Jauffrey Berthier

Les *Notes upon Fortescue* de Selden Repenser l'excellence et l'identité du droit anglais

a trentaine de notes ajoutées par Selden en 1616 à l'édition d'une traduction ancienne¹ du *De Laudibus Legum Angliae* de Sir John Fortescue², semble constituer une œuvre mineure sous plusieurs points de vue. Tout d'abord leur étendue tranche par rapport aux œuvres plus substantielles que constituent l'*Analecta Anglobritannica* (1608) et le *Jani Anglorum* (1610), pour n'évoquer que le champ de ses études de jeunesse spécifiquement consacrées à l'histoire juridique et constitutionnelle anglaise. En outre, selon G. J. Toomer, de nombreux indices laissent supposer que ces notes constituaient à l'origine une demande de l'éditeur³. Les *Notes upon Fortescue* parurent en effet au sein d'un volume comprenant la première édition, établie elle par Selden, de deux textes juridiques attribués à Ralph de Hengham, la *Summa Magna* et la *Summa Parva*. Pourquoi alors porter notre attention sur ce qui n'est qu'une série d'annotations de certains passages de J. Fortescue, qui n'entend même pas constituer une interprétation globale du *De Laudibus Legum Angliae* ?

Cet intérêt, partagé par les commentateurs les plus récents de l'œuvre juridique de Selden, s'explique tout d'abord par l'importance de l'œuvre de Fortescue au début du XVII^e siècle. Le *De Laudibus Legum Angliae* constitue un texte de référence pour de nombreux *common lawyers*, non seulement dans le travail d'étude du droit anglais lui-même, mais surtout dans l'usage politique et idéologique de la *common law*. L'identification de l'Angleterre à un *dominium politique et*

^{1.} Sur les différences uniquement orthographiques et typographiques entre l'édition de 1616 et celle de 1573, voir G.J. Toomer, *John Selden, A Life in Scholarship*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 176.

^{2.} J. Fortescue, De Laudibus Legum Angliae, Hereto are joind the two summes of Sir R. de Hengham commonly called Hengham magna and Hengham parva, never before publisht. Notes of F. and Hengham are added, Londres, 1616 (abrégé à partir de maintenant, Notes upon Fortescue).

^{3.} G. J. Toomer, John Selden, A Life in Scholarship, p. 176.

royal proposée par ce texte, constitue un élément essentiel du discours politique anglais de l'époque, notamment dans la tentative pour rendre compte de l'équilibre entre prérogative royale et liberté des sujets anglais. Cependant, Selden ne consacre aucune note à cette identification qui a joué pourtant un rôle essentiel dans la manière dont les Anglais se représentaient alors leur propre constitution. Les exposés les plus substantiels sont réservés à une autre question, tout aussi fameuse, celle de l'antiquité des lois anglaises. Il ajoute ainsi trois longues notes au chapitre XVII du *De Laudibus*, portant explicitement sur la « très grande antiquité » des « coutumes anglaises ». Cette insistance n'est pas propre à Selden. Il s'agissait au début du XVII^e siècle d'un des passages les plus repris et les plus débattus de l'œuvre de Fortescue. Il constitue en effet le terrain sur lequel prennent racine les très nombreuses controverses autour de l'existence de modifications du droit anglais au cours de l'histoire, et en particulier lors de la conquête normande.

Pour comprendre le caractère central de la question de l'effet des différentes conquêtes sur le droit anglais pour les études juridiques, pour les travaux de la Société des Antiquaires, et plus largement pour la manière dont a été investi le discours du droit dans le champ politique, il convient de comprendre précisément le lien très particulier que tisse ce chapitre du *De Laudibus* entre ancienneté et excellence des lois anglaises. Une telle compréhension, à laquelle nous consacrerons le premier temps de notre propos, est d'autant plus nécessaire que les notes que Selden consacre à ce chapitre entendent déconstruire largement ce lien.

Fortescue fait de l'antiquité des lois anglaises, comprise à la fois en termes d'ancienneté de leur origine et de capacité à se maintenir à l'identique au cours du temps, le signe de leur excellence, c'est-à-dire de leur adaptation au peuple anglais. Selden récuse, comme nous le verrons dans un deuxième temps, les éléments historiques sur lesquels Fortescue entend s'appuyer. Les *Notes upon Fortescue* affirme ainsi qu'il est impossible de maintenir la thèse de l'identité totale des lois anglaises depuis les origines bretonnes. Selden refuse en outre d'accepter l'idée d'une absence de réception du droit civil en Angleterre lors de la conquête romaine, idée qui joue pourtant un rôle essentiel dans l'argumentation de Fortescue. Mais, comme essaiera de l'établir le troisième moment de notre propos, il entend refuser de reconnaître la moindre influence du droit civil sur le droit anglais et assurer la continuité de ce droit depuis les Bretons.

Ainsi, malgré leur faible étendue et leur forme discontinue, les *Notes upon Fortescue* constituent une pièce essentielle pour comprendre comment Selden se situait par rapport aux autres *common lawyers* de son époque. Selon

MarthaA Ziskind⁴, Selden partageait certaines thèses importantes avec des auteurs qui comme Coke reprenaient la conception de Fortescue, mais en suivant d'autres méthodes, qui témoignent d'une vraie conscience historique, héritée de l'humanisme juridique continental. Elle juge ainsi que Selden fût « le premier common lawyer à appliquer la nouvelle méthodologie des historiens du droit continentaux aux documents juridiques anglais et à connaître suffisamment les systèmes juridiques étrangers pour utiliser les techniques du droit comparé »⁵. Malgré cette différence radicale de méthode, Selden soutenait selon elle certaines des thèses essentielles de Coke et du *common-law mind* : l'existence des Parlements avant la conquête normande, le fait que la common law est adaptée à la défense de la liberté des anglais alors que le droit civil favorise l'absolutisme, l'absence d'influence du droit civil en Angleterre. Si nous partageons la conclusion de Ziskind, il nous semble nécessaire de questionner plus radicalement comment Selden a pu parvenir à associer cette nouvelle méthode historiographique et la reprise de thèses développées à partir d'une conception de l'histoire juridique anglaise radicalement différente de la sienne.

Selden se trouve en effet dans l'obligation pour défendre l'excellence des lois anglaises de récuser le raisonnement de Fortescue associant ancienneté et excellence. Souscrire au raisonnement de Fortescue, sur la base de cette nouvelle histoire du droit anglais, serait en effet se condamner à contester l'excellence des lois anglaises. Afin d'éviter cette conclusion, les Notes upon Fortescue proposent une conception nouvelle de ce qui constitue l'excellence du droit anglais. Elle apparaît dans ce texte comme la capacité à évoluer, à intégrer les changements imposés par l'évolution de la société qu'il entend régler. Mais, concevoir ainsi l'excellence du droit anglais suppose de parvenir à comprendre comment ce droit a pu se maintenir malgré les changements, comment il a pu conserver son identité malgré ces évolutions. C'est là tout le sens de la comparaison célèbre, que nous étudierons dans un dernier temps, entre le droit anglais et ce bateau qui est resté le même bien qu'il ne possède plus aucune planche d'origine. Les notes qu'il consacre au chapitre XVII du De Laudibus entendent ainsi proposer une conception de l'excellence du droit anglais et de son identité au cours du temps, très différente de celle que propose Fortescue et la tradition qu'il inaugure.

^{4.} M. A. Ziskind, « John Selden: Criticism and Affirmation of the Common Law Tradition », *The American Journal of Legal History*, vol. XIX, 1975, p. 22-39.

^{5.} Ibid., p. 26.

LE MYTHE DE L'ANTIQUITÉ ET L'EXCELLENCE DES LOIS ANGLAISES

Le lien entre ancienneté et excellence du droit anglais constitue le cœur du chapitre XVII du *De Laudibus*. Dans ce chapitre, il s'agit dans un premier temps pour Fortescue de conclure du « fait » de l'absence de changements des coutumes anglaises depuis les origines bretonnes jusqu'à son époque, et malgré les différentes conquêtes subies par l'Angleterre, à *l'excellence* de ces coutumes. Il entend en outre faire fond sur un autre « fait », celui de la plus grande ancienneté du droit anglais, pour affirmer sa *supériorité* sur le droit civil. L'affirmation de l' « antiquité » des coutumes anglaises doit ainsi se comprendre dans le projet global du *De Laudibus Legum Angliae* qui entend, comme le formule le titre même de l'œuvre, proposer un éloge du droit anglais existant.

Cependant Fortescue ne se contente pas d'identifier simplement ancienneté et excellence. La force de son argument tient au fait qu'il accepte de reconnaître au conquérant le droit et le pouvoir d'altérer les lois et les coutumes anglaises. Si les différents conquérants n'avaient pas eu un tel droit, la permanence des lois anglaises n'aurait pu témoigner de leur excellence. Ainsi par excellence, il convient ici de comprendre la perfection de ces lois en termes d'instrument de gouvernement, du point de vue des gouvernants. Les coutumes anglaises ne contestent pas d'elles-mêmes le pouvoir du souverain d'altérer les lois existantes, mais par leur excellence elles vident l'exercice d'un tel pouvoir de toute pertinence. Elles constituent la manière la plus efficace de « gouverner » l'Angleterre pour le monarque, et à ce titre doivent, pour son propre intérêt, être conservées.

Il faut cependant bien comprendre la fonction assignée par Fortescue à un tel éloge. Il s'agissait d'abord de répondre à ce qu'il considérait comme une menace : la réception du droit civil en lieu et place du droit anglais. Pour Fortescue, le droit civil (identifié au *Corpus Juris Civilis* de Justinien) constitue une tentation dangereuse pour les monarques anglais. Ce droit, qui se réduit très largement selon lui au précepte « *quid principi placuit legis habet vigorem* », promeut en effet une forme arbitraire de gouvernement et flatte les tendances absolutistes des princes. De manière significative, les premières éditions de l'œuvre de Fortescue au XVI^e siècle correspondent précisément à une période où, à suivre Maitland⁶, les menaces de réception du droit civil se firent plus pressantes. Cependant malgré les craintes de Coke qui semble avoir cru à un moment que Jacques I^{er} avait l'intention de procéder à un tel remplacement, il semble que les différents éloges du

^{6.} F.W. Maitland, *English law in the Renaissance, The Rede Lecture of 1901*, Cambridge University Press, 1901.

droit anglais visaient au début du XVII^e siècle à répondre à d'autres menaces et à d'autres attaques.

En premier lieu, de nombreux common lawyers entendaient défendre le droit anglais contre les effets du projet d'union juridique entre l'Angleterre et l'Écosse, voulu par Jacques I^{er}. Dans les débats occasionnés par ce projet, la question de l'ancienneté des lois anglaises devint un enjeu stratégique essentiel. Hayward présentait, par exemple, dès les premières pages de son Treatise of Union, comme une pure fantasmagorie l'idée que les lois anglaises seraient restées les mêmes depuis l'époque de Brute. La volonté de ce partisan de l'union juridique entre l'Angleterre et l'Écosse de rejeter ce qui constitue la base même de l'argumentation de Fortescue dans le chapitre XVII s'explique par les nombreuses références explicites ou implicites à ce texte parmi ceux qui refusaient ce projet. Ce passage du De Laudibus permettait en effet d'insister sur la totale adaptation du droit anglais au peuple anglais, sur son « excellence » propre. Il s'agissait de présenter toute altération de ce droit en vue de le rendre compatible avec un droit étranger (c'està-dire avec un peuple différent) comme une erreur politique. Le raisonnement du chapitre XVII pouvait ainsi être utilisé comme dans la préface des *Irish Reports* de Davies (1615) pour montrer que le droit anglais était « consubstantiel » à la nation anglaise. L'excellence du droit anglais est ainsi référée explicitement par Davies à sa nature autochtone ou insulaire, à sa capacité à refuser toute influence étrangère, qui risquerait de mettre à mal le lien intrinsèque entre la nation et son droit. La common law constitue ainsi pour de nombreux auteurs un élément idiosyncrasique, constitutif de l'identité nationale, que le projet d'Union juridique des deux royaumes risque de corrompre.

Or cette perfection du droit anglais, à savoir sa totale adaptation au peuple anglais, s'explique selon Davies par la dynamique, inhérente à toute coutume, qui a donné naissance à la *common law*. En effet, contrairement aux lois écrites, les coutumes n'ont force de loi que si elles n'entraînent aucun « inconvénient » pour le peuple. Implicitement c'est là reconnaître la possibilité d'une évolution, de changements opérés par le peuple sur ces prescriptions avant qu'elles deviennent des lois à part entière. Cependant tout se passe, sous la plume de Davies, comme si ce processus était clos, comme si le travail d'adaptation du droit au peuple, permis par la nature même des coutumes, était terminé. Une telle idée qui rend compte de l'excellence des lois existantes en raison du processus passé d'élaboration des coutumes présuppose que la réalité à laquelle doit s'adapter le droit pour parvenir à la perfection n'est pas elle-même soumise à l'évolution. Le « peuple »,

^{7.} J. Hayward, A Treatise of Union of the Two Realmes of Engmand and Scotland, Londres, 1604, sig. A1.

la « nation » anglaise, apparaît ainsi comme dotée de caractéristiques particulières et permanentes dans le temps, ou pour le dire avec les termes de l'époque, d'une « nature ». Le chapitre XVII du *De Laudibus* en dessinant l'image d'un droit immémorial, ayant subsisté à l'identique malgré les changements politiques et les différentes conquêtes subies par l'Angleterre, grâce à sa perfection et à son irrécusable adaptation, ouvre l'espace d'une pensée qui fait de la *common law* le miroir dans lequel s'exprime l'Angleterre comme être politique particulier, comme une « nation » dotée d'une nature à la fois distincte et immuable.

Mais, tel n'était pas le seul usage de ce texte au début du XVII° siècle. En effet, la défense du droit anglais ne vise pas seulement sous la plume de Fortescue, à s'opposer à l'influence ou à la réception d'un droit étranger. Elle s'inscrit dans une défense d'un mode d'exercice réglé du pouvoir monarchique, respectant les lois existantes et la volonté du peuple, contre le gouvernement tyrannique, purement « royal ». Derrière l'opposition entre droit anglais et droit civil, ce qui se joue plus fondamentalement dans ce texte, c'est la volonté de mettre en évidence la supériorité du *dominium politicum et regale* sur le *dominium regale tantum*. L'étude comparée des deux droits est ainsi associée à une perspective héritée des « miroirs des princes » médiévaux. Il s'agit de démontrer au prince qu'il a tout à gagner à exercer son pouvoir en respectant les lois existantes. Or c'est précisément dans cette perspective qu'il convient de comprendre selon nous la reprise de la thèse de Fortescue sur l'antiquité des lois anglaises la plus déterminante au début du XVIIe siècle, celle d'Ed. Coke.

On a souvent noté que Coke réitérait dans de nombreuses préfaces de ses Reports l'affirmation de l'absence de changement des coutumes anglaises malgré les conquêtes successives. Cependant le rapport de Coke à Fortescue ne se limite pas à cette seule affirmation. On retrouve dans l'œuvre de Coke à la fois l'articulation de la question de l'ancienneté et de celle de l'excellence des lois anglaises, et son utilisation à des fins de défense du gouvernement selon les lois. Dès la Second Part of the Reports (1602), il entend prouver l'excellence du droit anglais existant en insistant sur les effets positifs du gouvernement du royaume par son intermédiaire. La comparaison avec les autres pays, où dominent selon lui la guerre civile, l'arbitraire et la tyrannie, témoigne d'elle-même de l'excellence des lois anglaises. Mais, il ne s'agit pas tant pour Coke de démontrer que le gouvernement par les lois anglaises est meilleur que celui qui s'opère par d'autres lois. De manière plus radicale, l'Angleterre est, selon lui, le seul pays où les lois « gouvernent ». Le premier mérite des lois anglaises est ainsi de permettre que le gouvernement par les lois puisse s'imposer et ne pas laisser place au gouvernement arbitraire, seulement déterminé par le bon plaisir des rois. La sagesse et la justice des lois anglaises, ainsi que les effets positifs qu'elles produisent en termes de paix civile et de prospérité, engagent ainsi les souverains successifs à choisir de gouverner l'Angleterre par

leur intermédiaire, c'est-à-dire en respectant ce qu'elles prescrivent. La soumission des rois envers les lois existantes ne se présente pas seulement comme l'effet d'un engagement solennel, qui serait à rechercher par exemple dans le serment du couronnement, mais plus fondamentalement comme le fruit d'un choix libre et rationnel, guidé par l'évidente sagesse des lois anglaises comme moyen de gouvernement. Afin de consolider cet argument il rappelle alors, comme Fortescue, mais sans le citer ici⁸, que les lois anglaises auraient été remplacées par les différents conquérants si elles n'avaient été meilleures que toutes les autres lois civiles⁹. Comme pour Fortescue, il ne s'agit pas seulement de démontrer l'excellence des lois anglaises en tant qu'instrument de gouvernement de l'Angleterre, mais d'insister sur leur supériorité par rapport aux autres droits nationaux.

La déconstruction de l'argumentation de Fortescue par Selden

Les trois notes que consacre Selden au chapitre XVII du De Laudibus contestent trois éléments essentiels de l'argumentation de Fortescue. La première témoigne du refus de Selden de souscrire à l'idée que les lois anglaises n'auraient pas changé depuis les origines bretonnes. Or cette idée jouit d'une importance décisive dans la réflexion de Fortescue et de Coke, non seulement pour l'établissement de l'absence d'influence du droit romain sur le droit anglais, mais aussi pour la mise en évidence de l'excellence des lois anglaises en tant que moyens de gouverner l'Angleterre. La seconde nuance très largement l'idée d'une absence de réception du droit romain lors de la conquête romaine. Là encore, c'est s'opposer directement à Fortescue, à Coke, et à un grand nombre de common lawyers de son époque. La troisième entend mettre en crise la perspective finale du chapitre XVII du *De Laudibus* qui déplace l'interrogation de l'excellence relative des lois anglaises en tant qu'instrument de gouvernement de l'Angleterre, vers la mise en évidence de leur supériorité absolue par rapport au droit civil romain. On peut en effet repérer dans ce chapitre une forme de passage à la limite, par lequel il ne s'agit plus seulement d'arguer de l'ancienneté des lois malgré les conquêtes pour mettre en évidence leur parfaite adaptation au royaume anglais, mais en se fondant sur la plus grande ancienneté des lois anglaises de conclure à leur supériorité sur toutes les autres lois civiles. Selon Selden cette affirmation finale du chapitre XVII suppose que l'on accepte deux hypothèses : l'absence de changement du droit

^{8.} Le nom de Fortescue et la référence explicite au chapitre XVII du *De Laudibus* n'apparaît que dans la préface au *Third Report* (1602).

^{9.} Ed. Coke, *Le Second Part Des Reportes Del Edward Coke*, T. Wight, Londres, 1602, n.p. (*The selected writings of Sir Edward Coke*, S. Sheppard (éd.), Liberty Fund, Indianapolis, 2004, p. 39-40).

anglais au cours du temps et malgré les conquêtes (ce qui permet d'affirmer qu'il est identique à ce qu'il était à l'origine) et le récit de la fondation du royaume anglais par Brute¹⁰.

Certes ce chapitre du *De Laudibus* ne fait pas allusion à Brute. Mais, Fortescue donne ailleurs une grande place à ce récit, entendant grâce à lui comprendre la fondation du royaume comme l'établissement d'un dominium politicum et regale. En outre, c'est seulement en accordant autorité à ce récit qu'il est possible d'affirmer comme le fait le chapitre XVII que les lois anglaises ont existé avant celles de Rome ou de Venise. Cette histoire qui faisait de Brute, petit-fils d'Enée et chef d'une troupe de Troyens en exil après la défaite contre les Grecs, le fondateur des royaumes d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande, apparaît dans nombre de chroniques médiévales, notamment dans l'Historia Regum Britanniae de Geoffrey de Monmouth. Selon Selden, l'histoire de Brute, telle qu'elle est racontée, considère qu'il s'est installé en Angleterre, au moins 300 ans avant la fondation de Rome. Cette précision n'apparaît pas dans le texte de Fortescue lui-même, mais était par exemple au cœur de la controverse à la fin du XVI^e siècle entre Buchanan¹¹ qui refusait la réalité de ce récit, tiré de l'histoire médiévale de Geoffrey de Monmouth, et Richard Harvey¹² qui entendait au contraire la défendre de manière vigoureuse¹³. Cette référence à une fondation du royaume des Bretons par Brute, qui aurait eu lieu avant celle de Rome, se retrouve notamment dans des œuvres modernes qui entendaient, à l'image des chroniques médiévales, proposer des récits versifiés de l'histoire anglaise¹⁴. Ainsi malgré les attaques nombreuses à l'endroit de ce récit, venant notamment des Antiquaires (comme Spelman ou Camden), il continue à être repris, et à constituer une forme de lieu commun de la manière dont les Anglais se représentaient leur histoire.

Bien que Selden semble avoir toujours émis des doutes sur ce récit, la très grande difficulté¹⁵ avec laquelle il tente, dans l'*Analecton Anglobritannica*, de prendre ses distances avec lui et avec les écrits de Geoffrey de Monmouth ou

^{10.} J. Selden, Notes upon Fortescue, p. 14.

^{11.} G. Buchanan, Rerum Scoticarum Historia, G. Van den Rade, Anvers, 1583.

^{12.} R. Harvey, *Philadelphus*, or a defence of Brutes, and the Brutans history, J. Wolfe, Londres, 1593.

^{13.} Buchanan affirmait ainsi que l'historie de Brute avait été inventée pour constituer un mythe capable de concurrencer celui de la fondation de Rome par Romulus. Harvey entendait refusait une telle idée en arguant du fait que la fondation du royaume breton par Brute précédait d'au moins 300 ans celle de Rome.

^{14.} Par exemple, W. Warner, *Albions England*, G. Robinson, Londres, 1589 ou Th. Heywood, *Troia Britanica*, W. Iaggard, Londres, 1609.

^{15.} Voir G. J. Toomer, John Selden, A Life in Scholarship, p. 74-75.

du pseudo-Bérose¹⁶, montre leur force et leur autorité. Dans les Notes upon Fortescue, Selden juge au contraire sans ambages que l'histoire de Brute n'est qu'une « fiction » voire une « imposture » ¹⁷. Ce texte s'inscrit en effet dans une radicalisation de Selden dans son hostilité au mythe de Brute entamée dans le *Jani Anglorum*. Il met ainsi en garde ceux qui seraient tentés de faire confiance à la tradition orale, et aux chansons des bardes qui sont censées avoir permis de sauvegarder la mémoire des origines. Il distingue ainsi ce qu'il nomme la « poetical story » de l'histoire qui vise à déterminer la « vérité de l'histoire » (« Truth of Story »). Cette histoire poétique ne répond pas à l'exigence de la recherche de la vérité, mais vise à produire le plaisir de l'auditoire, en refusant précisément les « limites » qu'impose la « vérité de l'histoire » 18. Le récit de Brute n'est ainsi pour lui que le produit de bardes désirant donner à la *Bretagne* un « fondateur » qui ait simplement une « communauté de son » avec le pays. Bien évidemment, Selden ne réduit pas l'invention de l'histoire de Brute à une simple question d'euphonie. Il a parfaitement conscience de ce que pouvait signifier le fait de rattacher les origines des Bretons à la civilisation troyenne. Dès le Jani Anglorum, il remarquait avec Pontus Heuterus¹⁹, la tendance de tous les peuples européens à faire descendre leurs ancêtres de « faux Troyens » 20.

Ce refus du récit de Brute semble être l'effet direct de la méthode historique de Selden telle qu'il la décrit notamment dans la préface aux *Illustrations* du *Poly-Olbion* de Drayton (1612). Dans ce texte, il ne se contente pas d'affirmer sa préférence pour l'utilisation de documents originaux, mais il précise les critères qui permettent de juger de l'autorité de ces documents. Dans un premier temps, il convient selon lui de déterminer le crédit que l'on peut reconnaître à l'auteur du document. Ce dernier doit être libre de toute « affection » ou de toute « haine ». En outre il faut comparer ce qu'affirme ce document avec une « autorité plus persuasive ». Enfin, il convient de respecter ce qu'il nomme le « synchronisme ». Selon Toomer, ce terme indique simplement la nécessité pour la chronologie d'un événement d'être conforme à la chronologie d'événements associés²¹.

^{16.} Il s'agit de la publication par Annius de Viterbe en 1498 d'une *Histoire* faussement attribuée au prêtre chaldéen Bérose.

^{17.} J. Selden, Notes upon Fortescue, p. 15.

^{18.} Selden semble ici redevable à la distinction entre poésie et histoire opérée par Bacon dans l'*Advancement of Learning* (1605), dont nous conservons une édition annotée par Selden.

^{19.} P. Heuterus, De Veterum ac sui saeculi Belgico, Anvers, 1600, II, 8.

^{20.} J. Selden, Iani Anglorum, T. S. procur. I. Helme, Londres, 1610, p. 13.

^{21.} G.J. Toomer, John Selden, A Life in Scholarship, p. 112.

Or Selden rappelle, à la suite de Camden, qu'il n'existe aucun témoignage concernant les « habitants de l'île » avant la *Guerre des Gaules* de César. Il reconnaît certes que Polybe dans ses *Histoires*²² et Lucrèce dans le *De Natura rerum*²³, évoquent les îles britanniques. Il signale aussi la mention d'Albion dans le *De Mundo*²⁴, qu'il considère, à juste titre, comme un texte faussement attribué à Aristote, et d'une date postérieure aux *Histoires* de Polybe. Or aucun de ces documents n'évoque la figure de Brute et la fondation de la Bretagne. Les premières mentions sont bien postérieures puisqu'elles sont à rechercher dans les chroniques médiévales. Il existe ainsi indiscutablement des documents écrits qui constituent la source du récit de Brute, mais pour lui tous ces documents, largement postérieurs aux événements auxquels ils se réfèrent sont « suspects ». L'histoire de Brute ne constitue ainsi qu'une fiction, qu'un mythe ne reposant sur aucun élément historiographique crédible, construit seulement à des fins esthétiques et stratégiques.

La « vraie » origine des Bretons pour Selden est à rechercher du côté de Japhet, un des trois fils de Noé. Suivant comme souvent la *Britannia* de Camden, il inscrit les origines de l'occupation de l'Angleterre dans l'histoire biblique. Or cette origine comme il le remarque est plus ancienne que celle que permet de dégager l'histoire de Brute. Il s'appuie ici non seulement sur l'Ancien Testament, mais aussi sur des sources patristiques, et en particulier la *Chronique* d'Eusèbe de Césarée (telle qu'elle fut reconstituée par Joseph Juste Scaliger), qui mentionne le don par Noé, à Japhet et à ses héritiers, de tous les territoires de l'Ouest, y compris les îles britanniques. Or la référence à Japhet ne permet pas comme l'histoire de Brute de distinguer du point de vue de leur antiquité les lois anglaises et celles de Rome. La première hypothèse est donc écartée.

Selden est tout aussi critique à l'égard de l'autre hypothèse sur laquelle se fonde l'argumentation du chapitre XVII du *De Laudibus*, celle consistant à affirmer que les mêmes lois se sont maintenues à l'identique depuis les origines. Il esquisse en effet dans ces *Notes* une image de l'histoire du droit anglais et de sa nature apparemment en opposition radicale à celle qui entend s'inscrire dans la tradition inaugurée par ce chapitre du *De Laudibus*. En premier lieu, sous sa plume, l'affirmation du caractère inchangé du droit anglais depuis les origines perd toute crédibilité. Pour lui, les conquêtes affectèrent bien le droit. Mais, il ne s'en tient pas là, puisqu'il comprend ces altérations en termes de « mélange » de certaines

^{22.} Selden renvoie ici au livre III des *Historiae*. En effet la seule mention par Polybe des Îles Britanniques que nous conservons se trouve dans le livre III (chapitre II, § 57, 3).

^{23.} Selden cite le livre VI. Il semble ainsi faire référence au vers 1106.

^{24.} Pseudo-Aristote, De Mundo, chapitre III, § 13.

des coutumes des conquérants au droit anglais existant. Ainsi dans la première note (« Aliqui regum ») consacrée au chapitre XVII, en regard du passage où Fortescue affirme que « Si ces coutumes n'avaient pas été jugées bonnes, l'un de ces rois les aurait altérées », Selden remarque : « Mais il est indubitable que les Saxons ont mêlé les coutumes des Bretons avec les leurs, les Danois avec les anciennes coutumes des Bretons, celles des Saxons et les leurs, et de même pour les *Normands* » ²⁵. Selden déconstruit non seulement le mythe de l'antiquité des lois anglaises, mais aussi celui de leur caractère purement « insulaire ». Il semble ainsi mettre à mal les éléments constitutifs essentiels qui permirent à ce chapitre du De Laudibus de jouer un rôle de premier plan dans les nombreuses défenses de la common law et du droit anglais proposées au début du XVII^e siècle. De manière significative, c'est précisément la même conception d'un droit anglais né du mélange de différentes coutumes étrangères (à la faveur des conquêtes subies par l'Angleterre), que propose Francis Bacon, la même année²⁶. Or Bacon vise par cette conception à défendre, explicitement contre Coke, un projet de réforme du droit anglais. S'il ne s'agit pas d'identifier pour autant les perspectives de Selden et de Bacon²⁷, force est de constater que dans ces *Notes*, le premier s'écarte résolument lui aussi de la leçon cokienne.

L'interprétation proposée par les *Notes upon Fortescue* des effets sur le droit de la conquête normande constitue sûrement le témoignage le plus manifeste de cet écart. Selden remet explicitement en cause le mythe de la permanence des lois d'Edouard le Confesseur, par delà la prise de pouvoir de Guillaume. Or ce mythe joue un rôle fondamental non seulement chez Coke, mais chez de nombreux penseurs de l'ancienne constitution²⁸. Selon lui, il est indéniable que malgré les textes mentionnant l'engagement du conquérant de maintenir en vigueur les lois anciennes, souvent cités à l'époque, diverses coutumes normandes furent « mêlées » « en pratique » à ces lois. Une telle affirmation n'est pas nouvelle sous sa plume. Dès le *Jani Anglorum Facies Altera* il affirmait que la conquête normande avait introduit des changements importants notamment en ce qui concerne les tenures et le droit foncier²⁹.

^{25. «} But questionless the saxons made a mixture of the *British* customes with their own; the *Danes* with old *British*, the *Saxon* and their own; and the *Normans* the like », J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 7.

^{26.} F. Bacon, A proposition to his Majesty [...] touching the compiling and amendment of the laws of England, in The Works of Francis Bacon, J. Spedding (éd.), Londres, 1874, vol. XIII, p. 13.

^{27.} Sur les rapports entre Bacon et Selden, voir G. J. Toomer, *John Selden, A Life in Scholarship*, p. 316-318.

^{28.} Sur cette question, voir J. Greenberg, *The Radical Face of the Ancient Constitution, St Edward's « Laws » in Early Modern Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

^{29.} J. Selden, *The Reverse or Back-face of the English Janus*, R. Westcot, Londres, 1683, sig. A3v – A4:

Cependant, comme le rappelle la dernière note consacrée au chapitre XVII, bien qu'il récuse les deux hypothèses sur lesquelles s'appuie le raisonnement de Fortescue, Selden se dissocie de ceux qui entendent faire commencer la common law, voire le droit anglais lui-même, avec la conquête normande³⁰. Ces derniers s'autorisent des effets de cette conquête sur le droit pour tenter de mettre en évidence la plus grande antiquité du droit civil, et donc sa supériorité. Selden refuse une telle conclusion. Tout d'abord, il n'est pas possible selon lui d'identifier le droit civil appliqué dans certains pays à son époque au droit en vigueur chez les Romains³¹. Il n'y a alors aucun sens à vouloir affirmer la plus grande ancienneté du droit civil. En outre Selden s'oppose à l'idée que la common law ou plus généralement le droit anglais trouverait son origine dans la conquête normande. Cette dernière n'a apporté que des altérations à un droit ancien. Il existe indéniablement pour Selden une forme de continuité du droit anglais par delà ces conquêtes et malgré les changements. Mais plus radicalement, Selden remet en cause la possibilité de déterminer la valeur respective des droits nationaux en comparant leur ancienneté propre. En procédant ainsi, il modifie considérablement l'enjeu stratégique de l'histoire du droit, et peut ouvrir le champ d'une étude seulement déterminée par la recherche de la « vérité ». Plus exactement en refusant la perspective de Fortescue, il désamorce les effets délétères pour les discours classiques sur l'excellence de la common law, que pourrait entraîner sa propre conception de l'histoire juridique anglaise.

La conquête romaine et la réception en Angleterre du droit civil

La manière dont Selden rend compte dans ces notes de la conquête romaine illustre selon nous parfaitement la dimension non totalement critique des *Notes* consacrées au chapitre XVII. Il s'agit en effet à partir d'une compréhension des effets juridiques immédiats de cette conquête de défendre une thèse essentielle du *De Laudibus*: l'absence d'influence du droit civil sur le droit anglais.

Pour Fortescue, la conquête romaine est comprise à l'image des autres conquêtes. Elle n'a marqué aucune altération, aucun changement dans le droit existant. Elle jouit cependant d'une grande importance, compte tenu de la

[«] For the times on this side the Normans entrance are so full of new laws, especially such as belong to the rights of Tenancy or Vasselage; though other laws have been carefully enough kept up from the time of the Saxons, and perharps from an earlier date ».

^{30.} J. Selden, Notes upon Fortescue, p. 18.

^{31.} Voir J. Selden, *Historie of Tithes*, « A review of the Chapter VII », s.l., 1618, p. 478-479.

perspective du *De Laudibus*, qui entend mettre en évidence la supériorité des lois anglaises sur le droit civil. Sous la plume de Selden elle se distingue au contraire radicalement des conquêtes postérieures. Elle est l'occasion de la réception d'un droit étranger et non celle de l'altération du droit existant. Mais il maintient malgré tout qu'elle est aussi la seule qui n'ait pas laissé de trace dans le droit anglais ultérieur. Cette double caractérisation n'a pas pour Selden de dimension paradoxale. C'est au contraire la radicalité de la réception du droit civil en Angleterre qui semble expliquer qu'il ne se soit pas mêlé avec le droit existant, et pas intégré au droit anglais. Seule la prise en compte de ce double aspect de la conquête romaine permet de comprendre la fonction des analyses que les *Notes upon Fortescue* lui consacrent. En se concentrant seulement sur la critique de la conception proposée par Fortescue, c'est-à-dire sur la reconnaissance d'une réception du droit civil en Angleterre au moment où elle était sous la domination romaine, on risque de méconnaître la perspective stratégique du propos de Selden.

De manière particulièrement significative, A. Duck, un civiliste contemporain de Selden, s'autorise de ce passage des *Notes upon Fortescue*, pour établir l'erreur des « jurisconsultes d'un grand caractère » qui ont affirmé que « les Romains n'obligèrent pas les insulaires de la Grande-Bretagne à suivre les Lois romaines, mais qu'ils leur laissèrent la liberté de vivre selon leurs Lois anciennes » 32. Se référant ainsi à l'autorité de Selden (ainsi qu'à celle de Camden et de Spelman), il juge que « les Romains établirent leurs Lois dans la Grande-Bretagne, après avoir aboli les Lois anciennes, et que le Droit Romain a régné dans cette île autant que les Empereurs ». A partir de la mise en évidence de cette réception Duck entend tracer une histoire de la permanence du droit romain, malgré les invasions saxonne et danoise, et légitimer l'autorité du droit civil en Angleterre. Si la manière dont Duck utilise cette note de Selden illustre parfaitement l'importance stratégique de cette question, elle ne rend pourtant pas justice à la complexité de la position seldenienne sur cette question, puisqu'elle n'insiste que sur une seule des dimensions de l'analyse proposée par les *Notes upon Fortescue*. Selden s'oppose en effet explicitement dans les *Notes* comme il le fera plus précisément dans l'*Historie* of Tithes à la perspective que suivra A. Duck. La mise en évidence de la longue éclipse du droit civil sur le continent, y compris dans l'Empire, empêche selon lui de comprendre l'autorité qu'il peut y posséder comme un effet lointain de la domination romaine. Mais, plus radicalement, il refuse totalement dans le cas de l'Angleterre de reconnaître l'existence d'un effet quelconque de cette réception sur le droit anglais ultérieur. Malgré son opposition à la compréhension de la

^{32.} A. Duck, *De L'usage et de l'autorité du droit civil dans les états des princes chrétiens*, J. Guignard, Paris, 1689, p. 304 (traduction de *De usu & authoritate juris civilis Romanorum*, R. Hodgkinson, Londres, 1653).

nature et des effets immédiats de la conquête romaine sur le droit proposée par le *De Laudibus*, Selden entend bien sauver une partie de la position de Fortescue.

Il semble en premier lieu vouloir procéder à une telle opération en insistant sur le fait que les Romains n'établirent leurs lois que dans les colonies, c'est-à-dire sur certaines parties du territoire³³. L'existence de ces colonies en Angleterre est attestée, selon Selden, par les écrits de Tacite, les inscriptions qui subsistent ou les monnaies retrouvées. Or selon Selden « chaque colonie n'était que l'image de la cité mère, avec les mêmes rites sacrés, les mêmes cours de justice, les mêmes lois, les mêmes temples, les mêmes places pour le commerce publique »³⁴. Le fait que la Conquête du territoire britannique par les Romains ait pris la forme de colonies, semble alors expliquer l'absence de mélange du droit romain et du droit breton. L'identité des colonies et de Rome, du point de vue de la société, des mœurs et de la structure politique, semble permettre de comprendre la possibilité pour les conquérants d'appliquer leur droit propre sans avoir aucunement besoin de l'adapter et de prendre en compte les coutumes existantes des populations indigènes. Tout semble se passer en un sens comme si le paradoxe spatial que constituent les colonies (l'existence de Rome en-dehors de Rome) faisait de la réception du droit romain un événement « hors-sol », extérieur au territoire et à l'histoire anglaise. La présence romaine et l'autorité du droit civil semblent ainsi se maintenir à l'extérieur du peuple breton, évitant par là tout mélange.

La prise en compte de cette particularité semble être aux yeux de Selden la seule manière de comprendre l'affirmation de Fortescue selon laquelle les Romains n'abolirent par le droit des Bretons. Cependant, cette solution est mise en crise par Selden lui-même dans la suite de la note, puisqu'il évoque non seulement une réception du droit civil en Angleterre, mais une réception par les Bretons eux-mêmes. Autrement dit on ne saurait réduire pour lui la présence du droit civil aux seules colonies romaines. Pour rendre compte de cette réception du droit civil parmi les Bretons eux-mêmes, grâce à laquelle il en vient à remplacer les anciennes coutumes insulaires, Selden fait implicitement référence à une double dimension de la conquête romaine. Il reconnaît que du fait même de la conquête les Bretons étaient « assujettis aux lois romaines ». Et pourtant ce n'est pas selon lui la victoire militaire, la domination elle-même qui est à l'origine de la réception du droit romain par les Bretons.

^{33.} J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 9 : « the *Romans* had their laws in such parts of this land, as they had their mowt civill government in. I mean in Colonies hither deduced ».

^{34.} *Ibid.*, p. 9 : « For every Colonie was but as an image of the mother Citie, with like holie rites, like Courts, Laws, Temples, places of publique commerce ».

La référence à la *Vie d'Agricola* de Tacite permet selon nous de mieux saisir la nature de cette double dimension de la conquête. Tacite distingue en effet la dimension guerrière de la conquête de la Bretagne, par laquelle Agricola soumet, par la violence et la terreur les peuples bretons, et l'effet de la paix et de l'humanitas, qui amène les « Barbares » à accepter la domination romaine. Suivant le récit de Tacite, Selden insiste lui aussi sur le pouvoir d'attraction de la civilisation romaine sur les Bretons, qui en vinrent à vouloir imiter « leurs Conquérants et les colonies voisines », en utilisant le latin, en mimant les mœurs, les plaisirs, le régime alimentaire et même les tenues vestimentaires des Romains³⁵. Selden note ainsi l'effet du génie romain qui attachait les peuples conquis à la pax romana, aux plaisirs et aux vices de l'humanitas, et par là engendrait une forme de servitude volontaire. Il cite ainsi le jugement de Tacite : « dans leur inexpérience, ils parlaient de civilisation [humanitas], alors que c'était un élément de leur esclavage » 36. Cette réflexion sur les modalités de la conquête romaine semble compléter les analyses du *Jani Anglorum*. Dans ce texte, Selden distingue clairement les deux temps de la conquête. Le premier, qui s'ouvre avec l'arrivée de Jules César et se poursuit jusqu'à la campagne de Claude, est marqué par la volonté des Romains d'imposer de force les lois romaines aux Bretons. Or cela entraîna selon lui la révolte des Bretons, qui se soulevèrent à chaque fois que les Romains essayèrent de leur interdire le libre usage de leurs propres lois. Ce temps de la guerre, de l'affrontement et de la révolte contre la réception des lois romaines, est précisément celui auquel mettent fin la politique de colonisation et la sage administration d'Agricola. Le Jani Anglorum ne présente pas, contrairement aux Notes upon Fortescue, la réception des lois romaines comme l'effet de cette sage administration, mais le chapitre consacré à la domination romaine sur l'Angleterre qui commençait par l'évocation des insurrections bretonnes contre la volonté romaine d'imposer le droit civil en lieu et place des anciennes coutumes, se termine par le tableau d'une Bretagne pacifiée, acceptant le joug et la civilisation romaine.

Dans ce passage des *Notes upon Fortescue*, Selden souligne en outre l'importance dans ce processus de « romanisation » des Bretons, de l'interdiction par Claude de la religion druidique. Il renvoie ainsi au témoignage de Suétone dans

^{35.} J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 11-12: « After *Claudius*, the Britons began to learne the arts, to exceed the Gaules in wit and learning [...] and this is spoken of naturall Britons, not Colonies. They affected, we see, Roman language, Rhetorique, Roman habit, Roman pleasures, diet, and the like. Neither needed *Tacitus* to have mentioned their affecting the laws of Rome, when they were subject to them as a conquerd people. And no doubt is, but they that imitated their Conquerours, and neighbour Colonies in the rest, were not backward in affecting, those laws, for which the languages and rhetorique was most usefull ».

^{36.} Tacite, Vie d'Agricola, XXI, 3.

sa Vie de Claude³⁷. Certes il reconnaît que Suétone ne parle pas des Bretons et se contente d'évoquer l'interdiction en Gaule. Mais selon lui, la Gaule constituant, à suivre le témoignage de César, la « nourrice » de la religion druidique, il est tout à fait possible que cette interdiction se soit étendue aussi en Bretagne. Selden va même plus loin. Il affirme en effet que même si l'interdiction ne concernait que les Gaulois, elle a dû avoir des effets sur les Bretons, en ruinant la réputation des druides parmi eux. Il dresse ainsi implicitement le tableau d'une société qui semble accorder un grand poids au jugement des conquérants, jusqu'à se détourner d'ellemême de ses anciennes institutions religieuses pour se conformer au jugement négatif des Romains sur elles. Or comme le rappelle Selden, suivant encore en cela le témoignage de César³⁸, les druides ne jouaient pas seulement un rôle religieux, mais endossaient une fonction civile essentielle dans la société gauloise (et donc bretonne). Ils étaient en effet dotés d'un « pouvoir juridique » [legal power], arbitrant et tranchant les conflits³⁹. Avec la disparition de leur autorité religieuse, c'est aussi, selon Selden, ce pouvoir qui disparaît. Il ne fait état d'aucune résistance des Bretons à une telle interdiction, à un tel renversement de leurs propres institutions, mais est prêt à leur reconnaître un rôle pleinement actif dans le processus qui les a amenés à recevoir le droit romain⁴⁰. Le processus de « romanisation », certes enclenché par la conquête et par la prudence politique des Romains, mais largement accepté, voire désiré par les Bretons, apparaît alors comme ce qui a permis de créer un vide juridique, rendant les indigènes « prêts à recevoir les lois de Rome ». Ce processus constitue ainsi le moyen par lequel la soumission aux lois romaines imposée *en droit* par la conquête elle-même, par la défaite militaire, en vient *en fait* à constituer le droit utilisé par les Bretons eux-mêmes pour décider de leurs propres controverses.

37. Suétone, *Vie des Douze Césars*, « Claude », XXV, 13 : « Il abolit entièrement dans la Gaule la religion cruelle et barbare des Druides, qu'Auguste n'avait interdite qu'aux citoyens ».

^{38.} Il cite à l'appui de cette thèse les livres V et VI de la *Guerre des Gaules* et l'opinion partagée par tous les savants de l'identité dans l'antiquité de la Gaule et de la Bretagne, « at least in their office, actions, and learning » (J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 13).

^{39.} Dans l'*Analecton* et le *Jani Anglorum*, Selden évoquait déjà ce rôle juridique des Druides, considérés comme des interprètes du droit, à l'image des pontifes romains à l'époque de la loi des Douze Tables. Il utilise déjà pour établir ce point la *Guerre des Gaules* de César (VI, 13).

^{40.} J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 12: « The easier might use and studie of the laws of *Rome* be received here, after this *Claudius* his conquest, in regard that those which before and in ancient time had the determining of controversies, and the learning of that kind in their hands, were by him forbidden to use any longer their religion, for which they were most all reverenced and regarded. I mean the *Druides* and when their holy rites were prohibited by the Emperor, it's likely enought that the nations governed by them in point of law (as the *Gaules* and *Britons* were) grew regardlesse, at lest remain'd nothing so respectfull of them as before, and so became prone to receive the laws of *Rome* which had both conque'd them and also taken away the reverence before given to the *Druides* ».

La conquête romaine semble ainsi avoir produit une transformation de la société bretonne, modifiant les mœurs et les institutions religieuses et judiciaires. Elle constitue à ce titre la conquête la plus substantielle qu'ait eu à subir l'Angleterre, et le seul moment où un droit étranger a remplacé purement et simplement le droit indigène. La modification radicale de la société bretonne semble être ce qui a rendu possible la pure et simple réception du droit romain. La Bretagne est ainsi devenue l'imitation des colonies romaines, qui étaient elles-mêmes l'image de Rome. De la même manière que le droit romain pouvait s'appliquer immédiatement et pleinement dans des colonies constituées à l'image de Rome, il a pu être reçu par une population dans laquelle s'était élevé le désir d'être l'image la plus fidèle des Romains. Loin de devoir s'adapter aux Bretons, le droit romain pouvait se déployer au sein d'une population qui entendait devenir « romaine ». Cependant si ce processus de « romanisation » semble expliquer la possibilité de la réception pure et simple du droit romain en lieu et place des coutumes bretonnes, le fait qu'il n'ait laissé, contrairement aux coutumes des conquérants ultérieurs, aucune trace dans le droit anglais continue semble-t-il à poser problème. Mais là n'est pas la seule difficulté. Comment comprendre la continuité que Selden reconnaît aux coutumes bretonnes par-delà la conquête romaine, puisque selon lui c'est bien aux coutumes bretonnes que les Saxons mêlèrent les leurs?

Selden ne propose pas de réponse claire à ces deux problèmes dans ces *Notes*. On peut supposer qu'elle tient pour lui aux limites de la « romanisation » de la Bretagne. Elle s'est avant tout opérée dans le voisinage des colonies, et elle semble surtout en être restée à une forme d'imitation qui ne pouvait se maintenir qu'au contact direct des Romains. Le départ des Romains semble ainsi avoir fait disparaître les éléments qui rendaient possible la réception du droit civil. Mais le plus important à nos yeux ne réside pas dans cette réponse. L'insistance doit plutôt être portée sur l'existence même de ces deux problèmes. Selden tente en effet de faire tenir ensemble le fait de la réception du droit civil, son absence d'effets sur le droit anglais ultérieur et l'affirmation d'une continuité des coutumes bretonnes par delà la conquête romaine, allant même jusqu'à affirmer que les coutumes saxonnes se mêlèrent avec elles. La synthèse entre ces trois éléments semble difficile à opérer. La volonté d'y parvenir nous semble pour cette raison particulièrement significative de la position particulière qu'occupe Selden dans l'éventail des différentes conceptions de l'histoire juridique anglaise développées à l'époque. Les auteurs qui s'inscrivent à l'image de Coke dans la perspective de Fortescue répondent à la question de la continuité du droit anglais depuis les Bretons, en refusant toute idée de réception du droit civil à l'occasion de la conquête romaine. Ceux qui entendent au contraire défendre l'idée d'une telle réception, pensent pour la plupart la conquête saxonne (voire danoise ou normande) comme une rupture fondamentale, qui coupe le droit anglais existant de toute continuité non seulement avec le droit des conquérants romains, mais aussi avec les coutumes normandes. Ils insistent sur l'effet des conquêtes postérieures en vue d'accréditer l'idée que même si l'Angleterre fut à un moment gouvernée par les lois romaines, ces lois furent totalement abrogées par les envahisseurs ultérieurs.

Ainsi dans un texte présenté devant la Société des Antiquaires, W. Hakewill⁴¹ propose une leçon qui récuse totalement la thèse de Fortescue mais qui parvient pourtant à refuser toute influence du droit romain sur le droit anglais existant. Il reconnaît en effet l'existence d'une réception du droit romain au moment de la conquête romaine, mais affirme que la conquête saxonne abrogea totalement les lois romaines. Les lois saxonnes constituent alors le vrai point de départ du développement du droit anglais. Si la thèse de Fortescue et celle de Hakewill parviennent à rendre compte de manière en apparence aussi efficace du fait que le droit anglais s'est développé indépendamment de toute influence du droit civil, elles se distinguent ainsi du point de vue de la question de la continuité de l'histoire juridique anglaise⁴². La distinction essentielle semble alors se placer entre la reconnaissance d'une origine bretonne⁴³, qui insiste sur la continuité depuis la première occupation de l'Angleterre ou d'une origine saxonne, qui minimise largement l'enjeu de cette question.

À suivre les analyses proposées par G. Burgess dans *The Politics of the Ancient Constitution*, la thèse saxonne défendue par des auteurs comme William Lambarde ou William Camden semble jouir d'une forme de privilège. Le refus d'accorder aux Bretons la moindre influence sur l'Angleterre saxonne se retrouve

^{41.} W. Hakewill, « The Antiquity of the Laws of this Island », in A Collection of Curious Discourses written by Eminent Antiquaries upon several heads in our English Antiquities, T. Hearne (éd.), vol. I, T. Evans, Londres, 1773, p. 2-6. W. Hakewill ne rejoint pas la Société des Antiquaires avant le 29 novembre 1604 (Voir. K. Sharpe, Sir Robert Cotton 1586-1631: History and Politics in Early Modern England, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 29-30).

^{42.} Ce caractère discontinu est accru chez Hakewill par la très grande importance qu'il donne à la conquête danoise dans la construction du droit existant. Mais si cette dernière position est originale, elle ne remet pas en cause la défense de l'origine saxonne du droit anglais. La conquête saxonne constitue bien pour lui la rupture fondamentale, puisque jusqu'à cette conquête comprise, les anciennes lois sont simplement abrogées alors que les conquêtes ultérieures se contentent d'altérer et de modifier les lois existantes de manière plus ou moins forte.

^{43.} Lisa Van Norden a montré l'importance de la volonté de déterminer une forme de continuité du droit anglais depuis les origines bretonnes, souvent moins absolue que celle professée par Fortescue et Coke parmi certains membres de la Société des Antiquaires, le plus souvent afin de dissocier radicalement le droit anglais de la tradition civiliste (L. Van Norden, « Celtic Antiquarism in the Curious Discourses », in Essays Critical and Historical dedicated to Lilly B. Campbell, University of California Press, Los Angeles, 1950, p. 65. Voir aussi J. Evans, History of the Society of Antiquaries, Oxford University Press, 1956, p. 10-12).

sous la plume d'autres « antiquaires » de premier plan dont Richard Vestegan ou Henry Spelman. Ce dernier construit ainsi un véritable réquisitoire contre la thèse bretonne. Il juge totalement fabuleuse l'idée d'une absence de modification des lois anglaises depuis l'époque bretonne défendue par Fortescue. S'il donne un sens moins radical que Hakewill aux effets sur le droit de la conquête romaine (en les comprenant en termes d'altération plutôt qu'en termes d'abrogation et de simple réception), il considère cependant la conquête saxonne comme une rupture fondamentale. Il affirme ainsi que « quelque soient les lois que les *Romains* utilisèrent en *Bretagne*, les *Saxons* les balayèrent toutes avec la nation bretonne »⁴⁴.

Selon G. Burgess le *common law mind* entendant utiliser l'histoire juridique anglaise pour contrer certains discours civilistes ou monarchiques n'avait pas besoin de se référer aux lois bretonnes. L'essentiel consistait selon lui à assurer la continuité juridique par delà la conquête normande. À ses yeux John Selden constitue l'exemple même de ces juristes influencés par l'histoire humaniste ou plus simplement par la thèse saxonne, qui reconnaissaient que les conquêtes romaines ou saxonnes avaient aboli les lois bretonnes. Il substitue ainsi la figure de John Selden, à celle d'Edward Coke (privilégiée par Pocock⁴⁵) pour définir le modèle du common-law mind. Selon lui, la conception de l'histoire anglaise proposée par Selden supposait l'association de trois éléments : le gothicisme (la croyance que les lois anglaises sont dérivées des Saxons), l'immémorialité et la continuité. Selden aurait ainsi, à suivre Burgess, considéré que la common law prenait son origine dans les coutumes des Saxons et aurait connu depuis cette époque une évolution continue, où les conquêtes et les invasions ne produisaient aucune rupture réelle⁴⁶. La position de Coke se trouve alors dans cette perspective réduite à n'être qu'une position « excentrique », très largement minoritaire.

Il nous semble cependant difficile de comprendre la position de Selden comme une simple occurrence du « gothicisme ». Les *Notes Upon Fortescue*

^{44.} H. Spelman, « The Original of Four Terms of the Year », in *Reliquae Spelmaniae, the posthumous works of Sir Henry Spelman relating to the Laws and Antiquities of England, publish'd from the Original Manuscripts*, Awnsham et J. Churchill, Oxford, 1698, p. 67-104, p. 101: « But what Laws soever the *Romans* us'd in *Britain*; the Saxons doubtless swept them all away with the British Nation ».

^{45.} J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the feudal Law*, *A Story of English Historical Thought in the Seventeenth century. A Reissue with a retrospect*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987; *L'Ancienne constitution et le droit féodal*, S. Reungoat et M. Vignaux (trad.), Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

^{46.} G. Burgess, *The politics of the Ancient Constitution: an introduction to English Political thought,* 1603-1642, Mac Millian Press, Londres, 1992, p. 63-64.

refusent explicitement une telle thèse en affirmant que « les *Saxons* mêlèrent leurs coutumes à celles des *Bretons* ». La conquête saxonne ne joue pas à ses yeux le rôle de véritable commencement du droit anglais qu'elle possède pour Hakewill ou Spelman. Elle ne constitue pas, pour Selden, contrairement à ce qu'affirme Burgess, une rupture décisive, qui couperait radicalement le droit anglais du droit breton et du droit romain. Cette position n'est pas propre au texte de 1616. La *Dissertatio ad Fletam* (1647) affirme encore que la *common law* doit plus aux lois bretonnes qu'à celles des Romains. L'insistance sur la continuité du droit anglais depuis les coutumes bretonnes demeure ainsi une constante de toute l'œuvre juridique de Selden.

La comparaison avec le texte de Bacon déjà évoqué peut éclairer selon nous la perspective particulière de Selden. Le futur chancelier entendait faire contre Coke et Fortescue de la « mixité » du droit anglais la raison de son excellence. Il apparaît à ses yeux comme le droit le plus « complet ». Rien ne permet de voir, dans les *Notes*, une telle conception de l'excellence du droit anglais. Pour Selden, l'excellence du droit anglais tient à son adaptation au pays qu'il entend gouverner. Il ne se sépare pas sur ce point de la perspective de Fortescue et de Coke. Mais contrairement à eux il considère la société anglaise comme une entité historique, évolutive et mixte. Alors que certains auteurs comme Vestegan entendaient par exemple affirmer que les conquêtes danoises ou normandes n'avaient pas modifié la nature « saxonne » de l'Angleterre, refusant de considérer la possibilité d'un quelconque mélange de ces différentes nations, Selden semble lui être prêt à reconnaître que la société anglaise s'est constituée elle-même par un tel mélange⁴/. L'excellence du droit anglais tient ainsi à sa capacité à évoluer avec la société qu'il gouverne. Mais, définir ainsi l'excellence du droit suppose de montrer que les différentes conquêtes n'ont pas été l'occasion d'un pur et simple remplacement du droit ancien par un droit radicalement nouveau, mais celle d'une évolution du droit existant. Autrement dit, il convient d'assurer la continuité du droit anglais malgré les changements.

^{47.} Reprenant dans *The History of the Common Law of England*, la comparaison du droit anglais et du bateau dont toutes les planches ont été petit à petit changées, M. Hale affirme ainsi que les différents envahisseurs furent incorporés au fur et à mesure à la population bretonne originelle, jusqu'à former « *a common people and nation* » (*The History of the Common Law*, Ch. M. Gray (éd.), University of Chicago Press, Chicago, 1971, p. 39).

LOI CIVILE ET LOI DE NATURE : REPENSER L'IDENTITÉ DU DROIT ANGLAIS

Afin de défendre cette conception nouvelle de l'excellence des lois anglaises et de leur identité au cours du temps, Selden propose, dans la dernière note consacrée au chapitre XVII, une analyse qui s'écarte des considérations historiques pour proposer une étude de la nature de la loi civile et de son rapport avec la loi de nature. C'est au sein de ces considérations que Selden propose pour penser l'identité des lois anglaises au cours du temps, et malgré les changements, l'image classique du bateau qui demeure le même bien que toutes les planches qui le composaient eussent petit à petit été changées⁴⁸. Cette comparaison deviendra fameuse notamment grâce à Matthew Hale (juriste proche de Selden, qui en fit un de ses exécuteurs testamentaires) qui la reprend dans *The History of the Common Law of England*⁴⁹. À travers cette image, Selden applique au cas spécifique du droit anglais un principe du droit civil.

Comme le remarque justement Kantorowicz, les exégètes du droit romain reconnaissaient spécifiquement le principe de « l'identité en dépit des changements » ou dans « le cadre des changements ». Ce principe utilisé pour rendre compte de l'éternité de l'Église, du peuple, de l'Empire, ou d'un tribunal en dépit du remplacement de juges individuels, était déjà illustré dans la *Glose ordinaire* d'Accurse, par l'image du bateau : « Quant à un bateau aussi, bien que le bateau ait été en partie reconstruit, et bien que, peut-être, toutes les planches aient été remplacées, néanmoins, c'est toujours le même bateau » ⁵⁰. Selon le passage du *Digeste* commenté ici par Accurse, c'est l'identité de l'*espèce* (*species*) qui assure l'identité d'une chose, et non pas l'identité des parties qui la composent ⁵¹. Les différentes gloses, celle d'Accurse comme celle de Balde, insistent toutes sur l'identité de la *forme* (*forma*), ou de l'*espèce* (*species*), qui demeure indépendante de la variabilité de la matière qui la compose. L'utilisation de cette image par

^{48.} J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 19, : « although perhaps (saving the meerly immutable part of nature) now, in regard of their first being, they are not otherwise then the ship, that by often mending had no piece of the first materials or as the house so often repaired, *ut nihil ex pristine material supersit*, which yet (by the Civill law) is to be accounted the same still we see in π . tit. *de legat. I. l.* 65. si ita § 2. ».

^{49.} M. Hale, *The History of the Common Law*, Ch. M. Gray (éd.), University of Chicago Press, Chicago, 1971, p. 40.

^{50. «} Tertium et in navi, quia licet omnes particularatim fuit refecta, licet omnis tabula nova fuerit, nihilominus est eadem navis », Accurse, Glossa ordinaria, sur D., 5, 1, 76, sur proponebatur, cité par E. Kantorowicz, Les Deux corps du roi, Quarto, Gallimard, p. 856.

^{51. «} Lorsque la chose reste dans la même espèce, elle est toujours censée être la même » (« cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari »).

Selden est ainsi parfaitement traditionnelle, puisqu'elle se trouve dans le *Digeste* (Livre V, titre 1, 76). Mais de manière frappante Selden ne donne pas cette référence. Selon Toomer, cela s'explique par le caractère extrêmement classique de cette image⁵². Ainsi, il conviendrait pour comprendre l'identité du droit anglais au cours du temps de distinguer une « matière » qui peut changer totalement et une « forme » du droit qui reste la même depuis les origines.

P. Christianson propose de comprendre cette image à partir de la conception seldenienne de l'ancienne constitution telle qu'elle est développée dans ses premiers écrits⁵³. Ainsi il convient selon lui de distinguer le droit lui-même (la « matière »), qui peut être soumis au changement, et la constitution, ou plus exactement la structure du pouvoir législatif (la « forme ») qui se serait maintenue à l'identique depuis les origines. Certes Selden a proposé dans ses textes antérieurs des éléments qui permettent de mettre en évidence la continuité de l'ancienne constitution, mais rien ne permet d'assurer qu'il ait ici en vue une telle continuité. Il convient selon nous de suivre cette note de plus près. Comme le dit explicitement Selden ce qui ne change pas dans le droit anglais, comme dans tous les autres droits civils, c'est « la part immuable de la Nature ».

Pour comprendre ce qu'il entend par cette expression, il convient de rapprocher les analyses consacrées par cette note de celles que proposera le chapitre 3 du *Mare clausum* sur le rapport entre « droit de nature » et « droit civil ». Revenant dans ce dernier texte sur la signification du terme « *jus* » il distingue deux types fondamentaux de lois : les lois communes à l'ensemble de l'humanité et celles qui ne concernent qu'une partie. Les premières sont selon lui soit « naturelles », « manifestée par la lumière naturelle ou le droit usage de la raison », soit « divines », connue par les Écritures⁵⁴. Les lois qui sont propres à une partie seulement de l'humanité sont considérées selon Selden comme des lois « positives ». Ce qui semble essentiel dans sa considération de la positivité des lois, ce n'est pas leur caractère écrit, mais le fait qu'elles ne concernent pas l'ensemble de l'humanité. Les lois civiles appartiennent ainsi à l'espèce des lois « positives » ⁵⁵. Cependant Selden ne se contente pas de distinguer loi de nature et loi civile. Il tâche de mettre en évidence leur complémentarité.

^{52.} G. J. Toomer, John Selden, A Life in Scholarship, p. 182.

^{53.} P. Christianson, *Discourse on History, Law and Governance in the Public Career of John Selden,* 1610-1635, University of Toronto Press, Toronto, 1996, p. 61 - 62.

^{54.} Il ne faut cependant pas considérer selon Selden que l'ensemble des prescriptions scripturaires relèvent de cette catégorie. Il existe aussi dans les Écritures des prescriptions légales qui ne s'appliquent qu'à une certaine partie de l'humanité (en particulier au seul peuple hébreu).

^{55.} J. Selden, Mare Clausum seu de Dominio maris libri duo, Londres, 1636, p. 14.

La loi de nature est, par définition, insuffisante pour constituer à elle seule un droit national, un droit « purement civil », capable d'assurer la préservation d'une « société civile », qui est toujours « particulière ». La loi de nature ne saurait en raison de son caractère universel et indéterminé prescrire immédiatement et d'elle-même les règles particulières nécessaires à la préservation des différents Etats. En définissant de manière très classique la loi civile comme une détermination du droit de nature, le texte de 1616 lui reconnaît déjà comme fonction de compléter la loi de nature afin de répondre à cette insuffisance⁵⁶. Selon le Mare clausum, le jus naturale est composé de deux parties : une partie obligatoire et prescriptive, et une partie permissive et concessive. La partie obligatoire désigne tout ce qui doit être considéré comme immuable et non-modifiable par les législations civiles⁵⁷. Cependant cette partie pour devenir applicable dans les différentes Républiques suppose de recevoir des « additions » ou des « élargissements » qui sont propres à chaque République. Il ne s'agit pas ici de modifier ou d'altérer la loi de nature, mais de la préciser afin de la rendre plus facilement observable. Il convient ainsi de fournir des interprétations précises de ce que prescrit la loi de nature dans les différents cas afin de lui donner plus de « certitude », et d'adjoindre des peines qui incitent les hommes à l'observer⁵⁸. La fin de la législation civile réside ainsi dans l'application de la loi de nature, mais cette dernière est en elle-même incapable de déterminer totalement les moyens à mettre en œuvre pour sa propre application. Cette application suppose une part de prudence législatrice qui permette de déterminer dans les différents cas ce qui est ou non conforme à la loi de nature et les peines capables de favoriser l'application par les citoyens de la loi de nature. Ces « additions » que sont les interprétations et les punitions, Selden les considère comme des « additions de la droite raison ». La législation positive n'est pas ici le produit d'une pure décision arbitraire, mais l'effet d'un usage droit de la raison, qui prenant la loi universelle comme norme, décide en vue de la meilleure application dans les différents cas particuliers de la loi universelle. L'insuffisance du droit naturel au regard de la constitution et de la préservation de la « société civile » doit ainsi être nuancée. L'application de la partie obligatoire de la loi de nature constitue bien aux yeux de Selden une condition nécessaire à la vie civile. Il n'entend pas mettre en évidence l'existence d'un conflit possible entre le respect de la loi de nature et la prudence politique. Il insiste seulement sur le fait que la loi de nature ne prescrit pas elle-même les moyens particuliers à mettre en œuvre pour qu'elle puisse être appliquée dans les différentes communautés politiques. Selon le *Mare Clausum*, c'est cette partie obligatoire de la loi de nature ou divine qui constitue la « partie immuable » de cette loi, puisque les lois civiles

^{56.} J. Selden, *Notes upon Fortescue*, p. 17.

^{57.} J. Selden, *Mare Clausum*, p. 13-14.

^{58.} J. Selden, Mare Clausum, p. 15.

ne l'altèrent jamais, ou plus exactement parce qu'aucune loi civile ne peut en diminuer ou en annuler l'autorité. Conformément à la définition aristotélicienne de la loi de nature comme ce qui a partout autorité⁵⁹, l'autorité universelle de la partie obligatoire de la loi de nature ne saurait ainsi être altérée ou diminuée par un quelconque pouvoir humain. La droite raison, qui produit ses additions à la loi universelle, étant elle-même universelle et immuable, tout comme la loi universelle qui constitue la norme de cet usage de la raison, cette partie de la loi civile n'est pas en droit soumise aux changements. Ce qui change ce sont seulement les cas dans lesquels il convient de déterminer ce que prescrit la partie obligatoire de la loi de nature, et les interprétations des hommes quand elles ne sont pas opérées par la « droite raison ». Tous ces changements, qui concernent ce que l'on considère comme la loi de nature, ne sauraient ainsi être pensés comme des changements de la loi de nature elle-même. Ainsi quelles que soient les variations qu'a pu connaître le droit anglais, il est nécessairement conforme à ce que prescrit cette partie obligatoire du *jus naturale*.

Mais, Selden évoque aussi, dans le *Mare Clausum*, l'existence d'une partie « permissive » de la loi de nature. Elle détermine ce qui n'est ni ordonné, ni interdit par la loi de nature, mais ce qui est seulement permis. Ainsi pour reprendre l'exemple donné par Selden, la loi de nature permet de passer des contrats, ou d'acheter et de vendre, alors qu'elle ordonne de « rendre à chacun son dû » ou interdit « de ne pas tenir sa parole ». Concernant cette partie de la loi commune à l'ensemble de l'humanité, marquée par l'absence de commandement ou d'interdiction, la loi positive peut interdire totalement ce que permet la loi universelle. La loi positive se présente ainsi comme l'instrument possible d'une limitation des libertés accordées aux hommes par la loi universelle. Si les additions à la partie obligatoire de la loi universelle étaient considérées comme des produits de la « droite raison », les altérations de la partie permissive se présentent elles comme dépendantes du « jugement des personnes qui gouvernent ». Comme le rappelle Selden, ce jugement est lui-même soumis à des variations. La détermination de ce qui est permis est donc *en droit* sujet à de nombreuses variations non seulement d'une nation à l'autre, mais au cours du temps, au sein des mêmes Etats.

On serait ainsi tenté de comprendre l'image du bateau à partir de ce double rapport de la loi civile à la loi de nature, qui affleure dans cette dernière note consacrée au chapitre XVII du *De Laudibus*. Ce qui demeure identique dans les lois civiles au cours du temps c'est semble-t-il ce qui est conforme à, et est déterminé par, la partie obligatoire et immuable de la loi de nature. Les altérations de la partie « permissive » semblent elles être au contraire soumises au changement.

Mais on en vient alors à une position en apparence paradoxale, puisque ce qui assure l'identité du droit anglais au cours du temps réside dans ce qu'il partage avec tous les autres droits civils. Autrement dit, Selden semble échouer à rendre compte ensemble des deux dimensions de l'identité : la permanence dans le temps et la particularité.

Il convient cependant de tempérer très largement ce dernier jugement. Il existe en effet bien aux yeux de Selden un élément de continuité spécifiquement anglais dans le droit anglais. Ce qui fait que le droit anglais possède une identité dans le temps ne saurait être purement et simplement identifié à ce qui en lui est commun à toutes les législations civiles. Pour comprendre cela, il convient d'être attentif à l'archéologie du droit civil que trace la dernière note consacrée au chapitre XVII. Si Selden reconnaît que « la Nature » est la « source » de toutes les lois civiles, il affirme cependant que le « commencement » (beginning) de ces droits est à rechercher dans la première occupation humaine d'un territoire particulier. Or cet événement originaire détermine de manière continue le droit civil au cours de l'histoire.

Les *Notes upon Fortescue* présentent en effet la première habitation d'un territoire comme le moment où une nation spécifique émerge d'une nature humaine qui paraît elle aussi universelle⁶⁰. Selden ne rend pas précisément compte de ce processus de détermination de la nation par l'implantation dans un territoire donné. Il n'évoque ni les considérations classiques liées aux « climats » ni la langue comme R. Vestegan. Il semble en outre difficile de croire que Selden puisse penser à un effet de détermination du territoire lui-même, puisque comme le montre le phénomène de colonisation romaine en Angleterre, différentes nations peuvent parfaitement exister sur un même territoire. Les analyses consacrées par Selden à la conquête romaine permettent cependant de comprendre que pour lui les lois civiles ne sauraient être séparées d'une certaine forme de société, marquée par des institutions religieuses, politiques, voire économiques et des mœurs particulières. La première habitation d'un territoire implique ainsi de déterminer des formes spécifiques de vie en commun que les lois de nature ne déterminent pas totalement. Les lois civiles apparaissent ainsi comme un des éléments parmi d'autres permettant la vie en commun.

Les lois civiles sont ainsi déterminées dès l'origine par la particularité des sociétés civiles. Si ces dernières évoluent, elles évoluent toujours à partir de leur forme originelle particulière. C'est aussi le cas pour les lois civiles. Elles changent certes au cours de l'histoire, mais puisqu'elles évoluent à partir d'un point de

^{60.} J. Selden, Notes upon Fortescue, p. 18.

départ différent, elles demeurent différentes tout au long de leur histoire. La différence entre les lois civiles ne tient pas ainsi à la croyance d'une forme de mystique du territoire, ou à l'idée d'une nature propre à chaque nation et immuable. La croyance en l'existence d'une nature immuable du peuple anglais était au cœur de la reprise par Davies de l'argument du chapitre XVII du *De Laudibus*. Selden, en voulant montrer l'existence de changements intervenus dans le droit anglais au cours de l'histoire, tout en défendant son excellence, comprise toujours en termes de parfaite adaptation, ne peut souscrire à une telle croyance. Ce à quoi doit s'adapter le droit est précisément soumis au changement.

L'effort de Selden pour maintenir la continuité du droit anglais depuis les origines bretonnes ne doit pas être ainsi compris comme une tentative de mettre en évidence l'absence de changement de ce droit, mais plutôt comme la volonté de rattacher son évolution à un point de départ. Ce point de départ par sa particularité assure en effet le caractère particulier, « anglais », de tous les changements ultérieurs. Si la référence à la partie immuable de la loi de nature, à son caractère universel, permet de comprendre comment des coutumes étrangères ont pu se mêler au droit existant, la référence au commencement particulier de l'État anglais justifie que ce mélange ne remette pas en question la dimension « anglaise » du droit ainsi constitué. Même s'il ne reste rien des coutumes bretonnes dans le droit actuel, l'origine bretonne demeure dans l'esprit de Selden la source de la particularité du droit anglais, de sa différence d'avec les autres droits.

Or ce qui est vrai pour le droit anglais l'est aussi dans le cadre du droit romain. Dans les *Notes upon Fortescue*, il affirme ainsi qu'il ne faut pas rechercher l'origine des lois romaines dans la fondation de Rome. Des hommes habitaient déjà en Italie avant Rome. Ils possédaient déjà des lois particulières sur lesquelles sont fondées les lois romaines. Il est ainsi impossible de penser les lois civiles « hors sol », sans considérer le lien intime entre elles et ce qui les précèdent. Les Italiens avant d'être des Romains constituaient une nation particulière, avec des lois civiles particulières. La fondation de Rome a certes été l'occasion de transformations juridiques, mais aucunement une pure origine. Selden refuse ainsi l'entreprise visant à comparer l'ancienneté respective des droits anglais et romain, à partir de la considération des dates de fondation de Rome et du royaume breton. Mais plus profondément, il intègre ces fondations dans des histoires plus anciennes, refusant de voir dans la fondation de Rome l'origine du droit civil. Cette fondation est certes le commencement purement nominal des lois romaines, mais non l'origine de la substance même de ce droit. Le droit romain lui-même n'est pas né de rien, n'est pas apparu d'un vide juridique total.

Une telle archéologie du droit civil permet de mieux comprendre le rapport complexe des lois civiles au droit naturel. Si les changements des lois civiles peuvent bien se comprendre comme des déterminations nouvelles du droit naturel, cela ne signifie pas pour autant que le droit civil antérieur n'ait aucun rôle à jouer. Il ne s'agit pas pour Selden de penser que chaque innovation juridique, chaque changement consiste à rejouer le moment du commencement, en mettant simplement en relation le droit naturel et les circonstances particulières, comme si aucun droit civil n'existait. Le droit civil est certes une détermination particulière du droit de nature en rapport avec les circonstances nouvelles, mais cette détermination s'opère toujours à partir du droit civil antérieur. Les lois italiennes précédant le droit romain apparaissent ainsi sous la plume de Selden comme le « fondement » (ground) des lois romaines⁶¹. Les lois romaines, comme tous les autres droits, semblent ainsi posséder un double fondement : le droit de nature et les lois civiles anciennes.

Les notes consacrées par Selden au chapitre XVII ne s'en tiennent pas à la pure et simple érudition. Il ne se contente pas de mettre la vérité historique, telle qu'il croit pouvoir la tirer des documents, des manuscrits, des monuments du passé qu'il consulte sans répit, en face des thèses de Fortescue pour les contester. Certes Selden rejette bien l'idée d'une absence de changement du droit anglais depuis les origines bretonnes. Il ne partage pas non plus l'idée d'une absence d'effets juridiques de la conquête romaine. Il s'oppose à ce qui semble constituer pourtant le cœur de ce chapitre, à savoir le lien entre ancienneté et valeur du droit. Mais derrière tous ces refus, il y a en un sens une perspective commune : la défense de l'excellence du droit anglais et la volonté de comprendre son histoire sous le motif de la continuité.

Cependant pour établir ces points, il entend se placer hors de la pure considération historique, et avoir recours à ce que l'on serait tenté de nommer la philosophie, ou au moins selon ses mots à la rationalité. En étudiant la nature de toute loi civile, il dégage le cadre d'une compréhension de l'histoire juridique anglaise qui parvienne précisément à ne pas faire de la contestation des thèses historiques de Fortescue le point de départ d'une délégitimation des discours qui s'appuyaient sur elle pour utiliser la *common law* dans le champ politique. En repensant l'excellence du droit anglais à partir de l'idée de l'adaptation à une société qui évolue, il redéfinit aussi son identité. Bien qu'elles changent, les lois anglaises restent en un sens les mêmes du fait de leur nécessaire conformité à la partie immuable des lois de nature. Mais leur identité tient aussi au caractère nécessairement graduel de leur évolution et du travail continu par lequel elles s'adaptent à l'évolution de la société. Le passé peut alors avoir tout son sens pour expliquer le présent juridique. Les changements juridiques ne peuvent se comprendre par

^{61.} J. Selden, Notes upon Fortescue, p. 18.

une considération purement synchronique du rapport entre le droit naturel et une circonstance présente. Cette dimension purement synchronique du droit n'est valable qu'à l'origine. Les changements ne peuvent s'éclairer que dans un rapport à trois termes : le droit naturel, les circonstances actuelles et le droit existant issu du passé. Selden écrit ainsi au sujet de la *Summa* d'Hengham que si certaines des procédures dont traite Hengham sont rarement en usage aujourd'hui, cet écrit « éclaire les coutumes et les lois de son époque, à partir de laquelle, comme à partir d'un Ancêtre en droite ligne, nous devons déduire la lumière du présent » ⁶².

Ce nécessaire recours au passé pour la compréhension du droit légitime en premier lieu la pratique de l'histoire juridique. Cette dernière n'est plus prisonnière de la question de l'altération des lois au cours de l'histoire. Elle doit seulement établir la vérité, et notamment l'existence des changements, pour permettre de comprendre l'état du droit. Mais, cette dimension nécessairement historique de la compréhension du droit suppose aussi la nécessité de connaître l'état du droit pour pouvoir le réformer. En insistant sur la continuité de l'histoire juridique anglaise, en refusant de la comprendre comme une série de ruptures radicales qui imposerait de faire du droit anglais une simple entité nominale désignant les différents droits qui se sont succédés sur le territoire anglais, Selden promeut aussi implicitement une théorie de la réforme juridique. L'excellence des lois, leur parfaite adaptation suppose une réforme partielle, graduelle, respectueuse de ce qui mérite d'être conservé dans l'édifice juridique, c'est-à-dire de ce qui demeure adapté. À travers cette conception implicite de la réforme du droit, c'est peut-être l'idée même d'un exercice absolu du pouvoir législatif, conçu comme un nouveau commencement, qu'il entend, tout comme Fortescue et Coke, récuser.

Là encore, la confrontation avec la pensée de Bacon nous paraît pouvoir révéler la perspective de fond de ces notes. Entendant définir dans l'*Advancement of Learning*, la « prudence du législateur », Bacon entend la distinguer de celle du « juriste ». Les juristes selon lui « écrivent en fonction du pays où ils vivent et de la loi courante, non de ce qui devrait être la loi ». Les législateurs eux doivent établir ce que doivent être les lois. Et comme l'affirme Bacon dans un texte qui semble avoir fortement influencé Selden : « il y a dans la nature certaines sources de la justice, dont toutes les lois civiles découlent comme différents ruisseaux ; or de même que les eaux prennent une teinture et un goût des sols à travers lesquels elles coulent, de même les lois civiles varient selon les gouvernements et les pays

^{62.} J. Selden, Notes upon Fortescue, « To the Reader », n.p., « he often otherwise gives Light to the Customs or Law of hit Time, whence, as through an Ancestor of the Right Line, we must deduct that of present ».

où elles sont implantées, bien qu'elles proviennent des mêmes sources » ⁶³. Selden semble parfaitement d'accord avec ce propos. Cependant, pour Bacon, la tâche du législateur suppose de saisir indépendamment des lois civiles elles-mêmes les conditions particulières auxquelles il doit adapter ce que prescrit la nature. Pour Selden, au contraire, ces éléments ne semblent pas pouvoir être saisis autrement que par l'étude de l'évolution des lois, qui se sont petit à petit adaptées aux « sols à travers lesquelles elles coulent ». Selden retrouverait ainsi, malgré les différences importantes entre sa conception de l'histoire juridique anglaise et celle de Fortescue, une des affirmations centrales du *De Laudibus Legum Angliae* en identifiant la jurisprudence et la prudence politique.

~

Résumé de l'article :

Les notes ajoutées par Selden en 1616 au De Laudibus Legum Angliae de Fortescue, permettent de préciser la place que l'érudit anglais entend occuper dans les débats de l'époque concernant la nature et la valeur du droit anglais. Cet article envisage de montrer que Selden refuse, sur la base d'une analyse rationnelle de la nature de la loi civile, le lien entre ancienneté et excellence du droit qui constitue un motif important de l'usage politique et idéologique du droit anglais, et qu'il peut ainsi proposer une défense originale du droit anglais s'appuyant sur une conception de l'histoire juridique anglaise radicalement nouvelle.

^{63.} F. Bacon, *Du Progrès et de la promotion des savoirs*, trad. M. Le Dœuff, Gallimard, Paris, 1991, p. 272.