HAL
open science

L'enseignement de l'histoire du droit privé français à travers quelques manuels (XIXe-XXIe siècle)

Didier Veillon

To cite this version:

Didier Veillon. L'enseignement de l'histoire du droit privé français à travers quelques manuels (XIXe-XXIe siècle). Le livre jubilaire. Centenaire du Dahir formant Code des Obligations et Contrats, sous la dir. de Fouzi Rherrousse, Université Mohammed Premier, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales d'Oujda, Laboratoire des études juridiques et sociales, Oujda - Faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Fèz, Centre Laboratoire des obligations et contrats, Fèz, Editions de l'Université d'Oujda, p. 129-147, 2017. hal-02540292

HAL Id: hal-02540292

https://hal.science/hal-02540292v1

Submitted on 10 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'enseignement de l'histoire du droit privé français à travers quelques manuels (XIXe-XXIe siècle)

« Il y a toujours eu des juristes pour cultiver le passé du droit », observent les professeurs Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche dans un récent ouvrage paru sous leur direction[1]. Et de noter que Pomponius consacrait déjà au IIe siècle de notre ère des commentaires sur les origines de la législation à Rome. Nos deux collègues n'en constatent pas moins qu'il faut attendre le XVIe siècle pour voir l'histoire du droit se constituer « en tant qu'objet scientifique »[2]. De fait, c'est bien à cette époque que cette discipline est apparue « dans le milieu des humanistes français de l'École de Bourges »[3]. Pour autant, l'étude des liens particulièrement étroits unissant l'histoire et le droit se développera essentiellement au XIXe siècle sous l'égide de l'École historique allemande. Ce sont en effet des universitaires d'outre-Rhin qui, les premiers, engageront une profonde et intense réflexion sur l'évolution de la science juridique dans le temps. En ce domaine s'illustreront notamment Gustav Hugo (1764-1844) et à sa suite Karl Friederich Eichhorn (1781-1854) puis Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Quoi qu'il en soit, le plus célèbre représentant de ce courant de pensée demeure à n'en pas douter Friederich Carl von Savigny (1779-1861) dont l'influence fut prégnante au sein d'un cercle de juristes français, certes relativement restreint – du moins pendant la première moitié du XIXe siècle – mais de tout premier ordre : y figurent entre autres Jourdan (1791-1826), Lerminier (1803-1857), Troplong (1795-1869), Klimrath (1807-1837) ou encore Laferrière (1798-1861). Ces hommes peinent cependant à convaincre nombre de leurs collègues et plus encore les autorités de l'intérêt que représente l'essor des études historiques du droit français.

Créées par une loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), précisée par un décret du quatrième jour complémentaire de la même année (21 septembre 1804), les écoles de droit, qui prendront le titre de facultés en 1808, ont alors pour vocation première sinon exclusive de former des praticiens en leur enseignant d'abord et avant tout le droit civil français, seule matière dispensée tout au long des trois années de scolarité nécessaires en vue d'obtenir la licence[4]. Quant à l'histoire du droit proprement dite, elle est réduite à une espèce de succédané sous la forme d'un cours de « droit romain dans ses rapports avec le droit français », dispensé en première année. La promulgation du Code civil ayant fait table rase des sources de l'ancien droit, l'histoire semble à tout le moins

[1] *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 13.
[2] *Ibid*.
[3] F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXème-XXème siècles), *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, p. 3.
[4] J. GATTI-MONTAIN, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1987.

inutile, voire peut-être suspecte d'entretenir une forme de nostalgie à l'égard d'une société à jamais révolue. Pour autant, la Restauration n'est pas beaucoup plus encline que le régime précédent à faire place à quelque enseignement historique dans les facultés de droit, même si une ordonnance royale du 26 mars 1829 y introduit une histoire du droit civil français en doctorat. C'est alors surtout en dehors de l'université que l'École historique allemande exerce une réelle fascination chez certains juristes novateurs, notamment parmi les collaborateurs de la *Thémis*, revue fondée en 1819 par le jeune Athanase Jourdan, mais qui ne survivra pas à la disparition de son créateur décédé prématurément en 1826 à l'âge de 35 ans[5]. Au début de la monarchie de Juillet, l'histoire du droit n'en suscite pas moins un réel regain d'intérêt comme en témoigne les travaux d'Henri Klimrath. Le titre de sa thèse de doctorat, soutenue à Strasbourg en 1833, dénote l'ambition de l'auteur : *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*[6]. Après avoir constaté que le droit était trop souvent perçu comme « une étude aride, peu intéressante »[7], Klimrath estime que ce reproche est par trop fondé dans la mesure où « par une méthode déplorable », on le réduit « à n'être plus qu'une pure affaire de mémoire, afin de retenir les dispositions de la loi, et une interprétation grammaticale et logique, afin d'argumenter subtilement des cas prévus aux cas pour lesquels il manque une solution légale »[8]. Et de renchérir : « N'oublions pas quels devoirs sont imposés à l'enseignement public. Il ne s'agit pas seulement de former des juges, des avocats, des notaires ; mais avant tout des hommes et des citoyens »[9]. Aussi convient-il de recourir à l'enseignement de la philosophie et de l'histoire. Si Klimrath laisse à d'autres le soin de montrer les bienfaits de la première discipline, il insiste en revanche sur les avantages de la seconde. À l'instar de ce que Guizot ou Augustin Thierry ont réalisé en faveur de « l'histoire générale », les jurisconsultes français doivent donner à l'histoire du droit ses lettres de noblesse en s'inspirant du modèle allemand. Et de rendre un vibrant hommage à Hugo, Savigny, Eichhorn ou encore Mittermaier. Dès lors, l'approche historique est-elle indispensable pour combler les lacunes du Code. Selon Klimrath, « Portalis qu'un heureux pressentiment rattachait à tant d'égards des principes de l'école historique »[10] en avait d'ailleurs pleinement conscience quand il déclarait que les codes des peuples se font avec le temps, mais qu'à proprement parler on ne les fait pas[11].

De son côté, Troplong publie dans le premier numéro de la *Revue de législation et de jurisprudence* un article au titre évocateur : « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français »[12]. Et de constater : « Depuis quelques temps les tribunaux retentissent de hautes questions de jurisprudence, et le droit semble avoir renoué son antique alliance avec l'histoire »[13]. Un tel état de choses n'est pas pour

---

[5] Sur l'influence de l'École historique allemande, voir J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, p. 9-32.
[6] Imprimerie de F. G. Levrault, Strasbourg, 1833.
[7] *Ibid*., p. 1.
[8] *Ibid*.
[9] *Ibid*. p. 2-3.
[10] *Ibid*., p. 14.
[11] Ajoutons qu'on doit à Klimrath une « carte de la France coutumière », publiée en annexe d'une *Études sur les coutumes* (1837) ; elle est toujours utilisée aujourd'hui.
[12] *Revue de législation et de jurisprudence*, t. Ier, octobre 1834-mars 1835, p. 1-14.
[13] *Ibid*., p. 1.

déplaire à l'auteur qui souligne à l'envi combien il est parfois nécessaire à des magistrats de recourir « à nos vieilles annales » pour trancher des litiges en certaines matières comme celle des droits d'usage des communes. Pour autant, Troplong n'en tient pas moins un discours nuancé sur l'intérêt de telles démarches. En sa qualité de magistrat, il confesse avoir pris part à des débats judiciaires l'ayant amené à consulter « quelques un de nos feudistes et publicistes les plus renommés, par exemple Dumoulin, Loyseau, Lebret, d'Aguesseau, Henrion de Pansey ». Toutefois, ajoute-t-il aussitôt : « je n'ai rien trouvé dans ces écrivains qui puisse satisfaire les esprits nourris des saines doctrines mises en honneur par l'école historique du dix-neuvième siècle »[14].

L'influence de ce courant d'idées n'en produit pas moins des effets dans l'enseignement de l'histoire du droit en France. Du moins est-ce l'opinion développée par un jeune docteur de l'université de Toulouse : Ginoulhiac (1818-1895). Dans une contribution publiée en 1845 dans la *Revue de législation et de jurisprudence*[15], celui-ci constate que l'étude du droit romain a considérablement évolué depuis son introduction quarante ans plus tôt dans les écoles de droit. Alors, il n'était pas demandé d'enseigner « le pur droit romain » mais celui dispensé dans l'Université de l'Ancien Régime à travers les institutes de Serres ou de Boutaric et présentant surtout quelque utilité pour comprendre le Code civil. Or, sous l'influence des romanistes allemands de l'École historique, leurs homologues français se sont progressivement écartés des injonctions du législateur de 1804 pour ne s'occuper que de droit romain classique. Dès lors, affirme Ginoulhiac, « on a donc supprimé de fait une chaire d'histoire du droit français dans les Facultés, car le droit romain, enseigné comme l'entendait la loi de l'an XII, *dans ses rapports avec le droit français*, n'était pas autre chose »[16]. Loin de blâmer une telle évolution dans la mesure où elle participe aux progrès de la science, Ginoulhiac considère toutefois qu'il convient plus que jamais de promouvoir également un véritable enseignement historique de notre droit national. Au mieux, assure-t-il, une telle matière fait l'objet de cours supplémentaires confiés à des professeurs suppléants qui la négligent trop souvent car elle ne leur apparaît guère utile dans la préparation d'un concours en vue d'obtenir une chaire. Aussi Ginoulhiac propose-t-il de créer dans toutes les facultés une chaire spécifique d'histoire du droit qui serait, selon ses dires, « une annexe »[17] de celles de droit civil.

De telles innovations seront finalement consacrées durant les deux dernières décennies du XIXe siècle. C'est en effet sous la Troisième République, devenue réellement républicaine, que le rôle de l'histoire du droit sera reconsidéré dans l'enseignement supérieur[18]. En effet, un décret du 28 décembre 1880 met en place un cours annuel et un examen d'histoire générale du droit français en première année. Par ailleurs, une agrégation d'histoire du droit est instituée en 1896.

Parce que depuis près de deux siècles, il participe, à des degrés divers selon les époques et les lieux, à la formation de tous les étudiants en droit de notre pays, parce que depuis plus d'un siècle, il est doté d'un corps d'universitaires qui lui est propre,

---

[14] *Ibid*., p. 2.
[15] « De l'étude et de l'enseignement de l'histoire du droit en France », *Revue de législation et de jurisprudence*, mai-août 1845, p. 155-197.
[16] *Ibid*., p. 182. Les mots écrits en italique l'ont été par l'auteur.
[17] *Ibid*., p. 196.
[18] J.-L. HALPERIN, *art. cit*., p. 22 et suiv.

l'enseignement de l'histoire du droit français doit retenir l'attention. Dans le cadre de cette modeste contribution, traiter un tel sujet dans son ensemble serait évidemment une gageure. Aussi envisagerons-nous seulement l'histoire de l'enseignement du droit privé. Nous le ferons en compulsant les avant-propos, introductions et préfaces de manuels publiés depuis le XIXe jusqu'à nos jours. Outre qu'une telle démarche permet de cerner au plus près la pensée des auteurs, elle offre également à notre sens un éclairage sur l'évolution de l'histoire du droit privé dans nos facultés. Or en ce domaine, la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954 nous semble constituer une étape fondamentale dans la mesure où elle accentue considérablement l'importance de cette matière au sein de l'Université. Précédemment, l'étude didactique de l'histoire du droit privé n'en avait pas moins déjà connu une profonde mutation : intégrée au XIXe siècle dans des ouvrages généraux sur l'histoire du droit français, elle fera au tournant du siècle suivant l'objet de livres spécifiques (I). Cette tendance se confirmera avec la réforme de 1954 (II).

I – Vers une lente autonomie de l'histoire du droit privé (XIXe- première moitié du XXe siècle)

« Nous avons sur l'histoire du droit français un petit abrégé français par Fleuri, un petit épitome latin par Silberrad et un volume par Bernardi. Notre richesse se borne à cela », écrit Klimrath en 1835 dans la *Revue de législation et de jurisprudence*[19]. Selon lui, ces trois ouvrages sont en outre très insuffisants dans la mesure où ils « n'embrassent que l'histoire externe du droit », définie comme étant « l'histoire des sources du droit et des faits politiques ou sociaux nécessaires à leur explication », par opposition à « l'histoire interne », celle « du fond du droit, de ses dispositions de ses principes »[20]. Pertinent à bien des égards, le jugement porté sur les ouvrages cités n'en est pas moins sévère. Ainsi l'*Histoire du droit françois* de l'abbé Claude Fleury (1640-1723), parue pour la première fois en 1674 – alors de manière anonyme – traduit une « pensée juridique… originale à plus d'un titre »[21]. Ce livre est non seulement le premier dont le titre fait expressément référence à l'histoire du droit français mais également à traiter véritablement d'un tel sujet. Son auteur, comme dans toute son œuvre, y témoigne « le souci de remonter en toute chose aux fondements, tant logiques qu'historiques »[22]. Cette rigueur scientifique apportée à l'étude de la genèse du droit

[19] H. KLIMRATH, « Programme d'une histoire du droit français », *Revue de législation et de jurisprudence*, avril-septembre 1835, p. 87. – Sur Henri Klimrath : F. AUDREN, « Écrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837) », *Histoire de l'histoire du droit*, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Toulouse, 1-4 juin 2005, Textes réunis par J. POUMAREDE, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 113-143 ; du même auteur, on peut également lire la contribution publiée dans le *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, s. dir. P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007, v° Klimrath Henri, p. 439-440.

[20] « Programme… », art. cit., p. 88.

[21] X. GODIN, « L'*Histoire du droit françois* de l'abbé Claude Fleury 1674 », *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, 2006, p. 63.

[22] N. HEEP, *Dictionnaire du Grand Siècle*, s. dir. F. BLUCHE, Paris, Fayard, 1990, v° Fleury (L'abbé Claude), p. 600.

français, dans l'analyse des relations entre le droit romain et les coutumes, donne à penser, avec nos collègues Fabrice Hoarau et Xavier Godin, que nous sommes en présence d'une œuvre tout à la fois pionnière et résolument moderne[23]. Quant à l'*Historiae juris Gallicani* de Jean-Martin Silberrad (1707-1760), publiée en 1751 et rééditée en 1765, elle est écrite par « un des plus brillants juristes strasbourgeois de son temps »[24]. Joseph-Dominique-Elzéard de Bernardi (1751-1824) présente également un réel intérêt. Certes son ouvrage *De l'origine et des progrès de la législation française ou Histoire du droit public et privé de la France*, paru en 1816, peut prêter le flanc à la critique ne serait-ce que parce que son auteur, fervent légitimiste, se complait à fustiger l'œuvre juridique révolutionnaire et napoléonienne. Pour autant, Klimrath lui reproche surtout de se montrer par trop superficiel. Et d'affirmer : « Nous ne craignons pas de le dire : qui cherche la connaissance de l'histoire du droit français dans l'ouvrage de Bernardi (et c'est le plus étendu des trois), ne ressemble pas mal à celui qui penserait trouver la connaissance de l'antiquité dans les *Beautés* de l'histoire grecque ou romaine »[25]. Or, l'étude, en dépit de ses défauts, atteste d'une incontestable démarche historique.

Plus injustes encore apparaissent les propos de Klimrath quand celui-ci refuse de citer d'autres livres en dehors des trois auxquels il fait expressément référence, « tant ils sont au dessous de toute critique »[26]. Ainsi ne mentionne-t-il pas certains opuscules destinés aux étudiants comme le *Précis historique de législation française* d'Alexandre Cérésa-Bonvillaret (1811) ni l'*Introduction à l'histoire du droit français et à l'étude du droit naturel* de Thomas Pascal Boulage (1821). Mais il ne fait pas non plus la moindre allusion à l'*Introduction générale à l'histoire du droit* d'Eugène Lerminier (1829). Certes cet ouvrage, qui valut à son auteur une grande réputation tant en France qu'à l'étranger, ne concerne pas exclusivement l'histoire du droit français : il contient entre autres des développements sur Grotius, Pufendorf, Leibnitz, Thomasius, Wolf, Heineccius, Vico, mais également sur l'école historique allemande dont Lerminier fut l'un des premiers diffuseurs en notre pays. Quoi qu'il en soit, son *Introduction générale* n'en présente pas moins aussi des observations sur les travaux de jurisconsultes français (Cujas, Doneau, Dumoulin, Bodin, Pothier, Montesquieu…), sur les projets de code civil préparés sous l'égide de Cambacérès pendant la Révolution et sur la codification napoléonienne. Autant de sujets qui auraient sans doute pu mériter quelque intérêt de la part de Klimrath. Mais il n'en est rien et ce n'est pas davantage le cas en 1836 quand, toujours dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, celui-ci fait un compte rendu de l'*Histoire du droit français* écrite par Firmin Laferrière[27]. À titre liminaire, Klimrath adresse ses remerciements à l'auteur « pour nous avoir délivrés des tristes lieux communs que nous étions condamnés à répéter sans cesse sur le manque absolu d'un livre passable sur l'histoire du droit en France »[28]. Pourtant, celui de Laferrière « laisse

[23] F. HOARAU, *Dictionnaire historique des juristes français…*, v° Fleury Claude, p. 333-335 ; X. GODIN, art. cit.
[24] L. PFISTER, *Dictionnaire historique des juristes français*…, v° Silberrad Jean-Martin, p. 714-715.
[25] « Programme… », *art. cit*., p. 89.
[26] *Ibid*., p. 87.
[27] *Revue de législation et de jurisprudence*, avril-septembre 1836, p. 48-62.
[28] *Ibid*., p. 48.

beaucoup à désirer »[29]. Or, parmi les griefs formulés à son encontre, il en est un qui doit retenir ici plus particulièrement notre attention. Klimrath, après avoir évoqué une nouvelle fois Fleury, Silberrad et Bernardi, note en effet que l'auteur a pris le contrepied de ses devanciers : « il s'est retranché dans la spécialité du droit privé, pour n'en sortir que par accident »[30]. Une telle attitude pourrait il est vrai aisément se justifier dans la mesure où « l'histoire du droit civil est une spécialité assez vaste pour qu'il soit permis de s'y restreindre ». Encore faudrait-il, selon Klimrath, « posséder une histoire du droit public de la France, une histoire complète et scientifique de la constitution comme de l'administration de l'état et de ses diverses parties ». Et de constater : « Cette histoire, chacun le sait, n'existe point, et à son défaut, c'est pour l'historien du droit une obligation rigoureuse de la faire, de la comprendre dans son plan, sous peine d'égarer ses lecteurs et de s'égarer lui-même »[31]. De fait, Laferrière limite son étude aux institutions civiles dont il explore les quatre sources principales : le droit romain, le droit coutumier, le droit canonique et enfin celui des ordonnances royales. Dans la même veine, deux ans plus tard, en 1838, il publie un second tome de son *Histoire du droit français* consacré à la législation civile sous la Révolution et le Consulat. En 1839, il fait également paraître un *Cours de droit public et administratif* qui reproduit son enseignement. Cette volonté d'embrasser l'évolution du droit dans son ensemble est toutefois surtout présente dans son *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*. Parue de 1846 à 1858 en six volumes, elle envisage le droit privé et le droit public mais avec une nette prédominance pour le premier ; tendance qui eût été sans doute en partie corrigée si Laferrière n'avait pas été surpris par la mort alors qu'il rédigeait un septième volume sur l'esprit des institutions publiques de l'époque franque à la fin de l'Ancien Régime[32].

Quoi qu'il en soit, au milieu du XIXe siècle, l'enseignement de l'histoire du droit privé n'est guère distingué de celui de l'histoire du droit public et se trouve de surcroît souvent réduit à la portion congrue. En témoigne le *Précis historique du droit français. Introduction à l'étude du droit*, de Jules Minier (1821-1859)[33]. Dans la préface de son ouvrage publié en 1854, ce jeune professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Poitiers rappelle tout d'abord qu'il fut chargé en 1849 d'un cours d'introduction à l'étude du droit faisant une large place à l'histoire. « Les études – explique-t-il – auxquelles, je m'étais livré en commençant par Klimrath, me donnèrent l'idée d'initier les élèves à la connaissance de nos antiquités juridiques, et de leur donner des notions que, peu d'années avant, j'avais été si désireux d'acquérir »[34]. Se référant au rapport fait à Louis-Philippe dans les années 1830 par Victor Cousin sur les chaires d'encyclopédie de droit, il confie avoir divisé son enseignement en deux paries : une première portant sur les définitions indispensables, suivies de quelques détails sur l'organisation judiciaire et de l'étude du titre préliminaire du Code Napoléon ; une seconde consacrée

[29] *Ibid*.
[30] *Ibid*. p. 49.
[31] *Ibid*.
[32] Sur Laferrière, voir : Y.-A. DURELLE-MARC, « La *Revue bretonne de droit et de jurisprudence* de F. Lafferière et l'École historique française du droit », *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 373-387 ; J.-J. CLERE, *Dictionnaire historique des juristes français*…, v° Laferrière Louis-Firmin-Julien, p. 451-453.
[33] Paris, A. Marescq et E. Dujardin, Libraires éditeurs, 1854.
[34] *Ibid*, préface, p. I.

à « un résumé de l'histoire du droit français » fondé sur « les riches matériaux fournis par les jurisconsultes et publicistes modernes » permettant de « faire une analyse complète des sources du droit depuis l'invasion de la Gaule par les Francs jusqu'à la codification »[35]. Et d'ajouter : « Mon livre est plutôt une table raisonnée des matières qu'un exposé scientifique de l'ancienne législation »[36]. Mais il traite essentiellement du droit public et pour chaque période « seulement quelques brèves sections sont consacrées à des questions relevant du droit civil »[37]. Il n'en constitue pas moins un remarquable ouvrage de vulgarisation à l'adresse d'étudiants néophytes[38].

La même démarche didactique anime d'autres auteurs à la suite du décret du 28 décembre 1880 instaurant dans toutes les facultés de droit un enseignement d'histoire du droit général français en première année. Édouard Guétat se félicite d'une telle évolution. Dans son *Histoire élémentaire du droit français depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction de nos codes*[39], ce professeur à la Faculté de droit de Grenoble note avec une évidente satisfaction : « Jusqu'en 1881, les étudiants, initiés tout d'abord aux secrets de la législation romaine, étaient appelés, sans autre transition, à l'étude du droit moderne. On leur montrait ainsi la source et l'embouchure du grand courant qui a formé la législation contemporaine ; et on leur en cachait le cours… Et cependant que de considérations conviaient les esprits à consacrer leurs loisirs à l'histoire du droit public et privé de la France, depuis ses origines jusqu'à l'ère nouvelle ! »[40]. Quoi qu'il en soit, dans un bref avertissement préalable, Guétat confiait « ne pas produire une œuvre originale, mais vulgariser des notions utiles »[41]. Alfred Gautier, professeur à Aix-en-Provence, est animé par le même état d'esprit dans son *Précis de l'Histoire du droit français*[42]. Quant à Ginoulhiac, son *Cours élémentaire d'histoire générale du droit public et privé depuis les premiers temps jusqu'à la publication du Code civil*[43] est présenté comme la reproduction de celui qu'il a professé dès 1854 aux étudiants de première année de la Faculté de droit de Toulouse. Du reste, il reconnaît sans détour que « les divisions en sont simples et sans prétentions scientifiques »[44]. De fait, à l'instar de Minier mais également de Guétat ou de Gautier, Ginoulhiac adopte un plan chronologique divisé en périodes, sept pour sa part : gauloise, gallo-romaine, germanique, féodale, coutumière, monarchique, intermédiaire. « Quant au fond, écrit-il, ayant toujours cherché sans parti pris, avec un esprit libre de toute préoccupation systématique, j'ai cru devoir maintenir, malgré les temps écoulés et les circonstances, ce qui m'avait paru être vrai, tant que l'erreur ne m'en était pas démontrée, et j'ai tâché de l'exposer clairement et simplement »[45]. Se déclarant « fidèle aux doctrines de l'école historique », il considère que pour bien comprendre les institutions juridiques, il faut

[35] *Ibid.*, p. II et III.
[36] *Ibid.*, p. III.
[37] J. HILAIRE, « Les orientations de l'historiographie de droit privé entre 1850 et 1950 », *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 242.
[38] A. SLIMANI, *Dictionnaire historique des juristes français*…, v° Minier Pierre-Jules, p. 566.
[39] Paris, L. Larose et Forcel, 1884.
[40] *Ibid.*, p. III.
[41] *Ibid.*, p. I.
[42] Paris, L. Larose et Forcel, 1887.
[43] Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1884. – P. NELIDOFF, *Dictionnaire historique des juristes français*, v° Ginoulhiac Jacques-Charles-Marie, p. 369-370.
[44] *Ibid.*, p. VI.
[45] *Ibid.*

« remonter à leur origine, dans le milieu où elles sont nées et se sont développées progressivement ». Comme son titre l'indique, l'ouvrage de Ginoulhiac traite aussi bien du droit public que privé et s'efforce, comme au demeurant ceux de Guétat et de Gautier, de maintenir peu ou prou un relatif équilibre entre les deux matières. Mais en réalité, le droit public prédomine nettement dans ces différents manuels.

Un tel état de choses prévaut également dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* d'Adhémar Esmein (1848-1913) paru en 1892[46]. Mais l'auteur revendique pleinement un tel choix : « Ce cours, écrit-il, ne comprend pas l'histoire de toutes les branches du droit. De parti pris, j'ai laissé de côté l'histoire interne du droit privé, ou plutôt je n'en ai retenu que deux chapitres, qui jusqu'à la Révolution appartiennent autant au droit public qu'au droit privé : l'état des personnes et la propriété foncière ». Et de poursuivre : « La raison est que le cours d'histoire du droit, auquel correspond ce livre, est placé en première année dans les Facultés de droit : il s'adresse à des élèves qui suivraient difficilement, dans les détails techniques et nécessaires, l'histoire de la famille, des contrats et des successions en droit français ; ils peuvent, au contraire, parfaitement saisir dans les grands lignes l'histoire du droit public et l'histoire des sources, et c'est à cet objet que le cours a été limité. Le but principal de cet enseignement me paraît être de dégager, par la méthode historique, la notion d'État et ses attributs essentiels »[47]. Autre particularité de l'ouvrage, son *terminus ad quem* est fixé en 1788. Esmein a conscience que de prime abord un tel choix peut surprendre. Mais il s'en justifie en considérant que le droit de la Révolution est trop important pour pouvoir être traité de manière succincte. Aussi publie-t-il en 1908 un *Précis élémentaire d'histoire du droit français de 1789 à 1814*[48], lequel une fois encore est très largement dominé par le droit public : sur les 338 pages de texte, moins d'une vingtaine sont en effet consacrées à l'abolition du régime féodal, un peu plus d'une quarantaine aux lois civiles et pénales de la Révolution et une dizaine aux codes napoléoniens.

Quoi qu'il en soit, en ces premières années du XXe siècle, il existe dorénavant deux véritables manuels dédiés exclusivement à l'histoire du droit privé : ceux de Viollet et de Brissaud. Le premier fait en effet paraître en 1886 une première synthèse en la matière sous le titre de *Précis de l'histoire du droit français*[49]. Son auteur est à la fois archiviste paléographe et juriste. Ancien élève de l'École des chartes dont il est sorti major en 1862, Paul Viollet est par ailleurs licencié de la Faculté de droit de Paris. Ce double cursus lui vaudra de faire carrière au sein des deux établissements où il avait

[46] Paris, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, L. Larose et Forcel, 1892. – J.-L. HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique du droit français et étranger*, 1997, p. 415-433 ; du même auteur, *Dictionnaire historique des juristes français…*, v° Esmein, p. 311-312.

[47] *Ibid*., préface, p. III et IV. – L'idée selon laquelle l'histoire du droit privé serait trop difficile pour des étudiants de première année ne fit cependant pas l'objet d'un consensus général dans la communauté universitaire. Ainsi Émile CHENON dans son *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, publiée en 1926, n'est-il pas de cet avis. Certes, l'auteur reconnaît volontiers que l'étude du droit privé est « par certains côtés plus difficile que celle du droit public parce qu'elle nécessite des connaissances techniques assez étendues ». Aussi convient-il selon lui de laisser de côté « les questions trop spéciales » pour s'en tenir aux « questions plus générales ». Et de citer à cet égard la condition des personnes dans la société, dans la famille, celle des terres et les modes de transmission de la propriété et du patrimoine.

[48] Paris, Librairie du Recueil Jean-Baptiste Sirey et du Journal du Palais, 1908.

[49] *Précis de l'histoire du droit français accompagné de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques. Sources – Droit privé*, Paris, Larose et Forcel, 1886.

été naguère étudiant. Ainsi se voit-il confier en 1876 « la tâche de réorganiser et de moderniser la bibliothèque de la faculté de droit de Paris »[50] ; fonction qu'il continue à assumer quand il devient cinq ans plus tard le suppléant d'Adolphe Tardif, titulaire de la chaire de droit civil et canonique de l'École des chartes, auquel il succédera en 1890. Cette promotion lui apportera naturellement un surcroît de considération auprès des professeurs de la Faculté de droit de Paris qui l'appréciaient déjà unanimement comme bibliothécaire mais aussi pour la qualité de ses travaux scientifiques. Son édition critique du célèbre coutumier *Les Établissement de saint Louis*, publiée pour la Société de l'Histoire de France en quatre volumes de 1881 à 1886, sera au demeurant honorée deux fois du grand prix Gobert de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres.

Son *Précis de l'histoire du droit français* se veut tout d'abord didactique ; « le public visé est celui de l'École des chartes, et le manuel se distingue de ceux des historiens des facultés de droit par ses renvois systématiques à toutes les sources qui fondent les analyses, ainsi que par son attention scrupuleuse à la présentation des sources de l'histoire du droit »[51]. Pour autant, Viollet n'entend pas faire montre d'une érudition qui serait ici déplacée : « j'ai éliminé, autant que possible, les hypothèses, les conjectures, les investigations compliquées et n'ai pas cessé un moment de parler aux commençants ». Et de poursuivre : « J'ai voulu tracer les lignes générales, conduire le lecteur par des chemins larges et faciles. Je me suis gardé toutefois d'élever à droite et à gauche de ces grandes voies de hauts murs de clôture qui ferment l'horizon : j'aime les routes ouvertes »[52]. Viollet déclare ensuite vouloir traiter en premier lieu des sources, « sans la connaissance desquelles l'histoire du droit est impossible », puis l'histoire du droit privé proprement dite comprenant l'état des personnes, la famille, les biens et les obligations. De par un tel programme, l'auteur confie qu'il sera amené à « traiter quelques sujets qu'on a coutume de réserver au droit canonique, le mariage, par exemple »[53]. Faut-il y voir enfin une forme de timidité à s'affranchir totalement de l'étude de l'histoire du droit public ? Toujours est-il que Viollet annonce qu'il envisagera aussi cette matière. Et d'expliquer : « La connaissance du droit privé jette de vives lumières sur quelques parties de l'histoire du droit public »[54]. Même s'il confie donner à celle-ci « la dernière place », cette préoccupation explique sans doute pourquoi le titre de son précis fait référence au droit français et non au seul droit civil. Un tel scrupule disparaît en revanche dans la seconde édition parue en 1893 sous le nom d'*Histoire du droit civil français*. En effet, Viollet dispense à l'École des chartes non seulement le cours d'histoire de droit civil et de droit canon en troisième année mais également celui d'histoire des institutions en deuxième année. Dans cette optique, il publie en 1890 le premier tome – deux autre suivront – d'une *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*. Pour l'en distinguer très nettement, Viollet

[50] F. AUDREN, *Dictionnaire historique des juristes français…*, v° Viollet Paul-Marie, p. 774.
[51] A.-S. CHAMBOST, « Un lieu de conservation, de diffusion et d'élaboration des manuels. La bibliothèque de la Faculté de droit de Paris à l'époque de Paul Viollet (1876-1914), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, s. dir. A.-S. CHAMBOST, Paris, LGDJ lextenso éditions, 2014, p. 45.
[52] *Précis élémentaire*…, avant-propos, p. V-VI.
[53] *Ibid*., p. VI.
[54] *Ibid*.

est donc conduit à modifier l'appellation de son précis[55]. Aussi déclare-t-il dans l'avant-propos de la seconde édition : « Les titres des ouvrages que je consacre l'un au droit privé, l'autre au droit public, se doivent correspondre exactement, ces deux ouvrages étant conçus dans le même esprit et rédigés d'après la même méthode »[56]. Comme il l'avait fait sept ans plus tôt et en usant très exactement des mêmes termes, Viollet annonce qu'il traitera successivement des sources, de l'histoire du droit privé et enfin de l'histoire du droit public. Toutefois, la référence à cette dernière discipline disparaît dans la troisième et ultime édition de l'*Histoire du droit civil français* en 1905.

L'année précédente, était publié le second volume, consacré exclusivement au droit privé, du *Manuel d'histoire du droit français* de Jean-Baptiste Brissaud (1854-1904), professeur à la Faculté de droit de Toulouse[57] ; le premier volume paru en 1898 portait sur les sources et le droit public. L'ensemble représente une œuvre de près de 1800 pages dont la moitié intéresse plus précisément notre sujet. Ce second volume sera d'ailleurs réédité, indépendamment du premier, en 1908, sous le titre *Manuel d'histoire du droit privé* et une dernière fois en 1935 par les soins de Jacques Brissaud, fils de l'auteur, qui y ajoutera quelques indications bibliographiques[58]. Dans la préface, ce dernier nous apprend au demeurant que son père désirait faire à l'origine « un simple livre élémentaire » mais s'était écarté peu à peu de son plan primitif pour élaborer en définitive « un Traité beaucoup plus important, instrument de travail, reconnu par les commentateurs, comme étant de premier ordre ». Et d'ajouter : « Le *Manuel d'Histoire du Droit Privé* intéresse non seulement les érudits mais encore toutes les intelligences soucieuses de connaître l'évolution historique de nos lois »[59]. De fait, l'ouvrage est extrêmement complet à tel point qu'il convient toujours de s'y reporter « parce qu'il traite la totalité de la matière »[60]. Il constitue sans conteste une véritable mine tant il contient de renseignements et de références. Mais, à notre sens, il possède également en quelque sorte les défauts de ses (grandes) qualités car il est si foisonnant que sa lecture n'en est pas toujours aisée.

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Pierre-Paul Viard nous semble bien sévère quand il écrit au début des années trente à propos du manuel de Brissaud qu'il « rend service mais demeure touffu et vieilli ». Ces propos peu amènes sont certes formulés à l'encontre du *Manuel de l'histoire du droit français* et non sur celui ayant trait à l'histoire du droit privé proprement dit. Mais le second représentant – nous l'avons vu – une part essentielle du premier, ils le visent également et ce d'autant plus que leur auteur, professeur d'histoire du droit à l'université de Montpellier, formule cette appréciation dans son *Histoire générale du droit privé français (1789-1830)* publiée en 1931[61]. Du reste, Viard trempe volontiers sa plume dans le vitriol. Ainsi qualifie-t-il le

---

[55] Le titre complet est dorénavant : *Histoire du droit civil français accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques. Seconde édition du Précis de l'Histoire du Droit français corrigée et augmentée*.

[56] *Ibid*., p. VI.

[57] H. LE ROY, « Jean-Baptiste Brissaud, un juriste positiviste entre sociologie et anthropologie », *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit*., p. 265-280 ; du même auteur, *Dictionnaire historique des juristes français…*, v° Brissaud Jean-Baptiste, p. 136-137.

[58] *Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, Paris, E. De Boccard, 1935.

[59] *Ibid*., p. VI.

[60] J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 9.

[61] Paris, PUF, 1931.

Précis élémentaire de l'histoire du droit français consacré par Esmein à la Révolution et la période napoléonienne de « trop juridique et de parti-pris », lui reprochant de négliger « les lois caractéristiques de cette époque comme les influences des faits politiques et économiques »[62]. Quant à l'*Histoire du droit civil français* de Paul Viollet où figurent pourtant des développements non seulement sur la législation intermédiaire et le Code civil mais aussi sur leur devenir au cours du XIXe siècle, Viard n'en dit mot ! Assumant pleinement « la brièveté de la bibliographie » dans les première lignes de son introduction, l'auteur confie avoir voulu réaliser « un Manuel à l'usage des personnes qu'intéresse l'histoire des institutions juridiques d'une époque où l'histoire politique et économique dirige et pénètre l'évolution du droit privé, surtout pendant la Révolution »[63]. Confessant s'inspirer en ce domaine du travail de Sagnac, il déclare avoir « compris dans le droit privé des matières si importantes et si caractéristiques… que sont les biens nationaux et l'abolition des droits féodaux »[64]. Quant à son choix d'achever son étude avec les Trois Glorieuses, il le justifie considérant qu'« en 1830 seulement se stabilisent, dans la mesure des contingences historiques, les modifications déterminées par la Révolution après avoir subi les deux réactions napoléonienne et royale »[65]. Son opuscule de 144 pages, divisé en quatre chapitres portant respectivement sur les personnes, les biens, les obligations et le droit commercial, et enfin les successions souhaite « rendre service à plusieurs groupes de lecteurs espérés ». Il l'eût sans doute fait davantage encore si l'auteur avait cru bon d'y ajouter une table des matières et un index en vue d'en faciliter la consultation.

II – Une affirmation de l'histoire du droit privé (après la réforme de 1954)

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, l'enseignement du droit apparaît inadapté aux besoins d'une société en pleine mutation. Conscients d'une telle situation, les pouvoirs publics entament au début des années 1950 un vaste mouvement de réflexion auquel ils associent étroitement les facultés de droit. Consultées par le ministre de l'Éducation Nationale, la quasi-totalité d'entre elles apportent leur soutien au projet de réforme qui se concrétisera par le décret du 27 mars 1954 portant la durée de la licence de trois à quatre ans[66]. Plus précisément, les études y sont dorénavant organisées en deux cycles de deux années chacun : le premier étant « une sorte de tronc commun permettant d'acquérir les connaissances juridiques de base »[67] ; le second offrant quant

[62] *Ibid*., bibliographie, p. I et II.
[63] *Ibid*., introduction, p. 1.
[64] *Ibid*., p. 1 et 2.
[65] *Ibid*. p. 2.
[66] Sur la réforme opérée par le décret du 27 mars 1954, il convient de se référer aux travaux de Mme Jacqueline GATTI-MONTAIN : son article « Tradition et modernité dans l'enseignement du droit : la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954 », *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1986, n° 3, p. 117-135 et son ouvrage *Le système d'enseignement du droit en France*, *op. cit*., p. 156 et suiv. – Seules trois facultés de droit se sont opposées à la réforme : Alger, Lyon et Poitiers ; voir à ce sujet : É. GOJOSSO, « La Faculté de droit de Poitiers et la préparation de la réforme de la licence en droit en 1954 : décryptage d'un refus », *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, *Premier Cahier*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2007, p. 193-226.
[67] J. GATTI-MONTAIN, *art. cit*., p. 123.

à lui trois spécialisations : droit privé, droit public, économie politique. Cette refonte de la licence se traduit notamment par de profonds bouleversements dans la nature des enseignements historiques. Si « la suppression du droit romain au profit de l'histoire des institutions et des faits sociaux constitue l'innovation la plus importante »[68], la réforme joue également un rôle majeur dans la promotion de l'histoire du droit privé.

En témoigne la publication en 1957 de l'ouvrage de Paul Ourliac et Jean de Malafosse sur les obligations en droit romain et dans l'ancien droit[69]. Dans leur avant-propos, les auteurs, déclarent à titre liminaire s'être efforcés de « rester fidèles à l'esprit de la nouvelle licence en droit »[70]. Puis, ils en rappellent l'idée générale en citant l'exposé des motifs du décret du 27 mars 1954 : « Les Facultés de droit doivent donner à leurs étudiants d'une part une culture générale, de caractère social, appuyée sur l'enseignement du droit et de l'économie politique, d'autre part, une formation mieux orientée vers leur profession future ». Et les deux professeurs toulousains d'affirmer : « Dans cette optique, une place de choix devait revenir aux enseignements historiques »[71]. Selon eux, la réforme des études juridiques prend au demeurant en considération l'influence croissante de l'histoire, laquelle « pénètre des domaines nouveaux, l'économie, les sociétés, les civilisations, les idées ; elle ne veut être ni un catalogue, ni un plaidoyer ou un réquisitoire ; elle est avant tout "explication" et "exploration" »[72]. Selon Ourliac et Malafosse une telle conception s'applique non seulement à l'histoire des institutions mais plus encore à l'histoire du droit privé qui est « au premier chef une histoire sociale ». Car, ajoutent-ils aussitôt, « c'est par l'étude du droit qui la régit que l'on pénètre le mieux et le plus profondément l'essence d'une société ». Pour autant, « le droit est aussi une technique ». Du reste, l'ouvrage s'adresse à des étudiants de licence de droit privé, parvenus en troisième année, et partant devant acquérir une formation en vue de leur future intégration dans le monde du travail. « Nous avons été souvent conduits à faire une large part à la technique », écrivent les auteurs. Et de renchérir : « Nous ne nous en excusons pas, parce que nous croyons que technique et culture sont inséparables et également nécessaires à l'"humanisme juridique". La technique implique une rigueur d'esprit, un sens de la règle qui sont aussi nécessaires au juriste, qu'indispensables à la vie et à la sauvegarde du droit ; mais c'est vivifier cette technique et en montrer la valeur profonde que de la faire passer sous la toise de l'histoire »[73]. À les en croire, les facultés de droit doivent d'ailleurs « beaucoup de leur originalité et de leur mérite à la place qu'y a tenue l'histoire ». Et de constater « Saleilles, le doyen Hauriou, Adh. Esmein, Ed. Lambert étaient, par formation, des historiens »[74].

À l'égal de ces éminents jurisconsultes, Ourliac et Malafosse entendent manifestement montrer combien histoire et droit positif sont intrinsèquement liés. Dans cette optique, l'historien du droit se doit toujours de garder à l'esprit qu'il travaille en étroite relation avec le temps présent dont il assure la mise en perspective à l'aune du

---

[68] *Ibid.*, p. 124.
[69] *Histoire du droit privé*, t. Ier : *Les obligations*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1957.
[70] *Ibid.*, p. III.
[71] *Ibid.*
[72] *Ibid.*
[73] *Ibid.*, p. III et IV.
[74] *Ibid.* p. IV.

passé : « Nous avons écrit ce manuel pour des étudiants formés au droit civil moderne, en nous référant sans cesse à celui-ci. Nous avons aussi suivi, en gros, le plan d'un cours de droit civil, même quand ce plan n'était guère justifié par l'histoire »[75].

Dans le second tome consacré aux biens qui paraît en 1961, nos deux auteurs ont toujours à cœur de mettre en avant l'utilité de leur discipline dans la formation juridique. « Nous ne concevons aucune séparation "déchirante" entre l'histoire et le droit »[76]. Seule en effet une démarche scientifique associant étroitement passé et présent est à même d'inculquer aux étudiants une véritable compréhension des matières qu'ils apprennent sur les bancs de la faculté et qu'ils auront ensuite à appliquer dans leur vie professionnelle. Et d'avertir : « l'empirisme ne suffit pas au juriste et l'histoire demeure pour lui cette nécessaire pluie d'expériences dont il a besoin pour nourrir sa recherche ».

Complétée en 1968 d'un troisième et dernier volet sur le droit familial, l'*Histoire du droit privé* de Paul Ourliac et de Jean de Malafosse, rééditée à plusieurs reprises, sera longtemps l'unique manuel écrit sur le sujet depuis la Seconde Guerre mondiale et le seul, à ce jour, à l'avoir envisagé sous la forme de plusieurs tomes.

En 1985, Paul Ourliac, associé cette fois à Jean-Louis Gazzaniga, publiera une *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil* constituant une nouvelle approche de la matière. Paru dans la collection « L'évolution de l'humanité » chez Albin Michel, éditeur qui n'est pas spécialisé dans le droit, le livre n'apparaît pas de prime abord dédié aux seuls étudiants mais son approche didactique et sa très solide bibliographie en font également pour eux un ouvrage de référence. Il présente aussi la particularité – logique au regard de la période chronologique envisagée – de s'intéresser tout particulièrement aux coutumes même si le droit romain et la législation royale ne sont cependant pas ignorés. Quoi qu'il en soit, c'est bien la première de ces sources de droit citées qui est mise en avant par les auteurs comme le révèle la phrase initiale de leur avant-propos : « L'histoire du droit coutumier pendant huit siècles, le sujet paraît immense et presque sans frontière »[77]. Mais c'est précisément cette longue durée et cette formidable diversité de la matière qui font l'intérêt de cette étude, ainsi que le démontrent de manière magistrale leurs réalisateurs. « Ce qui caractérise le droit ancien, notent-ils, c'est que rien n'y est factice ou abstrait ; on peut presque toujours dire que le fait prime le droit, tout au moins, le droit est toujours élaboré à partir d'une situation de fait »[78]. Situation d'autant plus évidente dans l'ancienne France où la monarchie ne s'aventure guère à statuer en droit privé car « le roi n'a pas à intervenir dans un domaine toujours régi par les coutumes »[79]. Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga s'emploient par ailleurs à justifier les limites chronologiques de leur analyse en commençant par le *terminus ad quem* : le Code civil, dont ils observent qu'il reprendra souvent l'ancien droit, lequel fut précédemment encore largement appliqué pendant la Révolution. Quant au *terminus a quo*, l'an mil, « c'est l'époque où, avec la féodalité et l'avènement des Capétiens, apparaissent les divers éléments qui formeront le droit français »[80].

---

[75] *Ibid*.
[76] *Histoire du droit privé*, t. II : *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », avant-propos.
[77] *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, coll. « L'évolution de l'humanité », p. 9.
[78] *Ibid*.
[79] *Ibid*., p. 10.
[80] *Ibid*.

Les auteurs rappellent par ailleurs que « le droit est avant tout, suivant la définition des jurisconsultes romains, l'*ars boni et aequi*, la mise en œuvre de la raison et de la justice ; il tend à exprimer un idéal : c'est l'appel toujours fait à l'équité et au droit naturel »[81]. Et de préciser : « La raison et la justice sont choses variables, et chaque époque les a comprises à sa manière ; les faits juridiques, même pour les tenants de l'école positiviste, sont ordonnés par un "système d'idées" »[82].

Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga constatent par ailleurs que « les premières études de droit privé furent l'œuvre de praticiens, juges royaux, avocats et professeurs de droit français qui, s'ils exposaient avec bonheur et intelligence – tels Guy Coquille († 1605), Loisel († 1617) ou Pothier († 1772) – le droit coutumier, ne se souciaient guère de son histoire ». À l'inverse, « Cujas († 1605) excelle dans la critique historique mais l'applique au droit romain ». Quant à Du Moulin († 1566), il « annote les coutumes mais demeure dans la tradition bartholiste »[83]. Finalement, Domat († 1696) est « le premier à présenter une vue idéale du droit » dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Quoi qu'il en soit, c'est bien au XIXe siècle que l'histoire de droit privé français prend véritablement son essor sous l'influence de l'école historique allemande dont Laferrière, Klimrath et Giraud seraient moins les disciples que les épigones, leurs livres ne contenant « guère d'idées nouvelles »[84]. En revanche, les manuels de Paul Viollet et de Brissaud présentent l'avantage de donner « une vue d'ensemble de la matière ». De même un vibrant hommage est-il rendu à Édmond Maynial et Pierre Petot qui ont successivement occupé la seule chaire d'histoire du droit privé existant au sein de la Faculté de droit de Paris « jusqu'à la réforme de 1954 » et en cela ont puissamment contribué au renouveau de la discipline. Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga considèrent quant à eux que leur ouvrage « n'a d'autre ambition que de donner une vue générale d'une matière dont la complexité est souvent déconcertante »[85]. N'est-ce pas là précisément l'objet d'un excellent manuel ?

À cette veine appartient sans conteste l'ouvrage de Jean-Louis Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804*, édité pour la première fois en 1996[86]. « Par tradition, le domaine d'étude et de recherche des historiens du droit français trouvait son terme chronologique dans le Code civil considéré comme l'aboutissement d'une longue œuvre de maturation et d'unification des règles de droit privé », écrit l'auteur dans les premières lignes de son avant-propos[87]. « Ce choix scientifique, poursuit-il, s'explique par les conditions dans lesquelles est née, en France, l'histoire du droit privé ». Et de préciser : « Au XIXe siècle, quand l'histoire du droit est devenue une discipline à part entière, la proximité de l'époque napoléonienne empêchait de faire du Code civil un sujet d'investigations historiques ». Aussi l'évolution du droit privé depuis 1804 était-elle traitée par les civilistes dans l'introduction à leur enseignement, les historiens du droit se cantonnant pour leur part à l'étude de l'ancien droit. Mais un tel état de choses

[81] *Ibid.*
[82] *Ibid.*, p. 11.
[83] *Ibid.*
[84] *Ibid.*, p. 13.
[85] *Ibid.*
[86] Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996 ; paru également une première fois en 2001 dans la collection « Quadrige », l'ouvrage y fut réédité en 2012.
[87] *Ibid.*, p. 9.

n'a plus cours dans la mesure où « le Code Napoléon est devenu objet d'histoire » et ce d'autant plus que les bouleversements du XXe siècle ont considérablement accéléré les mutations de la société française, en particulier depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Par ailleurs, Jean-Louis Halpérin souligne les approches différentes du civiliste et de l'historien vis-à-vis de l'histoire du droit privé aux XIXe et XXe siècles. « Le premier, œuvrant à l'intérieur de la science juridique, s'intéresse au contenu technique des institutions et sélectionne dans le passé, avec une vision chronologique inévitablement ramassée, les éléments de nature à expliquer le droit aujourd'hui. L'historien du droit, comme le sociologue, a un point de vue extérieur sur les phénomènes juridiques : il observe leur développement en les reliant aux faits politiques, économiques et sociaux de la même époque en veillant à utiliser la chronologie la plus fine possible »[88].

Dans cette optique, il conviendrait de réaliser une histoire externe en examinant les sources du droit privé depuis 1804, à savoir tout d'abord la principale d'entre elles depuis la Révolution : la législation civile, mais également la jurisprudence, la doctrine et la pratique. Puis, il faudrait envisager une histoire interne de la discipline, laquelle serait conçue non pas tant à travers le prisme « d'institutions spécifiques (comme le mariage ou la vente) ou de pans entiers du droit (la famille, les biens ou les obligations, mais comme un essai d'histoire globale du système juridique issu de la codification napoléonienne »[89]. Le présent ouvrage n'a d'autre ambition que de servir de « préliminaire » à une telle démarche scientifique, assure son auteur faisant montre ici, selon nous, de cette humilité qui est la caractéristique des grands maîtres. Car ce livre est bien plus qu'un simple manuel tant il ouvre des perspectives et des horizons au lecteur. Ainsi Jean-Louis Halpérin se livre-t-il à une très intéressante distinction entre droit civil et droit privé justifiant de la sorte son choix de faire une histoire du second et non du premier. En effet, en 1804, le Code civil était le « code par excellence » et partant avait vocation « à régler la quasi-totalité des rapports entre individus qui constituent la matière du droit privé »[90]. Au demeurant, observe Jean-Louis Halpérin, « les civilistes de la première moitié du XIXe siècle… utilisaient rarement l'expression *droit privé* ». Mais au tournant des XIXe et XXe siècles, le droit privé entama un vaste processus de diversification (qui se poursuit encore) se traduisant par « le développement de disciplines au particularisme croissant : le droit commercial ou des affaires, le droit du travail, le droit rural, le droit immobilier, le droit de la consommation… ». Dès lors, même si le droit civil reste « le droit privé commun », il ne saurait plus se confondre avec lui. Pour autant, c'est bien le Code civil qui sert tout à la fois de « point de mire » et de fil conducteur à cette étude, son évolution en justifiant le plan chronologique. En effet, après un chapitre préliminaire sur le Consulat et l'Empire, une première partie est consacrée à la période allant de 1814 aux années 1880 où le Code civil, s'il ne subit aucune modification importante, n'en est pas moins interprété au regard des idées libérales alors en cours dans une France encore très rurale et restant dominée par les notables. Une deuxième partie nous conduit de la Troisième République devenue républicaine (années 1880) jusqu'à la fin de la Seconde Guerre

[88] *Ibid.*, p. 10.
[89] *Ibid.*
[90] *Ibid.*, p. 11.

mondiale ; période correspondant à l'adaptation du Code civil dans un pays de plus en plus urbanisé ayant construit « un régime démocratique fondé sur le suffrage universel », et ce malgré la réaction représentée par le gouvernement de Vichy dont l'œuvre en droit privé doit être analysée « dans le prolongement des débats d'avant-guerre »[91]. Enfin une troisième et dernière partie débutant en 1945 intitulée « la survie du Code civil » car celui-ci se rénove à l'image du droit privé en général dans une société se modernisant rapidement sous l'égide d'un État providence.

En 1998, soit deux ans après la parution du manuel de Jean-Louis Halpérin, Jean Bart publiait de son côté un ouvrage qui en constituait le pendant au regard de la période envisagée comme le révèle du reste son titre : *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*[92]. D'emblée, l'auteur souligne combien cette matière a été renouvelée depuis une cinquantaine d'années par « les analyses locales de la pratique notariale et, mais dans une moindre mesure, judiciaire dont les conclusions conduisent à nuancer, voire à infirmer nombre d'idées reçues »[93]. Dès lors se produit une « déconstruction des schémas traditionnels » renvoyant « une image kaléidoscopique de la réalité sociale » et partant du droit. Ainsi peut-on « mesurer la distance – l'abîme parfois – qui sépare les normes législatives et même coutumières des comportements individuels et familiaux ». Jean Bart n'en rend pas moins un vibrant hommage aux « pionniers » de la discipline et tout particulièrement à Viollet, Brissaud et Chénon pour avoir « montré la voie à l'historiographie juridique contemporaine » [94]. À leur instar, il juge indispensable de placer son étude dans le temps long en l'occurrence « un demi millénaire et demi…, depuis le moment où s'est produite la rencontre de deux civilisations parvenues à des degrés de développement différents et l'inévitable acculturation qui s'ensuivit, jusqu'à la rupture profonde due à l'évènement révolutionnaire comme à la volonté de *régénérer* l'homme et la société »[95]. Dans cette perspective, l'auteur conçoit le plan de son livre sous la forme de ce qu'il appelle fort joliment « un triptyque » dont le premier volet correspond aux cinq premiers siècles qui suivent la chute de l'empire romain d'occident, le panneau central à la période allant de l'an mil à la fin de l'ancien Régime et le dernier volet à la décennie révolutionnaire.

L'approche chronologique, par essence toujours présente dans ce type d'ouvrage, n'en constitue pas nécessairement la *summa divisio*. En témoigne l'*Histoire du droit civil* de Jean-Philippe Lévy et André Castaldo publiée en 2002 et choisissant de privilégier « la synthèse diachronique », pour user des termes du premier des deux auteurs cités. Et celui-ci de préciser avoir tenté « d'exposer le droit privé moins par période qu'institution par institution, en rapprochant les matières moins sur le plan horizontal que dans le sens vertical, en les prenant d'un bout à l'autre de l'histoire, remontant aussi haut qu'elle et allant jusqu'au dernier grand changement, fût-il très récent »[96]. D'où « un *plan logique* », ajoute Jean-Philippe Lévy expliquant : « chaque fois que nous rencontrons une question ou une institution durable, nous nous

[91] *Ibid*., p. 12.
[92] Paris, Montchrestien, 1998 ; 2e édition, 2009.
[93] *Ibid*., p. 1.
[94] *Ibid*.
[95] *Ibid*., p. 2.
[96] *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, avant-propos, p. XII ; une deuxième édition de cet ouvrage a été publiée en 2010.

efforcerons de les traiter en entier, à travers les âges »[97]. Aussi envisage-t-il « d'une seule traite les modes de formation du mariage, le consentement familial, le divorce, le concubinage, la légitimation, l'adoption, le prêt à intérêt, la résolution de la vente faute de paiement du prix, les formes du testament », pour ne citer que ces exemples. Car cette somme de près de 2000 pages embrasse non seulement l'intégralité de l'histoire du droit privé français de ses origines à nos jours mais également les institutions romaines antérieures dont il est souvent issu ou s'est au contraire démarqué ; le tout étant analysé en cinq parties : les personnes, les biens, les obligations, les successions et donations et enfin les rapports patrimoniaux entre époux. L'ensemble est précédé d'un bref chapitre préliminaire consacré aux traits essentiels de la procédure civile romaine. Du reste, dans son avant-propos, Jean-Philippe Lévy ne manque pas de souligner l'apport du droit romain à la culture juridique européenne dont il fut « la raison écrite » et longtemps « la base essentielle des études de droit »[98]. Et de noter que « jusqu'au milieu du XXe siècle, tous les étudiants en droit ont dû l'apprendre ». Or, la réforme instaurée à la suite du décret du 27 mars 1954 a mis un terme à cette obligation. Elle a par ailleurs provoqué « l'amalgame du droit romain avec l'histoire du droit privé français, jusque-là réservé aux cours préparatoires au doctorat »[99].

Face à ce bouleversement, les enseignants ont alors réagi de manière diverse que Jean-Philippe Lévy résume à trois attitudes. Les romanistes se seraient souvent contentés d'adjoindre pour chaque institution « un bref appendice » sur son évolution après Justinien ; de leur côté, « les historiens du droit privé français ont généralement relégué droit romain et droit franc dans un chapitre introductif sur les origines » ; enfin, d'autres, les plus fidèles à l'esprit de la réforme, ont enseigné à la fois le droit romain et l'ancien droit français, « à égalité, mais *séparément* ». Dans ces conditions, « la synthèse n'a pas été réalisée ou, plutôt, elle a été réalisée par période de temps », observe Jean-Philippe Lévy selon qui « une autre conception était possible… une synthèse de nature *diachronique*, à travers le temps »[100].

Elaborée selon un modèle similaire mais sur une période plus réduite, l'*Histoire du droit privé (XVIe-XXIe siècle)* de David Deroussin publiée en 2010[101] se distingue par ailleurs de l'ensemble des autres manuels cités précédemment. Elle le fait tout d'abord au regard de son *terminus a quo*, à telle enseigne que son auteur débute son introduction par cette question : « Pourquoi faire débuter une histoire du droit privé français au XVIe siècle ? »[102]. Il y répond, selon nous, de manière fort convaincante. Ainsi observe-t-il que « sur le plan de l'organisation familiale, c'est le moment où se fixe le schéma classique, sous l'impulsion de la législation séculière et plus seulement ecclésiastique, qui perdurera encore après la promulgation du Code civil ». Et d'ajouter : « Quant aux autres branches du droit privé (les biens, les obligations), c'est aussi à ce moment crucial qu'elles prennent leur visage moderne, sous l'effet essentiellement de la romanisation des concepts et des techniques favorisée par l'enseignement des droits savants ». Enfin, le XVIe siècle est également celui de la rédaction officielle des

[97] *Ibid*.
[98] *Ibid*. p. XI.
[99] *Ibid*.
[100] *Ibid*.
[101] Paris, Ellipses, coll « Universités Droit », 2010.
[102] *Ibid*., p. 5.

coutumes, elles-mêmes commentées par d'éminents jurisconsultes à l'instar de Dumoulin ou Loisel.

David Deroussin note également que la Révolution affecte profondément et durablement le droit des biens en raison de la suppression du régime féodal. En revanche, le droit de la famille et des successions connaît davantage de vicissitudes en fonction de la conjoncture politique comme en témoigne l'évolution de la législation en matière de filiation. Le droit privé français n'en subit pas moins une régénération se traduisant entre autres par une sécularisation accrue de la société (état civil, mariage, divorce) accompagnée par le souhait « que toute sa place soit donnée à la liberté (volonté) individuelle dans les institutions juridiques »[103]. L'auteur souligne aussi « l'enjeu politique » qui préside à l'élaboration du Code civil de 1804 dont les rédacteurs désirent « réordonner la société française » en la fondant sur la propriété et les rapports familiaux « qu'il s'agit de réorganiser sur une base nettement hiérarchique et autoritaire »[104].

Cet ordre napoléonien sera ensuite consolidé au XIXe siècle par la jurisprudence et la doctrine classiques privilégiant de manière quasi exclusive un esprit individualiste, du moins jusqu'à la Troisième République, laquelle entend y adjoindre un esprit social de temps à autre. Mais, « il s'agit au fond de deux formes de l'individualisme, le premier mettant l'accent sur la primauté de l'individu face au groupe et le second cherchant plutôt à socialiser les processus d'individualisation », écrit David Deroussin[105]. Celui-ci n'en observe pas moins que dès les années 1880 s'amorce un vaste mouvement de socialisation du droit et de judiciarisation des relations sociales car « rien ou presque n'échappe désormais au regard du juge »[106] ; tendance qui se confirmera au demeurant sous le régime de Vichy dont notre collègue montre par ailleurs que le droit privé ne disparaît pas totalement à la Libération. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, en dépit « d'un rendez-vous manqué… avec la révision du Code de 1804 »[107], cette matière subira cependant de grandes mutations, en particulier concernant le droit des personnes et de la famille.

Une fois rappelée cette évolution du droit privé français sur le dernier demi-millénaire, que nous avons brossée à très grands traits, David Deroussin, « après un chapitre préliminaire consacré à définir les notions de personnes et de personnalité »[108], choisit d'étudier d'une part la famille et d'autre part l'individu et ses biens. Et de justifier l'articulation de ce plan en constatant que les concepts envisagés n'évoluent pas au même rythme. Le lecteur suit volontiers un tel cheminement.

*

* *

[103] *Ibid.*, p. 6.
[104] *Ibid.*, p. 7.
[105] *Ibid.*
[106] *Ibid.*, p. 8.
[107] *Ibid.*, p. 11.
[108] *Ibid.*, p. 14.

« La tradition de l'enseignement supérieur a longtemps induit une sorte de *déni pédagogique*, avec un cours magistral destiné à une élite, qui serait elle-même appelée à perpétuer l'institution. Mais depuis la fin du XIXe siècle, avec l'entrée à l'université d'un public nouveau et nombreux, on est passé d'une université aux effectifs contrôlés, dont la population était homogène socialement et scolairement, à une université de masse, dont le public était nettement hétérogène… ce qui devait contraindre les enseignants à repenser la didactique des savoirs universitaires. Les professeurs de droit se sont donc davantage souciés de la réception de leur enseignement, et les manuels sont justement apparus comme une des méthodes pédagogiques que les maîtres avaient à leur disposition. De *producteurs de savoir*, les professeurs de droit sont donc progressivement devenus des *diffuseurs de savoir*… »[109].

De fait, c'est bien au tournant des XIXe et XXe siècles que les premiers manuels d'histoire du droit privé sont apparus en tant que tels, se dégageant et se distinguant tout à la fois d'ouvrages plus généraux consacrés à l'histoire du droit français. Cette tendance s'accentuera encore davantage après 1954 où cette discipline prendra une place croissante parmi les enseignements universitaires, même si ce fut sans doute malheureusement au détriment du droit romain. Dans le même temps, les manuels d'histoire du droit privé ne cesseront de repousser plus avant les limites chronologiques embrassant – pour certains d'entre eux – une période de plus en plus contemporaine appréhendée auparavant par les seuls civilistes. Ce faisant, l'histoire du droit privé n'a jamais été aussi diffusée dans nos facultés où, outre les cours dont elle fait l'objet, les juristes de demain ont à leur disposition des ouvrages portant sur cette matière générique ou sur l'une de ses branches (biens, obligations, famille, droit commercial, droit du travail, etc.)[110]. Tant par leur caractère didactique que par leur dimension scientifique, ces manuels ne sont pas seulement un heureux compromis entre les simples mémentos et les volumineux traités, ils sont également et surtout un élément essentiel structurant la pensée des étudiants.

Didier VEILLON
Professeur à l'Université de Poitiers
Institut d'Histoire du Droit (IHD – EA 3320)

[109] A.-S. CHAMBOST, *Histoire des manuels de droit*, *op. cit.*, avant-propos, p. 27-28. – De son côté, Jean-Louis Halpérin écrit : « À partir de la fin du XIXe siècle, l'ouverture des universités à un public plus large et l'essor de la spécialisation ont fait le succès des traités élémentaires, des introductions et des manuels. En France, le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol (3 vol., 1899-1901), le *Cours élémentaire de droit civil* de Colin et Capitant (3 vol., 1914), le *Manuel de droit commercial* de Lyon-Caen et Renault, les *Éléments de droit constitutionnel* (1896) ou le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892) d'Esmein témoignent de cette évolution des formes… », *Dictionnaire de la culture juridique*, s. dir. D. ALLAND et S. RIALS, Paris, Lamy, PUF, 2003, v° Manuels, traités et autres livres (période contemporaine), p. 991.

[110] Nous ne pouvions dans le cadre limité de cet article envisager les manuels relatifs à une branche spécifique du droit privé. S'étant multipliés depuis une trentaine d'années, ces ouvrages mériteraient en effet à eux seuls une étude spécifique.