, *Introduzione* di Paolo Alvazzi del Frate, *Historia et ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 9-2016.

8 J. Bonnacase, *Philosophie de l'impérialisme et science du droit, L'œuvre d'Ernest Seillière, sa portée juridique*, Bordeaux 1932, p. 180. Voir Ch. Jamin, « L'oubli et la science ; Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *RTD civ.*, 1994, p. 815.

mais incontestable, exerce « une action dissolvante » à l'égard de la loi<sup>1</sup>. D'un rôle originellement supplétif, la jurisprudence vise non moins qu'à concurrencer la législation au gré de ses interprétations hardies. Ce pouvoir normatif et tacite de la jurisprudence peut être notamment reconnu dans les formules générales qu'elle emploie afin d'assouplir les textes : « Il est de principe *en droit*, mais la jurisprudence a décidé que, etc., »<sup>2</sup>. Comme le constate Tony Sauvel, ce même mouvement favorable au pouvoir normatif de la jurisprudence s'était manifesté depuis l'instauration du Tribunal de cassation, qui n'hésita pas rapidement à s'emparer de points de droit d'une portée limitée afin d'ériger des règles d'une portée générale<sup>3</sup>.

9. L'un des nombreux apports de cette introduction de Ledru-Rollin est encore d'avoir précisément illustré, dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les domaines dans lesquels la jurisprudence exerce précisément cette action normative<sup>4</sup>. Plus exactement, le rôle des arrêts semble même avoir anticipé les besoins sociétaux que la législation positive n'avait pas pu réguler en matière commerciale, pénale ou civile. Pour la première de ces matières, Ledru-Rollin souligne l'apport jurisprudentiel en faveur de la liberté d'entreprendre et du développement économique et industriel. Face à un Code civil qui « n'avait eu de prévisions que pour la propriété foncière »<sup>5</sup>, le droit prétorien prend rapidement en compte la question renouvelée des échanges commerciaux, des actes de commerce, des devoirs des associés<sup>6</sup>. Parmi les champs disciplinaires complétés d'une matière cohérente et rationnelle par les juges, Ledru-Rollin ajoute les compétences des juridictions arbitrales, les assurances terrestres, les marchés à terme, le prêt à intérêt, ou encore la propriété intellectuelle<sup>7</sup>. Dans d'autres hypothèses, le développement jurisprudentiel semble même s'être réalisé au détriment de la lettre de la loi, comme en matière de reconnaissance de donations déguisées, d'application de l'article 1326 du Code de 1804 dans le domaine de preuve testimoniale, ou d'octroi du statut d'héritier aux enfants naturels. Enfin, la cohérence de la jurisprudence s'exprime aussi, selon plusieurs illustrations de Ledru-Rollin, dans une démarche visant explicitement à émanciper progressivement la femme de la toute puissance de son époux.

10. Plusieurs décennies plus tard, Esmein pourra également corroborer cette affirmation de Ledru-Rollin, en affirmant que la jurisprudence peut fournir une interprétation d'ensemble formant « un corps de doctrine et une synthèse harmonique »<sup>8</sup>. Pour ces mêmes raisons, en participant à l'évolution du droit dès la

---

<sup>1</sup> A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtiistes et la jurisprudence », cit., p. XVII.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> T. Sauvel, « Le Tribunal de cassation », *Études et documents, Conseil d'État*, Paris 1958, p. 193. Rapp. N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2001, p. 699 *sq.*

<sup>4</sup> A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtiistes et la jurisprudence », cit., p. XVII-XIX.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. XVIII.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *ibid.*

première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence semble avoir exercé une interprétation téléologique marquée par la recherche d'un véritable « but social »<sup>1</sup>. Si cette formule de Ledru-Rollin semble aussi programmatique de l'esprit de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, notre auteur l'inscrit dans le prolongement de l'histoire du droit français. « Qu'est que la jurisprudence ? », s'interroge-t-il à la fin d'un aperçu historique rappelant l'apport des praticiens à la science du droit<sup>2</sup>. Sans insister sur l'origine purement romanisante du terme, il associe cette *jurisprudence* à la *science des arrêts* dont les fondements sont à retrouver parmi les praticiens du XV<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. En soulignant la constance et la légitimité historique de ce droit vivant, il vise aussi à réconcilier la théorie et la pratique, « ces deux faces d'une figure indivisible, le droit »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence », cit., p. XIX.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. X-XVI.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. XVI.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. XIX.

Alexandre Ledru-Rollin

## Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence 1<sup>er</sup> mars 1837

Depuis que la codification a rendu chez nous l'étude du droit plus facile et plus rapide ; depuis qu'elle a permis à la doctrine de se répandre en savans traités, en commentaires lumineux, il est presque devenu de mode de faire bon marché des praticiens et des arrêtistes comme de gens gaspillant la science et livrant la théorie à l'empire capricieux des faits. Les uns, méconnaissant même l'utilité de la jurisprudence en présence d'une loi désormais claire et intelligible, sont allés jusqu'à la mettre en question ; d'autres, tranchant la difficulté par un bon mot, ont ressuscité contre la légèreté des arrêtistes et leurs étranges bévues mille anecdotes charmantes, d'où ils ont conclu que la véritable qualification qui leur conviendrait serait celle, non d'arrêtistes, mais bien d'*arrestophages*, c'est-à-dire *croqueur d'arrêts*.

Cette exagération a, comme toujours, poussé à une réaction injuste : les praticiens, à leur tour, se riant d'un dogmatisme perdu souvent dans les nuages, se sont faits matérialistes en jurisprudence. Pour eux le droit n'a presque plus été qu'un écueil autour duquel les faits, si variés, si flexibles, devaient se jouer avec une incomparable élasticité. Semblables enfin à ces enfans qui, ne pouvant traverser un gué, s'aventurent d'une pierre à une autre, les arrêtistes ont marché timidement d'un fait à un autre fait sans autre discernement que celui des noms et des espèces.

La vérité est entre l'extrême de ces deux systèmes, ou plutôt elle repose sur leur alliance et leur étroite union : car chacun d'eux pris isolément ne peut rien produire de satisfaisant et de complet. Toute science, on le sait, ne parvient guère à revêtir un caractère dogmatique et absolu qu'après avoir traversé les faits ; et la jurisprudence, en particulier, ce miroir fidèle et mobile des mœurs, a pour destin inévitable d'être préparée par les tâtonnemens d'une laborieuse pratique. Le praticien se fait l'écho des intérêts, des besoins, il les coordonne en coutumes, et vient le temps plus tard qui les érige en lois positives. Toute législation qui aspirera à être puissante et durable aura donc un mode de développement à peu près invariable. D'abord elle naîtra des usages d'un pays, de ses traditions héroïques et naïves : ce sera sa condition de nationalité. Quant à sa condition de durée, elle la demandera ensuite aux formules savantes de la philosophie : car une haute et abstraite raison pourra seule lui faire trouver place dans l'espace des temps. Improviser comme d'un jet une législation sans passé, c'est se condamner à d'inapplicables utopies, de même que c'est se fermer l'avenir que de se traîner sans élan, sans génie sur des coutumes grossières et surannées.

Et cependant chacun de ces deux systèmes excessifs en eux-mêmes a eu de nos jours ses maîtres et ses représentans. Ainsi, voyez Bentham et ses inspirations hardies : il ne tient compte ni des croyances religieuses d'un peuple, ni de ses traditions natives, ni de ses [p. X] luttes politiques, ni de ses sciences, ni de ses arts ; tout le côté historique enfin, dont le praticien est l'annaliste et le représentant, disparaît à ses yeux. Sa législation, tracée au cordeau, est radicale, absolue, indépendante des climats et des cieux ; mais pour la transplanter, il vous faudra un sol sans tombeaux ; pour l'exécuter,

des hommes sans souvenirs : c'est dire assez de cette audacieuse rêverie qu'elle constitue un droit qui n'a ni racines, ni caractère individuel, ni nationalité.

Que si, au contraire, suivant les traces de l'illustre M. de Savigny, vous n'êtes touché que de l'élément pratique, vous saisirez bien ce qu'il y a d'original dans les institutions d'un pays; mais, comme on l'a dit si heureusement (1), l'humanité elle-même, avec sa nature toujours une, vous échappera. Vous vous laisserez aller à l'excès de l'école historique allemande, qui, s'arrêtant pour ainsi dire au costume de chaque peuple, ne perce pas jusqu'à l'homme et ne sait pas franchir la réalité historique pour arriver à la vérité absolue.

Si donc la pratique et la théorie, ou, pour parler d'une manière plus générale, si l'histoire et la philosophie sont deux éléments si nécessaires du droit positif, pourquoi ces injustes dédains ? Pourquoi ces fiertés affectées de la part des princes de l'école envers la pratique et la jurisprudence : envers la pratique, qui a ouvert le sillon et jeté les semences que les théoriciens sont venus recueillir plus tard ; envers la jurisprudence, transition continue, instrument de progrès, dont la mission est de concilier le respect dû aux lois existantes avec la marche du temps et des idées ?

On ne peut trouver le secret de ces rivalités jalouses que dans un oubli profond du passé et dans une appréciation inexacte des services que la jurisprudence est appelée à rendre dans l'avenir.

Et cependant quel passé fut jamais plus utile et répandit sur les institutions d'un état une plus salutaire influence que celui des praticiens français ! Pays de droit écrit ou pays de coutumes, ils ont, bien qu'à un degré différent, laissé partout la trace profonde de leurs pas. Ici, rénovateurs d'une lettre morte et d'un droit oublié, ils tirent la jurisprudence romaine des subtilités de la scolastique, et, dans les frottements d'un constant usage, ils en rendent l'esprit souple, malléable et accessible à tous. Là, créateurs puissants, ils enfantent un droit original et vivace, sans analogie dans le passé, ne relevant que de lui-même et devant couvrir un jour de son bienfaisant ombrage plus de la moitié du sol où il a pris racine. Les coutumes, voilà le génie et l'œuvre impérissable des praticiens ; les coutumes, voilà le seul, le véritable droit sorti de nos flancs, où chaque mot est un legs de nos pères ; et jusqu'ici cependant c'est en éloges du droit romain que se sont épuisées toutes les formules du langage.

Ouvrez les historiens de notre droit, qu'y voyez-vous ? Que le droit romain contient tout : haute philosophie, simple bon sens, trésors de morale et de style. Vous y lisez encore qu'il a été par son spiritualisme l'élément le plus actif de la civilisation moderne. Il contient tout ! C'est un préjugé séculaire que nous ne voulons pas combattre ; et aussi bien nous reconnaissons, des premiers, qu'il a pénétré de sa lumière la croûte épaisse de la féodalité ; mais les justes hommages rendus à cette ombre gigantesque sont-ils donc une raison pour abdiquer notre propre individualité ? Ne viendra-t-il personne qui paie, à son tour, un humble tribut d'éloges à ces praticiens si simples, si laborieux, qui ont eu le patriotisme de ne pas céder à l'imitation servile d'un droit étranger ; qui, privés de toutes les lumières dont a été inondée l'ancienne Rome, ont fait sortir de la nuit du moyen-âge un droit de quelque valeur sans doute, puisque aujourd'hui encore il occupe dans notre Code civil la plus importante place ? Ne viendra-t-il personne enfin pour relever les coutumes du reproche immérité d'avoir été un temps d'arrêt dans la marche de l'humanité, et pour

---

<sup>1</sup> M. Lerminier, *Introd. à l'Histoire du droit.*

démontrer, les textes à la main, qu'elles contiennent, sur la condition de [p. XI] la femme par exemple, et sur celle des enfans, des notions plus humaines, plus sociales que le droit romain tout entier ? Belle et noble mission cependant, digne d'un esprit vraiment national, que de se plonger dans les profondeurs de nos antiquités pour y découvrir et y marquer à notre nom les sources pures sorties de la terre de France et que le droit romain n'a pu englober dans son cours éternel.

Nous ne voulons crayonner ici qu'une page fugitive de ce difficile ouvrage, c'est dire assez que nous ne ferons qu'effleurer les généralités de l'histoire.

Aussi haut qu'on remonte dans ses annales, l'empreinte que le praticien jette dans les lois s'y trouve marquée en caractères ineffaçables. Parcourez le Code des Barbares, il en fournit un mémorable exemple. Au moment où le Nord fond sur la Gaule et apporte à la société décrépite un droit vigoureux et nouveau, ce droit que les pères transmettent à leurs enfans à travers des rites symboliques propres à frapper les yeux, ce droit sauvage, qui va le recueillir ? Le praticien romain, car la Gaule s'est à peu près effacée sous la conquête romaine. L'homme du Nord n'a dans sa langue aucun usage des lettres ; et tout vainqueur qu'il est, c'est au vaincu de qui il va recevoir le baptême, qu'il confie les principes générateurs de la société moderne. Déjà donc le praticien romain est à l'œuvre. Considérez tout ce qu'il va mêler à ce travail, de ses souvenirs personnels, de ses propres idées. D'abord il assiste aux *faides* des Francs et se pénètre de leurs formes dramatiques et bizarres ; il recueille la première sentence qui retentit dans le camp et que le chef, assis sous un dais formé de trois lances, vient de prononcer au milieu de ses pairs ; à cette décision il en ajoutera d'autres ; et c'est ainsi que plus tard, tirant quelques maximes des différends jugés devant lui sur dépositions de témoins, sur gages de bataille ou par les épreuves du feu et de l'eau, il vous transmettra, dans un latin corrompu d'idiomes barbares, les lois des Visigoths et des Bourguignons, des Ripuaires et des Saliens. Croyez-vous que, dans la rédaction de ces lois, le praticien n'ait joué qu'un rôle de traducteur ou de copiste ? Les textes sont là pour répondre : sa personnalité s'y révèle de toutes parts ; à chaque pas vous retrouvez des fragmens tout entiers de ce vieux droit romain qui allait disparaître et que le praticien déposait dans ces lois comme dans un dernier asile.

Quelle n'a pas dû être l'influence des praticiens au milieu des ténèbres qui environnent les premiers temps de notre monarchie ! On la devine facilement à cette époque d'enfantement où les monumens du droit romain avaient disparu, où ce droit même avait perdu jusqu'à son nom, où le mot de Romain, ce mot qui avait désigné l'univers, *orbis romanus*, était devenu si odieux qu'il ne signifiait plus qu'un homme corrompu, sans foi, sans courage, sans honneur. Pendant ces siècles de désordre où les deux peuples, si long-temps distincts de lois, de costumes et de langage, devaient enfin se confondre et s'unir, la seule règle était celle qu'imposait la plus forte épée ; le meilleur légiste, celui qui, ayant pratiqué le plus d'hommes et d'affaires, conservait, au déclin d'une longue vie, un souvenir fidèle, une mémoire sûre des traditions de ses pères et de ses contemporains. Cette période, du reste, est couverte d'un voile impénétrable ; elle a dû contenir toutes les causes, mais jusqu'ici on n'a pu l'entrevoir imparfaitement que dans quelques uns de ses résultats.

Ce n'est donc, à proprement parler, qu'au douzième siècle, lors de l'exhumation du droit de Justinien, que la puissance des praticiens se manifeste clairement et se touche pour ainsi dire du doigt. Là s'engage une lutte vraiment digne d'intérêt : à peine nés,

les germes fragiles de notre droit indigène vont se trouver aux prises avec l'invasion abrupte du droit romain. Un duel de six siècles viendra aboutir au Code civil ; et c'est alors seulement que les praticiens, champions de notre nationalité, pourront appendre leurs armes victorieuses aux colonnes d'un temple qui ne doit plus périr.

La glorieuse Italie avait été le berceau du vieux droit romain ; c'est à elle, on le sait, qu'il fut donné de le régénérer. Mais, en recouvrant les Pandectes, elle n'héritait que d'un monument muet et glacé. Les mœurs manquaient aux textes pour en dissiper l'obscurité ; les traditions antiques de l'Occident avaient disparu sous les invasions successives, et le [p. XII] génie familial, le génie populaire du droit romain était vraiment resté sur les rives du Bosphore, où Constantin l'avait transporté.

En Italie, comme en France, où il passa bientôt, le droit romain fut donc à sa renaissance compris d'une manière pénible et incomplète ; ne saisissant pas son esprit, on se tortura à lui trouver des conséquences subtiles, controuvées ; et cependant, tout mal entendu qu'il était, il n'en apporta pas moins un grand changement au droit français, qui consistait alors en coutumes orales. L'ardeur même pour le droit romain devint telle que dans les affaires on ne se servit plus que de ceux qui l'avaient étudié ; appartenant à l'Église pour la plupart, car les clercs étaient les lettrés de cette époque, ils quittaient la solitude du cloître pour se précipiter au-devant des enseignemens du droit civil, et Alexandre III fut obligé en 1165, pour les rappeler à Dieu, de leur interdire l'étude du droit romain.

Cet élan eut d'immenses résultats sans doute. Ainsi, au milieu du cahos inextricable de tant d'usages grossiers, incertains, contradictoires, le droit romain venait jeter quelques maximes invariables, quelques sentences générales de philosophie : il faisait plus, il se constituait le pivot de la science sociale européenne en révélant aux nations la nature des rapports qui doivent exister entre elles, les principes du *droit des gens* disséminés dans le Digeste. Mais le péril même était en raison du fanatisme qu'avait inspiré le droit romain, et sans le patriotisme des praticiens, c'en était fait des saisissantes coutumes de nos pères, les rudimens de notre droit indigène étaient absorbés, détruits par un droit d'importation étrangère.

Que vont faire les praticiens en présence du flot envahisseur qui menace les saintes traditions qui leur sont confiées ? Ils demanderont à l'écriture le refuge assuré que leur mémoire ne peut plus offrir à ce précieux dépôt : les premières coutumes seront rédigées.

Cette époque de l'histoire du droit offre un touchant spectacle. Le culte des ancêtres et du pays natal s'y associe aux premiers cris de liberté : chartes particulières des villes, coutumiers des provinces, traités des praticiens, tout jaillit de la même source et prend un essor simultané. Le même siècle voit affranchir les communes de Beauvais, d'Abbeville, de Dijon, de Bar-sur-Seine, de Bordeaux, où Henri I<sup>er</sup>, un roi d'Angleterre ! permet aux habitans d'élire un maire. Ce siècle aussi voit ébaucher la plupart des coutumes et apparaître les traités de Pierre Desfontaines, de Philippe de Beaumanoir, de Jean Desmares, de Bouteiller. Pendant que Bologne, ville toute de droit romain, retentit de la voix d'Irnerius et des applaudissemens de ses nombreux sectateurs, les praticiens français répondent à ces acclamations par de laborieuses, par d'incessantes élucubrations. Mieux encore, et le souvenir de ce bienfait doit être ineffaçable, ils ont le courage d'abandonner l'idiome latin, style savant et privilégié jusque là consacré à la rédaction des lois. Leur scission est complète et tranchée ; c'est

en français qu'ils dressent l'inventaire de nos richesses, et les premiers bégaiemens de notre langue deviennent ainsi sous leur plume un cri de patriotisme et de nationalité.

Tant d'efforts courageux ne demeureront pas stériles ; les travaux des praticiens cesseront enfin d'être individuels et privés. Philippe-le-Bel, en fixant à Paris le parlement, encore nomade (1), le divisera en deux chambres, l'une de la langue d'*ail*, ou de droit *coutumier*, l'autre de la langue d'*oc*, ou de droit romain ; et quand plus tard il sera procédé à une rédaction solennelle et authentique des coutumes, les praticiens deviendront, de par le roi et la nation, les historiographes du droit français.

« Le royaume, dit en effet Charles VII dans son ordonnance de Montils-les-Tours, datée de 1453, le royaume a été moult opprimé et dépeuplé par les divisions et guerres qui ont été en icelui ; si voulons que les coutumes, usages et styles de tous les pays du royaume soient rédigés et mis en écrit, accordés par *les coutumiers, praticiens* et gens de chacun [p. XIII] desdits pays du royaume, afin qu'examinées et autorisées par le grand conseil et le parlement, les coutumes aient force de loi ».

Ce vœu sera exaucé : les praticiens seront les seuls, les véritables rédacteurs des coutumes ! On verra bien au frontispice figurer des noms illustres dans la noblesse de robe ou d'épée ; mais ce ne seront là que de pompeuses parades et des démonstrations honorifiques : ces abbés, ces nobles, dont les prébendes ou les titres seront complaisamment énumérés dans les procès-verbaux d'ouverture, se feront représenter par de *vils* procureurs, et la prépondérance n'appartiendra de fait qu'aux tabellions et scribes qui tiendront la plume. Ouvrons Fleury :

« La plus ancienne rédaction connue, dit-il (2), est celle de la coutume de Ponthieu, faite sous Charles VIII, en 1495. La cérémonie adoptée pour celle-ci fut la même pour toutes : le roi donnait des lettres-patentes pour faire assembler par députés les trois états de la province, clergé, noblesse et tiers. Le résultat de la première assemblée était d'ordonner à tous les juges, aux greffiers, à ceux qui l'avaient été, aux maires et échevins des villes d'envoyer les mémoires des coutumes, des usages et des styles qu'ils auraient vu pratiquer de tout temps. Les états choisissaient quelque notable, entre les mains de qui on déposait ces mémoires pour les mettre en ordre et en composer un seul cahier. Ensuite on lisait ce cahier dans l'assemblée des états, en présence de quelques commissaires du parlement, qui les faisaient enregistrer.

« Qu'on ne croie pas, ajoute Fleury, que ces commissaires aient composé ces cahiers ni qu'ils aient pu les corriger à loisir : *c'était l'ouvrage des praticiens de chaque siège*. On ne doit attendre de ces gens-là ni politesse ni méthode : c'est pourquoi il ne faut pas s'étonner si les coutumes sont rédigées d'un style si peu exact, bien que les commissaires dont on voit les noms en tête aient été de grands personnages. »

Cette boutade un peu aristocratique du savant abbé Fleury constate assez déjà la part immense que les praticiens ont prise à la confection des coutumes, et encore le fait le plus important échappe-t-il à cet estimable auteur. Le clergé et la noblesse, jaloux de leurs privilèges locaux de haute et basse justice, voyaient avec peine une rédaction générale qui avait pour but de les soumettre à la juridiction du bailliage royal ; ils résistaient donc, et le bon roi Louis XII, à qui « *ceste matière tenait treffort à cuer pour le bien et soulagement qui en poulrait venir à ses subjects,* » ordonna dans son mandement

<sup>1</sup> Lettres-patentes de 1303.

<sup>2</sup> Précis histor. du droit français.

*espécial*, daté de Blois le huitième jour de septembre l'an de grâce mil cinq cent et neuf, qu'ils seraient contraints par la saisie de leur temporel, de leurs biens meubles et immeubles, voire même de leurs personnes, à se trouver auxdits états, sans *préjudicie*, est-il ajouté, à leurs *privileges et exemptions pour ceste fois*.

Le clergé et la noblesse crurent ruser avec le roi et échapper au piège en se faisant représenter ; et ce fut ainsi que les praticiens, cette émanation du peuple, eurent voix à la rédaction des coutumes pour un tiers en leur nom personnel, et pour les deux tiers, pomme fondés de pouvoirs de leurs trop imprudens patrons.

Quant aux commissaires, expédiés en toute hâte du parlement de Paris dans un but politique, l'histoire nous les peint chevauchant rapidement d'une ville à une autre, faisant, le lendemain de leur arrivée, assembler les notables au palais épiscopal, et écoutant pour ainsi dire en poste et le pied déjà dans l'étrier la lecture de coutumes auxquelles ils étaient étrangers.

Voilà donc les praticiens presque maîtres d'un champ libre ! mais le temps des grandes choses n'est pas encore venu. Voisins du serrage, ils sont plus accoutumés à la finesse qu'à la force. Aussi est-ce merveille que de les voir, esprits avisés et subtils, formalistes cauteleux, déposer timidement sous le voile d'un texte obscur quelques élémens de liberté que l'occasion développera plus tard. S'agit-il, par exemple, de favoriser l'affranchissement [p. XIV] : ils ne sont point oublieux de leurs propres intérêts et prennent habilement leurs mesures dans les règles du bail à cens et de la franche tenure. Faut-il, au contraire, protéger les destinées de la commune contre les capricieuses fantaisies et l'arbitraire changeant des seigneurs : ils tâchent de se faire une bonne part sur les droits communaux d'usage et de pacage.

Mais un point à l'égard duquel ils déposent toute crainte, où ils tracent hardiment, nettement les principes, parce qu'ils obéissent alors à l'inspiration d'une idée profondément sociale et religieuse, c'est l'institution de la communauté.

Peut-être serait-il bon ici de passer en revue les différentes opinions qui ont cherché l'origine de la communauté dans les mœurs des Gaulois ou dans les usages des Francs, dans les Capitulaires ou même dans le Droit romain, et de démontrer qu'elle fut bien une création des coutumistes français. Mais, outre que cet examen nous jetterait dans des digressions interminables, c'est un point d'histoire qui nous paraît désormais fixé. Les derniers travaux entrepris sur la science du droit (1) ont démontré jusqu'à l'évidence que la communauté a la même source que les coutumes, la féodalité.

Qui ne sait, en effet, aujourd'hui, que pour les nobles elle est née de cette société sans mouvement, sans commerce, sans besoins extérieurs, de cette vie solitaire et confinée dont l'horizon se bornait aux hautes murailles d'un parc ou au pont-levis d'un château.

Qui ne sait que les vilains ou roturiers en ont puisé l'idée dans ces sociétés *tacites* ou *taisibles* formées par co-demeurance d'an et jour entre personnes serves, à mesure de leur affranchissement et lorsqu'elles vivaient sous l'œil du seigneur, à même *pot et feu* et à même *chanteau*.

Que, pour tous surtout, nobles ou vilains, la communauté a découlé de l'unité du christianisme, qui, ne donnant qu'un même Dieu aux deux époux, égaux devant lui, faisait du mariage moins une satisfaction des sens qu'une pratique continue de charité,

---

<sup>1</sup> V. l'ouvrage remarquable de M. Laferrière, *Histoire du droit français*.

qu'une assurance commune contre les maux de la vie.

Telle fut sa source ; bâtons maintenant d'indiquer ses résultats sociaux en la mettant en parallèle avec le droit romain.

A Rome, les biens de la femme étaient indépendants, distincts de ceux du mari ; partie des revenus qu'ils produisaient étaient destinés à alimenter le ménage, à nourrir les enfants. Le fonds dotal devait, à la dissolution du mariage, se retrouver intact. Du reste, entre le mari et la femme aucune association d'avenir, rien qui engageât l'épouse à une collaboration dont elle pourrait espérer un jour de partager le fruit. C'était, il faut le dire, la séparation dans le mariage, l'isolement dans ce qu'il y a de plus confondu et de plus intime au monde.

Un tel état de choses répugnait aux idées que le christianisme avait données du mariage, et ce sont ces idées que les praticiens essayèrent de faire pénétrer dans la société en prenant pour formule légale la communauté. Par la communauté, en effet, la condition de la femme va changer : de reine ou d'esclave qu'elle a été jusque-là, elle conquerra le rôle utile, le titre d'associé, et cette figure mystique: *erunt duo in carne unâ*, s'appliquant pour l'avenir même aux rapports d'intérêt civil qui dominent et régissent l'union conjugale, se vérifiera jusque dans ses conséquences les plus réelles et les plus pratiques.

Honneur aux coutumistes qui ont ainsi ouvert en faveur de la femme une nouvelle source de moralité, la fortune fondée sur le travail ! Honneur à eux qui lui ont permis de s'enrichir sans pouvoir s'appauvrir jamais, en contre-balançant le pouvoir absolu dont le mari jouit dans la communauté par la clause de renonciation, par l'institution du remploi légal, par celle du douaire et des donations mutuelles de biens à venir. Avec ces garanties, leur théorie est devenue homogène et complète, et le mariage, qui, avant eux, ne reposait que sur le pivot mobile, changeant de l'affection, s'est fortifié d'un lien plus durable, de l'unité même donnée à des intérêts jusque là divisés.

[p. XV] Qu'un rapprochement encore nous soit permis entre le droit romain et le droit des praticiens. C'est de la puissance paternelle que nous voulons parler.

On pense bien que nous ne remonterons pas à ce qu'elle eut de militaire et de draconien aux premiers temps de l'ancienne Rome. Nous la prendrons avec les modifications que lui a fait subir le Code de Justinien, telle enfin qu'elle s'est introduite en France dans les provinces de droit écrit. Sous ce droit même, on sait que le fils de famille n'existait pour ainsi dire pas civilement : il ne pouvait, bien qu'avec la permission de son père, ni contracter ni tester, et tout ce qu'il acquérait appartenait au père de famille. A ce principe il n'y avait que de fort rares exceptions.

Dans les pays de coutume, au contraire, la puissance paternelle s'était plus rapprochée de la nature. Au dire d'Accurse, qui vivait vers l'an 1200, les fils de famille en avaient été en quelque sorte affranchis par les praticiens, *ut prorsus absolutos*, et cette remarque judicieuse sera confirmée plus tard par de nombreuses autorités.

Loisel, par exemple, parlant de l'usage du pays coutumier, écrira que le droit de puissance paternelle n'a lieu.

Coquille, en son Institution, dira qu'elle n'est que *superficiare* en France et que nos coutumes en ont retenu quelques petites marques avec *peu d'effet*.

On trouvera, enfin, dans Dumoulin, § 2, de l'ancienne coutume, gloss. 2, qu'en pays de coutume on en use à peine, *quadamtenus tantum*.

Ainsi donc il en aura été de la puissance paternelle comme de l'association

conjugale : les praticiens auront manifesté, dans ces deux grandes institutions sociales, leur supériorité sur la raison écrite.

Il suffit, nous le pensons, de ce coup d'œil général jeté sur certaines parties des coutumes pour nous autoriser à conclure que le droit des praticiens ne fut pas seulement national et nouveau, mais qu'il eut également, ce qu'on lui a nié jusqu'ici, une large part d'influence dans la civilisation moderne. Un rapprochement plus longtemps prolongé, des détails plus nombreux deviendraient fatigans et inutiles : c'est au lecteur, maintenant que les lignes principales sont tracées, de plonger au-delà du cadre s'il le veut et de compléter lui-même le tableau.

Un autre spectacle appelle nos regards, spectacle imposant, solennel, dernier combat du droit coutumier et du droit romain, auquel la France, divisée en deux camps, applaudit avec une égale sollicitude et un intérêt partagé.

Alciat ouvre la lice ; Cujas, le grand Cujas y descend après lui. Révélateur du passé, riche des trésors de la littérature et de l'histoire, Cujas, oublieux de notre France, ressuscite l'antique Italie ; a sa voix toute romaine se dressent les vieux jurisconsultes romains, et leurs doctrines, en passant par sa bouche, revêtent un charme et une puissance inconnus jusqu'ici. Bourges, aux murailles trop étroites, acclame à sa venue, et de tous les points de la France de nombreux et illustres disciples se précipitent à l'envi sur ses pas.

Hélas! c'en est donc fait de notre droit coutumier. Son écu national pâlit et s'efface dans ce trop inégal tournoi, où le gant est jeté et où personne ne se présente, au nom du pays, pour relever le gage de bataille.

Un homme cependant sort des rangs du barreau, marchant dans sa force et son indépendance, appelant la persécution sur sa tête par l'énergie de son caractère et l'ardeur de ses opinions audacieuses. Homme de pratique et de science à la fois, mais homme de cœur surtout, ne demandant point à l'*édit du prêteur* le secret de ses convictions brûlantes : cet homme, on l'a nommé, c'est Dumoulin. Au sein des luttes politiques qui le menacent, il n'a qu'une idée, le développement du droit nouveau ; qu'un désir, d'harmoniser entre elles tant de coutumes diverses et de les élever du terre à terre où elles gisent encore jusqu'à la majesté de la chaire et de l'enseignement. Aussi la postérité reconnaissante le proclamera-t-elle le premier entre les praticiens, le prince des jurisconsultes *français*.

A son apparition, la scène change et les chances de la victoire deviennent indécises ; droit romain, droit coutumier, vont se retirer, chacun leur royauté en tête, sur leurs [p. XVI] terres respectives ; voisins tracassiers, gardiens vigilans de leurs frontières disputées, deux siècles auront passé sur la France qu'ils se tiendront encore en respect et s'observeront d'un regard jaloux.

C'est ainsi que se fermera le seizième siècle, siècle géant, tout de principes et tout de droit, que la période qui va suivre ne fera guère que développer en appelant à son secours les arrêtistes et la jurisprudence.

Les arrêts, les arrêtistes !

Ces deux mots sont anciens dans la langue de notre droit, car Bouteiller écrivait, dans sa *Somme rurale*, vers 1402 : « Si sachez que d'arrest de parlement ne peut être appelé, et, pour ce, l'appelle-t-on ARREST que tellement est arrêté que nuls appeaux n'y chéets. »

Ce n'est cependant qu'au dix-septième siècle qu'apparaissent et se multiplient avec

une incomparable fécondité les arrêtistes proprement dits. Tout à coup leur autorité devient en quelque sorte universelle ; chaque parlement a son collecteur d'arrêts ; en moins de quatre-vingts ans, plus de cent cinquante recueils différens, volumineux, compactes, sont livrés à la publicité ; rédiger ou citer des arrêts devient une mode, un besoin, presque une gloire, que ne dédaignent pas même les plus illustres magistrats. Le dix-septième siècle, enfin, si on voulait le désigner dans les fastes du droit, devrait être appelé le siècle des arrêtistes.

En effet, lisez *Fournel* : « Le goût dominant des jurisconsultes de cette époque, dit-il, se tourna vers les *compilations d'arrêts et les recueils de plaidoyers* ; c'est à compter de ce temps seulement qu'on trouve cette foule d'arrêtistes qui encombrant les bibliothèques de jurisprudence. »

*Maussac*, cet habile critique qui écrivait vers 1610, exprime la même pensée et se plaint avec amertume que l'art de l'imprimerie soit désormais réservé exclusivement à perpétuer les futiles rapsodies des collecteurs d'arrêts, tandis que les doctes élucubrations des savans, dédaignées par les typographes, accusent ces derniers d'avarice et le siècle a d'impéritie. »

C'est à tort que Fournel et Maussac se sont élevés contre cette tendance contemporaine : elle n'était que la conséquence naturelle du grand mouvement d'école qui venait de se manifester. L'éclat éblouissant du seizième siècle était déjà suivi d'une prompte décadence, et les écoles, veuves de Cujas, de Dumoulin et des grands jurisconsultes qui de part et d'autre s'étaient rangés sous leurs bannières, languissaient dans un triste délaissement. Des principes avaient bien été proclamés du haut de la chaire, mais ces principes, compris seulement de quelques adeptes, étaient trop métaphysiques, trop absolus, trop angulaires, qu'on nous passe cette expression ; ils avaient besoin d'être mêlés aux faits et de descendre dans les réalités compliquées de la société pour devenir un pouvoir de plus en plus actif et civilisateur.

C'était aux arrêtistes qu'était réservée la mission d'opérer cette fusion salutaire. Soldats de droit écrit ou soldats de droit coutumier, ils escarmouchaient entre eux, essayant d'étendre petit à petit leurs conquêtes et d'arracher quelque parcelle du territoire ennemi. Aussi ne faut-il point s'étonner que leurs fastidieux et insipides travaux aient été acceptés complaisamment, reçus même avec faveur par le dix-septième siècle : car les arrêtistes répondaient à un besoin de l'époque et se trouvaient dans la condition de leur existence en popularisant une science subtile et ardue.

Qu'il nous suffise donc d'avoir expliqué leur origine, d'avoir justifié leur rapide progression en les rattachant comme un chaînon nécessaire à l'histoire générale du droit.

D'autres ont trop bien décrit leurs variétés infinies, ont trop savamment disserté sur le mérite et la diversité de leurs travaux pour qu'il nous soit permis d'y revenir (1).

Pour nous, qui n'avons le temps dans cette course rapide que de nous incliner en passant [p. XVII] devant les grandes figures de Domat, de Lamoignon, de d'Aguesseau, de Pothier, dont les ombres se dessinent majestueusement à l'horizon des dix-septième et dix-huitième siècles, hâtons-nous maintenant d'arriver de l'instrument au but, des arrêtistes à la jurisprudence ; adressons-nous enfin cette question :

---

<sup>1</sup> V. M. Dupin, de la Jurisprudence des arrêts.

## Qu'est-ce que la jurisprudence ?

La jurisprudence, si l'on en croit les définitions étroites données jusqu'ici, est une collection de décisions contradictoires, bonnes tout au plus pour les praticiens ; elle est un immense arsenal où chacun trouve une arme pour attaquer ou se défendre.

La jurisprudence, n'est-ce vraiment que cela ? Son action est-elle si restreinte qu'elle se borne, dans un intérêt privé, à faire perdre ou à faire gagner des procès ? Seule, enfin, au milieu des élémens sociaux qui gravitent, dans une direction donnée, vers une loi unitaire, reste-t-elle excentrique et indisciplinée ? Telle est peut-être son apparence si l'on se perd dans ses détails ; mais pour quiconque veut la considérer de haut elle a un caractère général et un rôle dans la civilisation. Parfois, sans doute, comme tout ce qui est humain, elle flotte, tourbillonne et revient sur elle-même ; mais que l'œil la suive attentivement, ce n'est là qu'un moment de repos, elle va reprendre bientôt sa marche accoutumée, et cette marche est le progrès. Issue de la loi, la jurisprudence en conserve d'abord la tradition stoïque ; peu à peu elle s'empreint d'équité, reflète les mœurs, les idées, les découvertes nouvelles, et, d'esclave soumise, se fait proclamer reine à son tour. S'emparer des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, les porter timidement dans son sein, les faire enfin prédominer par des essais continus, voilà sa mission.

La jurisprudence n'est donc pas seulement, comme on le répète chaque jour, le commentaire et le complément de la loi existante SUPPLETIF : car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi, tandis qu'elle exerce contre elle une action dissolvante, et, en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer CONTRA LEGEM. C'est ce que peint cette locution usuelle : « Il est de principe *en droit, mais la jurisprudence* a décidé que, etc., » opposition de mots qui rend une opposition de choses et nous montre deux puissances rivales traitant sur un pied de parfaite égalité.

Qu'on ne craigne pas, du reste, que cette propension divergente finisse par rompre la majestueuse ordonnance de nos Codes et par ramener sur nous la confusion et le chaos. Rétrograder est impossible à une nation qui a codifié ses lois. La codification, en condensant le passé, en fait un type indestructible, un monument national qu'on environne d'un saint respect. Seulement la codification immobiliserait les destinées d'un peuple qui ne saurait les confier à la jurisprudence. A la jurisprudence l'avenir ; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées.

Et tel a été, depuis bientôt un demi-siècle, depuis l'organisation simple et une de nos tribunaux, tel a été en France le rôle civilisateur de la jurisprudence.

Il suffit, pour être frappé de ce mouvement progressif, de rapprocher, de généraliser quelques unes des décisions perdues dans les nombreux volumes qui la composent.

Jetons les yeux, par exemple, sur les matières commerciales, dont les combinaisons se sont multipliées à l'infini depuis la confection de nos Codes : nous serons étonnés de ce qu'elles doivent à la jurisprudence. Le Code n'avait donné des actes de commerce qu'une nomenclature évidemment insuffisante, et chaque jour la jurisprudence a lutté pour faire rentrer dans cette catégorie une foule d'actes que les mœurs avaient fini par rendre commerciaux. C'est elle, elle seule, qui a comblé les lacunes dangereuses laissées par la loi dans les sociétés commerciales ; elle a d'abord

déterminé, plus complètement que la loi, les droits et les devoirs des associés, soit entre eux, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard de la société elle-même ; puis elle a tranché d'importantes questions dont l'indécision même paralysait les grandes opérations. Elle a, cédant à l'impulsion industrielle, créé un privilège sur la vente des offices, sur celle des fonds de commerce; elle a été enfin jusqu'à [p. XVIII] autoriser l'inscription hypothécaire pour sûreté d'un crédit éventuel qui pourrait ne pas se réaliser.

Sur l'arbitrage, les arrêts ont tracé une législation tout entière : ils ont rendu les arbitres de plus en plus souverains, comme pour étouffer les nombreux procès qui sortaient de cette juridiction, conciliatrice à son début.

En s'occupant du prêt à intérêt, la jurisprudence a fini par pencher vers le système des utilitaires et par relâcher, dans l'interprétation, les entraves trop étroites de la loi. Ainsi, elle n'a pas confondu avec les conventions illicites celles qui ont pour objet l'escompte d'effets négociables ; mais ce qu'elle a accordé aux efforts légitimes du travail elle l'a refusé à l'oisiveté et aux chances aveugles du hasard, en frappant de réprobation les jeux de bourse, si long-temps tolérés sous le nom de marchés à terme.

Le Code n'avait en de prévisions que pour la propriété foncière ; la jurisprudence soutient et favorise l'industrie, sa rivale. En matière d'assurances terrestres, elle supplée au silence absolu de la loi et trace des théories complètes. Elle abaisse l'orgueil de la propriété privée, reste du régime individuel et féodal, devant le principe du dévouement à la communauté, et prépare de cette façon la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Depuis des siècles, le sol avait régi le sort des hommes, la terre avait prévalu sur l'intelligence ; la jurisprudence donne à son tour aux œuvres de la pensée droit efficace de souveraineté, en poursuivant avec énergie les contrefaçons sous le masque le moins transparent, à travers les formes les plus variées. Et la loi sur la propriété intellectuelle naît de la jurisprudence !

Que si nous examinons l'action qu'elle a eue dans la sphère pénale, nous la trouverons plus philosophique que le Code, qui définit le crime par la matérialité de la peine. Elle cède peu à peu aux idées du spiritualisme, au principe équitable de l'appréciation morale, et conduit à la révision du Code de 1832, révision, il faut le dire, bien incomplète et qui déjà en sollicite une autre.

C'est même jusque sur les testaments, les contrats, la condition des personnes, de leur nature si invariables, que la jurisprudence étend ses conquêtes équitables. Ainsi, revenant de ses premières rigueurs à l'égard des testaments, elle s'arrête beaucoup moins à la forme qu'à la volonté présumée du testateur, elle secoue le joug de la loi en consacrant les donations déguisées ; elle annule presque l'art. 1326 en cherchant dans la preuve testimoniale un complément à l'irrégularité de l'acte sous seing privé ; ainsi encore, elle confère aux enfans naturels le titre d'héritiers que leur dénie la loi, et prend sur elle d'accorder une réserve à ces infortunés. De par la loi, la mère naturelle était privée de certains attributs réservés exclusivement à la mère légitime : ces droits, la jurisprudence les lui fait, autant que possible, partager, et si aujourd'hui encore la tutelle légale n'est pas généralement accordée à la mère naturelle, au moins ne lui conteste-t-on plus le pouvoir d'émanciper ses enfans.

Nous terminerons par un exemple significatif et frappant : nous voulons parler des tendances de la jurisprudence vers l'émancipation légale de la femme. Cette émancipation, considérée par le plus grand nombre encore comme l'utopie

d'imaginaires brouillonnes et ardentes, a cependant pénétré assez avant dans les mœurs, si l'on en juge par les traces qu'elle laisse dans la jurisprudence. C'est même là, il faut en convenir, un fait digne de remarque pour les esprits graves et désintéressés.

On se rappelle qu'en souvenir de la vieille puissance maritale, on avait voulu remettre entre les mains de l'époux un moyen de coercition rigoureux, la contrainte *manu militari*, afin d'obliger à la co-habitation la femme qui désertait le domicile conjugal. Cette mesure violente, contraire à la dignité du mariage, à la dignité de la femme, la jurisprudence a fini par la repousser. Elle a ouvert contre la femme une voie moins humiliante et plus douce, et encore le mari ne peut-il s'en prévaloir qu'en offrant à l'épouse une habitation convenable proportionnée à son état et à sa fortune. Il en est de même de l'autorisation maritale, que la jurisprudence a relâchée à mesure qu'elle s'est éloignée de la promulgation [p. XIX] des Codes. On voit que, dans une foule de cas, elle se contente de l'autorisation tacite et implicite, qu'elle se plaît même à l'étendre ; dans beaucoup d'autres, elle émancipe complètement la femme de l'autorité du mari. Ainsi les obligations contractées de bonne foi dans une juste mesure, soit pour alimens, soit dans l'intérêt de la communauté, sont dispensées par elle de l'autorisation. Il y a plus : si la femme a donné au mari le droit d'intenter une action relativement à ses droits immobiliers, elle peut la révoquer de son propre mouvement ; elle peut encore, mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, prendre inscription à raison de sa dot, sans autorisation du mari ou de justice, sur les acquêts de cette société, même pendant sa durée.

La jurisprudence ne s'en est point tenue là : à la femme commerçante qui avait su, par son intelligence et son industrie, se créer une position indépendante, elle a prêté une généreuse assistance. Elle a décidé, par exemple, que, pour que la femme fût réputée marchande publique, il suffisait du silence du mari ; la femme même l'oblige dans ce cas, encore qu'il ait témoigné son improbation dans quelques circonstances, et elle peut, sans autorisation, vendre un immeuble acheté du bénéfice de son commerce. Ce laisser-aller de la jurisprudence en faveur de la femme est même tellement irrésistible que les arrêts osent se mettre en contradiction flagrante avec le texte de la loi. La jurisprudence, par exemple, reconnaît, en cas d'interdiction du mari, le droit à la femme d'assister au conseil de famille, nonobstant l'art. 442 du Code civil.

Arrêtons-nous ici. C'en est assez de ces citations techniques pour justifier ma pensée et prouver que la jurisprudence n'est point un chaos d'éléments épars ; qu'elle a, comme toute science, ses phases nécessaires, son point de départ et son but, et que, plus avancée que la loi, elle est, par excellence, l'expression vraie et le dernier mot de la société.

Qu'il me soit seulement permis, en finissant, de jeter un regard en arrière pour considérer si les idées qui m'animaient au début ont reçu une saillie assez vive et se sont éclairées d'un jour suffisant.

Qu'ai-je voulu ?

Rendre plus étroite, s'il était possible, l'union de la théorie et de la pratique, ces deux faces d'une figure indivisible, le droit ;

Relever les praticiens de l'espèce d'ilotisme où on les a toujours tenus placés ; car il en a été de l'histoire du droit comme de l'histoire des nations. Les rois et les grands de la législation ont bien eu leurs biographes et leurs panégyristes ; mais les praticiens, mais les arrêtistes, ce peuple du droit, sont restés couverts d'un dédaigneux oubli. J'ai

donc tenté de jeter quelque lueur, dirai-je quelque gloire ? sur ces dévoûmens anonymes, sur ces efforts ignorés et continus dont on foule incessamment les idées sans songer même à leur en reporter l'honneur.

J'ai essayé, enfin, en généralisant la jurisprudence, en indiquant son but social, de prouver qu'il serait digne d'un esprit élevé d'en approfondir les secrets pour accélérer le mouvement progressif qu'elle accomplit parfois trop lentement.

Ce triple but, l'ai-je atteint ? C'est au lecteur de prononcer.

Si, du reste, ces vues quelque peu neuves lui paraissent hasardées, qu'il se rassure, l'exemple n'en sera pas contagieux. Ce que l'on cherche dans un recueil d'arrêts, ce sont beaucoup moins les idées personnelles du pauvre compilateur que les monumens de jurisprudence qu'il est chargé de conserver, et le sort réservé à sa préface est d'occuper le premier cahier du volume, que respecte ordinairement le couteau. Pour moi, je le déclare, j'y suis d'avance bien résigné ; un seul espoir m'est doux : c'est qu'un jour quelque patient arrêviste, obligé par métier de dépouiller *quand même* tout ce qui aura été compilé avant lui, retrouvera sur un poudreux rayon ces feuilles oubliées, ce portrait de famille. Puisse-t-il alors, confrère bienveillant, donner à ma mémoire obscure le souvenir, que j'aurai donné à mes devanciers !

1<sup>er</sup> mars 1837.

LEDRU-ROLLIN.