

Alain Wijffels

LA CONSTRUCTION HISTORIOGRAPHIQUE DU DROIT ROMAIN
DANS L'*AD FLETAM DISSERTATIO* DE JOHN SELDEN (1647)

CONTEXTE GÉNÉRAL DE LA *DISSERTATIO*

Selden¹ rédigea l'*Ad Fletam Dissertatio* en 1647², à un moment où la guerre civile en Angleterre était déjà parvenue à un stade avancé. Selden lui-même, à cette époque, était davantage occupé par ses travaux sur le droit hébreu (*Uxor Ebraica*, 1646 ; *De Synedriis*, 1650-1655)³. La *Dissertatio* se présente comme un texte accompagnant l'édition (assurée par un tiers, sans grande prétention scientifique) d'un manuscrit de Selden connu sous le nom de *Fleta*, à la demande de l'imprimeur, qui entendait ainsi renforcer l'intérêt pour cette édition. Selden, peut-être dans le but de se distancer quelque peu de cette entreprise, ou dans un moment de coquetterie intellectuelle, prétendit qu'il profita d'une indisposition l'empêchant de s'atteler à ses travaux scientifiques plus sérieux pour rédiger cet essai.

1. Voir la notice bio-bibliographique consacrée à John Selden (1584-1654) par P. Christianson dans la *New DNB* [*Oxford Dictionary of National Biography*, 2004 ; édition consultée : online-edition, Jan. 2008], ainsi que la grande étude de G.J. Toomer, *John Selden, A Life in Scholarship*, Oxford, Oxford University Press, 2009, en deux tomes, traitant aussi bien des principaux épisodes de la vie de Selden que de ses ouvrages (sur la *Dissertatio Ad Fletam* : T. I, p. 196-210). Au moment de la rédaction de la présente contribution, les actes du colloque d'Oxford (24-26 juin 2010), *John Selden : Scholarship in Context*, n'étaient pas encore parus ; ce colloque prévoyait notamment des sections traitant de « Selden in Law and Politics » (Sir John Baker, Christopher Brooks, Vivienne Larmine, Eric Nelson) et de « Selden and the History of Scholarship » (Jan Loop, Scott Mandelbrote, Jean-Louis Quantin, Dirk van Miert).

2. Édition utilisée [et citée ci-après : *AFD*] : Ioannis Seldeni, *Ad Fletam Dissertatio*. Reprinted from the edition of 1647 with parallel translation, introduction and notes by David Ogg, Cambridge, At the University Press, 1925 ; Ogg renseigne p. XVII les éditions anciennes ; le manuscrit original de la *Dissertatio* est vraisemblablement perdu.

3. Sur Selden et la tradition juridique hébraïque, voir hormis les contributions dans le présent volume : J.P. Rosenblatt, *Renaissance England's Chief Rabbi: John Selden*, Oxford, Oxford University Press, 2006, et les sources primaires et la littérature citées dans les notes et dans la bibliographie.

*Fleta*⁴, le texte auquel la *Dissertatio* se réfère et demeure associée, peut être considérée comme un remaniement abrégé, comportant quelques mises à jour, du célèbre ouvrage connu sous le titre (ou nom) de *Bratton*⁵, quelque peu à l'instar de *Thornton*⁶. La date de la rédaction de *Fleta* est généralement située vers la fin du XIII^e siècle. Selden, dans la *Dissertatio*, cite à plusieurs reprises les trois ouvrages *Bratton*, *Thornton* et *Fleta* comme un ensemble qui constituerait un témoignage collectif du droit en vigueur en Angleterre au XIII^e siècle⁷.

L'ouvrage *Bratton* (ainsi traditionnellement désigné sur base de son auteur présumé, même si cette attribution est désormais, comme tant d'autres du droit anglais médiéval, controversée) doit sans doute être analysé comme un ouvrage composé de plusieurs strates, comprenant notamment une partie reflétant la pratique judiciaire des années 1230 et suivantes, puis des révisions ou ajouts datant des années 1250, qui seraient de la main de Bratton. L'ouvrage semble avoir été diffusé après la mort de celui-ci (en 1268), la plupart des manuscrits médiévaux qui nous sont parvenus datant des deux dernières décennies du XIII^e siècle. *Bratton* est incontestablement l'ouvrage qui fait figure, dans l'historiographie du droit anglais, d'*opus magnum* du droit anglais médiéval. On peut toutefois s'interroger sur sa représentativité : un peu comme le *Miroir des Saxons* d'Epke von Reggow ou de la *Coutume de Clermont en Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir – ce n'est pas une coïncidence si les trois ouvrages datent du XIII^e siècle –, il s'agit d'un ouvrage prétendant traiter essentiellement d'un droit particulier, mais comprenant un apport des droits savants (notamment pour l'agencement et le cadre théorique). Mais comme dans les cas de Reggow et de Beaumanoir, ces ouvrages qui ont reçu une attention soutenue dans les historiographies nationales ultérieures, ne sont guère représentatifs d'un genre pour lequel il serait possible, aux derniers siècles du Moyen Âge, de citer tout un courant de la littérature juridique. Ce furent tous les trois, par leur ampleur et par leur qualité, davantage des ouvrages d'exception, isolés dans la production de la littérature juridique de leur époque.

4. Voir la notice s.v. 'Fleta' par D.J. Seipp dans l'*Oxford Dictionary of National Biography* (édition on-line 2008). Le texte a fait l'objet d'une édition critique (avec traduction anglaise) publiée dans les volumes 72, 89 et 99 de la *Selden Society* (H.G. Richardson et G.O. Sayles, eds., 1953-1983).

5. Voir la notice bio-bibliographique s.v. 'Bratton [Bracton], Henry of', par P. Brand, dans l'*Oxford Dictionary of National Biography* (édition on-line 2008). Édition : H. de Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, 4 vols., éd. G.E. Woodbine, New Haven, CT, Yale University, 1915-1942 ; *On the Laws and Customs of England*, 4 vols., éd. G.E. Woodbine et trad. par S.E. Thorne, avec révisions et notes, Cambridge, Selden Society et Harvard University Press, 1968-1977.

6. Sur Thornton, voir la notice bio-bibliographique s.v. 'Thornton, Gilbert of [Gilbert de Bussy, Gilbert Buscy]' par P. Brand dans l'*Oxford Dictionary of National Biography* (édition on-line 2008).

7. *AFD*, p. 20, 22, où ces trois auteurs ou ouvrages sont qualifiés de « triumvirat ».

Thornton, à dater vers la dernière décennie du XIII^e siècle, apparaît comme un ouvrage issu de la pratique judiciaire, un abrégé de *Bratton* comprenant des remaniements et quelques suppléments. *Fleta* présente des caractéristiques analogues : il s'agit également d'un abrégé de *Bratton*, comprenant lui aussi des remaniements et des suppléments jusqu'au règne d'Édouard I^{er}.

À cette trilogie, il convient à présent également d'ajouter *Britton*, un autre ouvrage comprenant un réagencement abrégé de *Bratton*, daté vers 1291-1292, rédigé en *Anglo-French*, et longtemps attribué au juge John le Breton. Selden conjecturait que *Britton* était une corruption de *Bratton*⁸.

L'*Ad Fletam Dissertatio*, publiée une première fois en 1647, a fait l'objet d'une édition moderne en 1925, enrichie d'une introduction historiographique, d'un appareil critique et d'une nouvelle traduction – c'est cette édition qui sera citée ici, comme dans la plupart des études modernes sur ce texte de Selden. Les remarques quelque peu dénigrantes que Selden lui-même avait réservées à son essai ont sans doute contribué à en ravalier la réputation. Cette appréciation quelque peu négative a également pu être aggravée par la perception d'un texte parfois décousu (une *shaggy dog story* avant la lettre...), où foisonnent les excursus, les répétitions, ainsi que de nombreuses affirmations ou (hypo)thèses historiques qui n'ont pas résisté à la critique historique. Au mieux, on a reconnu dans la *Dissertatio* un texte sans doute peu focalisé sur *Fleta*, mais tout de même une étude faisant l'étalage d'une érudition impressionnante à son époque. À cet égard, la *Dissertatio* mériterait – mais ce ne sera pas le propos de cette contribution – une réévaluation à l'aune du développement de l'historiographie anglaise au cours des années du règne élisabéthain et des règnes des premiers Stuarts⁹. Dans les pages qui suivent, on proposera

8. Voir la brève notice bio-bibliographique s.v. 'Breton [Bretun], John le [John Brito]' par A. Harding, dans l'*Oxford Dictionary of National Biography* (édition on-line 2008). Le texte a été édité par F.M. Nichols, *Britton*, 2 vols., Oxford, Clarendon Press, 1865.

9. Voir notamment l'étude influente et innovatrice à son époque de F.S. Fussner, *The Historical Revolution. English Historical Writing and Thought 1580-1640*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1962, comprenant tout un chapitre, p. 275-289, consacré à « John Selden and Problematic History », mais s'arrêtant, comme le titre de l'ouvrage l'indique, en 1640. Ensuite, D.R. Woolf, *The Idea of History in Early Stuart England. Erudition, Ideology, and 'The Light of Truth' from the Accession of James I to the Civil War*, Toronto, Buffalo, Londres, University of Toronto Press, 1990, dans lequel l'œuvre de Selden, y compris sur l'histoire du droit, prend une place considérable (voir notamment le chapitre 7 : « Selden : From Antiquarianism to History », mais à nouveau, le *terminus ad quem* est antérieur à l'*Ad Fletam Dissertatio*). Plus récemment : R. Hingley, *The Recovery of Roman Britain 1586-1906. A Colony so Fertile*, Oxford, Oxford University Press, 2007, lequel ne traite toutefois ni du droit, ni de Selden. Sur l'usage des sources médiévales par les historiens anglais aux Temps Modernes, voir l'étude très instructive de J. Summit, *Memory's Library. Medieval*

brèvement une lecture quelque peu différente de l'appréciation conventionnelle de l'*Ad Fletam Dissertatio*. Contrairement à sa réputation, il convient d'y reconnaître un traité dont le discours et la thèse sont cohérents, articulés autour d'une idée centrale. La trilogie *Bratton-Thornton-Fleta* y tient une place essentielle dans l'argumentation générale, même si la *Dissertatio* traite d'une période s'étalant bien au-delà du XIII^e siècle, considérant la place du droit romain en Angleterre sur la (très) longue durée, allant pratiquement de l'Antiquité jusqu'à l'époque contemporaine de Selden.

Cet argument principal de la *Dissertatio* peut se résumer en quelques mots : au Moyen Âge, le droit romain aurait connu sous les règnes d'Édouard I^{er} (1272-1307) et d'Édouard II (1307-1327) un certain engouement en Angleterre, mais cette amorce de son autorité se serait ensuite évanouie et serait définitivement tombée en désuétude¹⁰. Le thème central de l'essai de Selden concerne ainsi l'autorité du droit romain en Angleterre – une autorité démentie par le biais d'une étude historique élaborée. Dans le cadre des grands débats politiques de la première moitié du XVII^e siècle en Angleterre, ce thème était d'actualité et avait un certain poids dans les prises de position opposant le camp royaliste et celui des Parlementaires¹¹. C'était d'ailleurs un sujet susceptible d'occuper les esprits

Books in Early Modern England, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 2008. Sur Camden, une génération à peu près avant Selden, dont l'œuvre historique fut très influente sur ces courants historiographiques anglais de la première moitié du XVII^e siècle : W.H. Herendeen, *William Camden. A Life in Context*, Woodbridge, Boydell and Brewer, 2007.

10. Ce thème central avait déjà été traité auparavant par Selden. L'un des textes les plus connus à cet égard est le supplément (« *Review* ») à son histoire des dîmes (I. Selden, *The Historie of Tithes. That is, The Practice of Payment of them. The positive Laws made for them. The opinions touching the Right of them. A Review of it is also annex, which both Confirms it and directs in the Use of it* [s.l.n.n. (= Londres ?) 1618], en particulier le supplément au chapitre 7 (p. 477-481). Dans ce supplément, Selden oppose la notion de droit commun à celle de droit canonique (voir également p. xvii-xviii). La *civil law* comprise comme droit romain n'a joui, selon Selden, ni en Angleterre, ni même ailleurs en Europe, d'une autorité générale, si ce n'est par le biais du droit territorial qui peut lui accorder une autorité dans certains domaines (ou une autorité plus générale, comme dans les territoires de l'Empire et en Italie). Pourtant, Selden reprend encore dans ce passage également l'idée selon laquelle la *ratio* du droit romain peut expliquer que les juristes savants et praticiens s'y réfèrent, tout comme ils se réfèrent occasionnellement à des ouvrages historiques ou littéraires de l'Antiquité classique (p. 480). D'après ce texte de 1618, la situation dans plusieurs pays européens n'apparaît donc pas fondamentalement différente – malgré la thèse contraire, souvent répétée – de celle en Angleterre. Selden mentionne aussi la pratique de certains praticiens anglais au temps d'Édouard II de citer, explicitement ou implicitement, des textes et règles de droit romain, précisant qu'il en avait découvert quelques exemples dans un manuscrit de la bibliothèque de l'*Inner Temple* (p. 481, note h).

11. B.P. Levack, *The Civil Lawyers in England, 1603 – 1641. A Political Study*, Oxford, Oxford University Press, 1973.

des juristes anglais¹² au cours des dernières années, mouvementées, du règne de Charles I^{er}, comme en témoigne l'ouvrage quasi-contemporain du *civil lawyer* A. Duck (décédé en 1649), *De l'usage et de l'autorité du droit romain...* (un livre qui traite de cette question selon une approche déjà comparative dans l'ensemble de l'Europe occidentale, et comprenant un chapitre étendu sur la question en Angleterre, dans lequel l'œuvre de Selden est d'ailleurs amplement citée)¹³. L'ouvrage de Duck fut publié une première fois en 1653 et connut plusieurs éditions ultérieures, notamment une version française¹⁴.

CADRE MÉTHODOLOGIQUE

À la base de la méthode suivie par Selden dans la *Dissertatio*, on reconnaît une conception de l'histoire, du moins ici de l'histoire du droit, composée de différentes époques ou strates successives, où lorsqu'une strate antérieure, telle qu'elle s'exprime à travers ses sources formelles du droit, n'a en soi plus d'autorité directe, elle peut néanmoins continuer à s'avérer utile – aussi bien pour la science que pour la pratique du droit¹⁵ – afin de comprendre et d'interpréter le droit contemporain¹⁶.

12. Sur les principaux auteurs anglais des Temps Modernes ayant contribué à la littérature juridique romaniste, voir D.R. Coquillette, *The civilian writers of Doctor's Commons, London. Three centuries of juristic innovation in comparative, commercial and international law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988. Sur la tradition du *ius commune* en Angleterre, voir notamment les études de P.G. Stein reprises dans le recueil : *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, Londres, The Hambledon Press, 1988 ; R.H. Helmholz, *The ius commune in England*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; du même auteur, voir également les études davantage orientées sur le rôle du droit canonique en Angleterre, notamment : le premier tome de la *Oxford History of the Laws of England: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ; *Canon Law and the Law of England*, Londres, The Hambledon Press, 1987 ; Helmholz a aussi co-dirigé avec V. Piergiovanni un recueil intitulé *Relations between the ius commune and English Law*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2009.

13. Pour une analyse de cette conception de l'autorité du droit romain chez Duck, voir notamment mon article : « Arthur Duck et le *ius commune* européen », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1990, p. 193-221.

14. A. Duck, *De l'Usage et de l'Autorité du Droit Civil dans les États des Princes Chrétiens. Traduit du Latin*, Paris, J. Guignard, 1689 ; *ed.pr. : De usu et autoritate juris civilis Romanorum, in dominiis Christianorum, libri duo*, Londres, typis Richardi Hodgkinsin, 1653.

15. Le *topos* de l'autorité du droit romain tant dans l'enseignement que dans la pratique (judiciaire) est un thème récurrent à l'époque, voir notamment dans l'*AFD*, p. 40, p. 130, p. 132-134, p. 140.

16. *AFD*, p. 6, p. 8.

Cette conception est explicitée par Selden à l'aide de plusieurs exemples. Selden cite ainsi la pertinence indirecte du Code de Théodose pour la compréhension et interprétation du Code de Justinien, des Digestes pour les Basiliques, des ouvrages de Burchard de Worms et d'Yves de Chartres pour la *Concordia* de Gratien, ainsi que des *Quinque compilationes antiquae* pour le *Liber Extra* de Grégoire IX. Il évoque même un exemple hypothétique : celui des juriconsultes dont les ouvrages avaient servi de matériaux aux Digestes – une influence qui eût pu s'exercer si leurs ouvrages avaient été conservés¹⁷. Notons qu'à la lumière de ces exemples, la conception et la méthode des strates risquent de subir une réduction importante. Dans tous ces cas, il s'agit d'un rapport entre sources formelles du droit – ouvrages de doctrine ou ouvrages législatifs, peu importe. Le rapport y est chaque fois défini en fonction d'un corpus déterminé ou (dans le cas hypothétiques des ouvrages des juriconsultes romains) déterminable de textes et leur utilité vis-à-vis d'un autre corpus déterminé de textes. Ces exemples sembleraient donc suggérer une réduction consistant à se rapporter davantage à des énoncés juridiques (règles, principes...) relativement précis dont l'objet est d'en déterminer la portée, et en se référant à des énoncés antérieurs essentiellement d'un même type de précision. Ce que Selden ne met pas en exergue – pas plus, d'ailleurs que ses contemporains en Angleterre ou sur le continent –, c'est la méthode et théorie juridiques sous-jacentes qui déterminent le processus intellectuel par lequel des énoncés précis – notamment les règles positives de droit, qu'elles soient énoncées par la loi, une décision judiciaire, un exposé doctrinal ou une expression d'une coutume – sont agencés dans un raisonnement juridique de façon à être transposés et appliqués concrètement en des normes de droit. En ce sens, Selden, comme tant d'autres, ne prend pas le recul méta-juridique qui lui aurait permis, au-delà des exemples de textes législatifs et doctrinaux qu'il mentionne, de relever leurs propriétés méthodologiques spécifiques, caractéristiques des modes de raisonnement de leur époque.

La trilogie *Bracton-Thornton-Fleta* correspond à la conception de strates que Selden entend exposer. Pour lui, ces ouvrages reflètent en effet une phase du développement du droit anglais. À travers cette phase, Selden reconnaît une double tendance : d'une part, ces ouvrages pourraient suggérer qu'à leur époque, le droit anglais était du moins en partie fondé sur les règles exprimées dans les compilations de Justinien ; d'autre part, ils témoignent également des limites de l'importance du droit romain dans le droit anglais de leur époque.

Comme exemple concret – et non comme un simple excursus sans rapport direct avec la thèse centrale de la *Dissertatio*, comme veulent le faire croire certains

17. *AFD*, p. 4.

historiens à propos de cet ouvrage –, Selden développe fortement l'adaptation de la *Lex Regia* dans l'ensemble *Bratton-Thornton-Fleta*¹⁸. Incidemment, ce développement démontre que si Selden ne fut guère conscient des différents modèles méthodologiques de la tradition romaniste, son approche comportait tout de même un intérêt pour d'autres aspects méta-juridiques. Ainsi, à plusieurs reprises dans la *Dissertatio*, il prend en compte différentes stratégies de groupes d'intérêts dans la formation du droit. Ses critiques répétées du clergé font partie de cette approche¹⁹, mais dans le cadre de son analyse historique de la *Lex Regia*, il fait état d'une interprétation généralement restrictive de cette doctrine parmi les premières générations des juristes savants, une réserve qu'il explique en invoquant le souci de ces juristes de ne pas compromettre leurs intérêts professionnels – en l'occurrence, la propagation des droits savants dans la pratique judiciaire et administrative, dans un contexte européen où les territoires et populations jouissaient d'une liberté et autonomie relativement importantes²⁰. Ainsi, Selden réfute l'idée selon laquelle la *Lex Regia* aurait été comprise selon la même portée dans les pays européens du Second Moyen Âge que dans la Rome impériale de l'Antiquité. Dans les ordres politiques issus du Moyen Âge, insiste-t-il, le pouvoir monarchique était généralement limité par les lois et coutumes du pays, et ce fut certainement le cas en Angleterre.

Pour leur époque, les ouvrages *Bratton*, *Thornton* et *Fleta* témoignent selon Selden tout au plus d'une autorité subsidiaire du droit romain²¹.

18. *AFD*, p. 26 ss.

19. Voir par exemple *AFD*, p. 78, p. 88. Cette critique rappelle évidemment celle déjà exprimée dans son ouvrage consacré à l'histoire des dîmes.

20. *AFD*, p. 32.

21. Le caractère subsidiaire est explicité dans *AFD*, p. 38 et p. 96-98 : « Non quidem omnino quasi regnum hoc seu rempublicam Anglicanam Caesaribus jurive Caesareo subijci aut regimen hic inde pendere omnino, aut jus Anglicanum ante sive scripto sive moribus constitutum inde mutationem recipere voluissent (nam passim etiam jus hoc, qua multifariam a Caesareo discrepat eique plane adversatur, ut sequendum docent ipsi), sed ut tum ubi deesset nostri juris praescriptum expressius, ad rationem juris etiam Caesarei ratione suffultam recurreretur, tum ubi jus utrumque consonum, etiam Caesarei quasi firmaretur explicareturve res verbis. Quod certe alias apud gentes Occidentis olim hodieque factum scimus » (p. 38).

LA TRAME CHRONOLOGIQUE

L'agencement général de la partie centrale et principale de la *Dissertatio* suit un ordre chronologique.

(1) Le premier volet chronologique évoque la période de l'Antiquité lorsque la « Bretagne » était subordonnée au régime politique et militaire romain. Les sources juridiques que Selden retient dans ce premier volet sont essentiellement les sources du droit antérieures à Justinien, jusqu'au Code de Théodose, *terminus ad quem* de cette première tranche chronologique.

(2) Deuxième étape dans cette périodisation, la période allant de la fin de l'occupation romaine et, en général, de la fin de l'Empire d'Occident, jusqu'au XII^e siècle²². Pour l'Europe en général, Selden insiste sur l'importance du Code de Théodose et de ses dérivés (comme le Bréviaire d'Alaric). Cette influence doit être différenciée d'un royaume barbare à l'autre²³. Cependant, hormis le cas de quelques milieux ecclésiastiques, Selden estime que cette influence fut négligeable en Angleterre. En revanche, il admet qu'à partir de cette époque, un droit commun indigène anglais s'est établi à travers l'Angleterre anglo-saxonne²⁴. Comme dans d'autres ouvrages, Selden tend ainsi à éviter la thèse d'une rupture brutale, voire d'une véritable césure, dans le développement du droit anglais et de la constitution anglaise à l'avènement du régime normand.

(3) La troisième période est celle qui va du XII^e siècle aux règnes d'Édouard I^{er} et d'Édouard II²⁵. Durant cette période, Selden situe les avancées du droit romain dans plusieurs domaines. En premier lieu dans l'enseignement²⁶. Dans ce contexte,

22. D'autre part, l'*AFD* comporte quelques échos de la « légende lotharienne », voir notamment p. 90, p. 104 et p. 108.

23. D'une manière générale, Selden estime que les connaissances et l'autorité du droit romain ont été éclipsées au cours du Haut Moyen Âge en Angleterre, *AFD*, p. 60.

24. Selden insiste ainsi sur l'établissement d'un « droit commun » anglais antérieur à la réintroduction du droit romain en Angleterre à partir du XII^e siècle (*AFD*, p. 128 et p. 130).

25. On consultera à présent plusieurs volumes publiés par la *Selden Society* documentant les développements du droit anglais à cette époque et durant la période antérieure : ainsi notamment les *Earliest English Law Reports* (vols. 111, 112, 122, édités par P. Brand, 1995-2005) ; voir également les *Select Cases in the Court of the King's Bench IV, Edward II* (vol. 74, édité par G.O. Sayles, 1955), les *Year Books of 12 Edward II* (vol. 65, édité par J.P. Collas, 1946), *Year Books of 5 Edward II* (vol. 63, édité par G.J. Turner, 1944), *Year Books of 11 Edward II* (vol. 61, édité par J.P. Collas, 1942), *Year Books of 10 Edward II* (vol. 54, édité par M. D. Legge et W. Holdsworth, 1936) etc. [pour la liste complète, voir le site en ligne law.harvard.edu/programs/selden_society].

26. Sur l'enseignement du droit romain en Angleterre au début du XIII^e siècle, F. de Zulueta et

il n'évoque guère les facultés de droit à Oxford et Cambridge, mais il insiste en revanche à plusieurs reprises sur des « études » du droit anglais, dont la trilogie *Bratton-Thornton-Fleta* témoignerait – sans qu'il soit possible d'identifier ces études avec quelque enseignement formel dans les *Inns of Court*. En deuxième lieu, Selden semble envisager les avancées du droit romain dans l'administration publique, par le recrutement de « clercs ». Enfin, il cite la pratique judiciaire, où, selon une distinction conventionnelle jusqu'à nos jours, il différencie la situation dans les tribunaux de *common law* et celle dans les cours ecclésiastiques, ainsi que dans quelques poches juridictionnelles où prévalaient la tradition et les expertises romano-canoniques.

LES FACTEURS AYANT PRÉVENU UNE 'RÉCEPTION' DU DROIT ROMAIN EN ANGLETERRE

Cette identification des « foyers » d'influence romaniste en Angleterre correspond à ce qui est encore aujourd'hui un canon historiographique largement répandu. Selon ce modèle, la circonscription institutionnelle de l'influence des juristes universitaires permet en même temps de justifier et d'expliquer l'influence (très) secondaire de la culture romaniste savante en Angleterre, principalement du fait de leur absence dans le cadre judiciaire qui représentera les principales juridictions du droit anglais, c'est-à-dire les tribunaux de *common law* – et principalement les cours des Plaids Communs, du Banc du Roi et de l'Échiquier (ainsi que, à un stade plus tardif, mais définitivement atteint au moment où Selden rédigeait sa *Dissertatio*, la Cour de Chancellerie). De fait, si l'on compare la situation en Angleterre avec celle sur le continent européen, la principale différence, décisive dans les concurrences entre cultures juridiques indigènes et cultures juridiques universitaires, fut sans doute la possibilité pour les juristes universitaires continentaux de s'imposer dans la plupart des juridictions territoriales, et notamment à un stade souvent précoce, dans les juridictions supérieures lorsque celles-ci s'imposèrent (entre autres par le développement des voies de recours) comme juridictions de contrôle des juridictions inférieures. À l'inverse, les juridictions de *common law* parvinrent à un stade tout aussi précoce à prévenir l'accès des juristes universitaires en leur sein. Ce fut l'un des facteurs les plus importants ayant fait obstacle à une « réception » du droit romain en Angleterre : le recrutement, pour les magistrats (et, en amont, pour la formation et sélection des avocats), progressivement de plus en plus marqué à partir du XIV^e siècle, excluant les membres du clergé, et donc réservé aux praticiens des *common lawyers* membres d'une *Inn of Court*²⁷.

P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England Around 1200*, London, Selden Society, 1990.

27. Ces facteurs socio-professionnels furent inévitablement renforcés par une idéologie anti-

Pour autant, Selden ne se cantonne pas à ce cadre institutionnel. Il évoque également l'ascendant potentiel de la science du droit sur la pratique en mentionnant les consultations de juristes savants ; cependant, il refuse d'y reconnaître une preuve de quelque autorité du droit romain, mais y voit simplement un recours à un type d'expertise, comme dans les cas où les praticiens ont recours aux représentants d'autres types d'expertise.

Dans son analyse historique du droit anglais, Selden fait appel à une diversité de sources. Ces sources sont sans doute essentiellement des sources du droit, mais elles sont ici envisagées principalement en tant que sources historiques²⁸. Selden s'appuie en premier lieu sur les *tabulae publicae*, c'est-à-dire les archives publiques (comme dans l'expression anglaise *public records*), comprenant les *records* administratifs et judiciaires au sens strict, comme les jugements (sous forme de *rolls*), mais également les registres de brefs et les *forms of action* qui en découlaient²⁹. Ensuite, la pratique judiciaire (médiévale) est également documentée par les *Year Books*. Enfin, Selden se réfère aux ouvrages doctrinaux : pour l'époque en question, la trilogie dont *Bratton* est le volet central en est la source principale.

Même dans le domaine de l'administration publique, Selden estime que le système constitutionnel, le *regimen publicum*, s'avéra imperméable à l'égard de toute infiltration substantielle du droit romain³⁰. Selon Selden, il faut envisager cette imperméabilité tant comme un effet d'une perception négative du droit romain en Angleterre que comme l'acceptation positive de la *common law* censée correspondre au caractère particulier (« génie ») du peuple anglais³¹.

Malgré cette approche qui met l'accent sur les agents et facteurs ayant favorisé l'essor de la *common law* et l'opposition à l'autorité du droit romain, on

romaniste, voir par exemple, du temps de la jeunesse de Selden : P. Raffield, *Images and Cultures of Law in Early Modern England. Justice and Political Power, 1558-1660*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 153-154.

28. J. Summit, *Memory's Library*, cité *supra*, cite un discours de Selden à la Chambre des Communes en 1629, dans lequel il affirma : « *the law speaks by record* », et l'auteur remarque que cette conviction contribua à accorder un rôle important dans la doctrine juridique du XVII^e siècle à la collection de Cotton, en tant que source historique des *records* du droit anglais (p. 162).

29. *AFD*, p. 162 et p. 170.

30. *AFD*, p. 160 ss., p. 172.

31. *AFD*, p. 164 : « ... Altera est, Juris Caesarei apud majores tunc nostros (qua regimen publicum illud omnino spectaret) aperta et publica Improbatio. Altera Juris Anglicani quod Commune vocitamus ejusdem principiorum, qua gentis hujus genio ab intima antiquitate adaptata sunt, singularis aestimatio, atque inde nec immerito, in eodem adhaesio constans et sane pertinax ».

constate que les domaines d'application où Selden note quelque influence romaniste relèvent toujours de règles ou d'institutions spécifiques : ainsi, dans le droit patrimonial de la famille (notamment dans les successions), le notariat public, la formule des serments des juges, enfin (mais on s'écarte ici du droit anglais proprement dit), lorsqu'il traite de la succession écossaise sous Édouard I^{er}³².

Cette analyse, quoique spécifiquement ancrée dans un contexte historique anglais, correspond néanmoins à un développement qui se retrouve, *mutatis mutandis*, dans d'autres pays européens. Ainsi, en France, à la même époque, il est tout aussi bien possible de relever un « exceptionnalisme » français (ainsi que des exceptionnalismes régionaux), notamment fondés sur la politique royale ou sur les intérêts des familles importantes dont la position sociale (et parfois politique) reposait sur leurs intérêts lignagers fonciers.

L'ÉMERGENCE RESTREINTE ET TEMPORAIRE D'UN RÉFÉRENTIEL ROMAIN DANS LA PRATIQUE JUDICIAIRE ANGLAISE

Dans les cas anglais relevés par Selden à partir des traces d'influence de droit romain dans les *Year Books* du règne d'Édouard II, on constate à nouveau que son approche consiste à retenir exclusivement des cas où il est fait référence à une règle spécifique, relevant essentiellement du droit substantiel³³ :

(1) Premier exemple : la *media capitis deminutio*

Le *casus* part du principe selon lequel, lorsqu'un prélat avait été dépossédé, son successeur était habilité, après le décès de son prédécesseur, en vertu d'une loi du temps d'Henri III, à poursuivre la restitution. Dans un cas concret, la question se posait toutefois de savoir si ce principe était applicable lorsque le prélat (par exemple, un abbé), avait été démis de sa fonction : comme il n'était pas mort, le spoliateur pouvait-il opposer l'exception que le successeur n'était pas habilité à agir, le spolié étant encore vivant ? Selden, à propos de ce *casus*, évoque le débat (au stade des *pleadings*) visant à déterminer si le rejet de cette exception pouvait ou non être justifiée par une assimilation de la démission du prélat à une mort civile.

32. *AFD*, p. 168.

33. *AFD*, p. 150 ss.

(2) Deuxième exemple : l'entretien d'une épouse

Un défendeur avait promis à la partie demanderesse de l'épouser et il s'était également engagé à lui assurer son entretien. Cette seconde obligation prenait-elle immédiatement effet ou seulement à partir du mariage ? La discussion porta notamment sur l'application de la *regula iuris* exprimée dans D. 50.17.4 : dans toute obligation où le moment [de la prestation de cette obligation] n'est pas mentionné, l'obligation est due immédiatement.

(3) Troisième exemple : la validité d'une coutume

Vers 1319, un abbé avait saisi les biens d'un individu qui avait brassé de la bière sans payer une certaine redevance. La question juridique dans ce litige porta notamment sur la validité de la coutume dont se prévalait l'abbé pour saisir les biens sous prétexte du défaut de paiement. Dans ce cas, on se référa également à des règles de droit tendant à invalider une coutume lorsque celle-ci (ou son application) découlait d'une erreur, c'est-à-dire n'était pas fondée sur une raison suffisante.

Dans ces trois exemples, il s'agit tantôt d'une réception de règles positives de droit substantiel, tantôt d'une application spécifique d'un principe général (énoncé par une *regula iuris*)³⁴, sans qu'une telle application ponctuelle soit située dans le cadre d'une méthode ou théorie du droit plus générale. Or, les développements qualifiables de « réception » de droit romain en Europe ne se laissent pas réduire à la reconnaissance de l'application d'une règle spécifique de droit positif empruntée au droit romain, mais davantage par l'articulation de telles règles spécifiques dans le cadre d'une méthodologie propre aux droits savants – et ce fut l'absence d'un tel cadre méthodologique partagé par les *common lawyers* qui les différencia des praticiens continentaux.

Quoi qu'il en soit, selon Selden, même de telles références davantage ponctuelles, concernant l'applicabilité de telle ou telle *lex* ou *regula* exprimée dans le *Corpus iuris civilis* tendent à disparaître dans les sources dès le règne d'Édouard III, et une telle pratique finit par tomber en désuétude³⁵.

34. Sur l'actualité de l'enseignement des *regulae iuris* de droit romain au temps de Selden, voir mon article : « A Seventeenth-Century English Commentary “De regulis iuris” (D.50.17) », dans O. Condorelli (a cura di), “Panta rei”, *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Rome, 2005, T. 5, p. 473-496.

35. Pour l'énoncé le plus explicite de cette thèse centrale de l'*AFD* : p. 156 et p. 160.

À partir de ces éléments, rassemblés par Selden à partir de différentes sources historiques de la pratique constitutionnelle, judiciaire et doctrinale dans l'Angleterre médiévale, Selden conclut :

- d'une part, que même les témoignages de l'époque allant du règne d'Étienne (1135-1154) à celui d'Édouard II (1307-1327) ne font apparaître aucun impact significatif du droit romain dans la pratique administrative ou judiciaire anglaise ;

- d'autre part, qu'à partir du règne d'Édouard III, même cet effet très limité a disparu³⁶.

Le corollaire de ce double constat est que les ouvrages *Bratton*, *Thornton* et *Fleta* coïncidèrent précisément avec la période durant laquelle était temporairement apparue dans les sources historiques de la pratique du droit anglais une tendance, par ailleurs modeste, à se référer au droit romain. Cette correspondance, historiquement déterminée et réduite, n'était pas susceptible, selon l'argumentation de Selden, d'attester quelque *autorité* du droit romain en Angleterre.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

L'*Ad Fletam Dissertatio* est un discours cohérent, dans lequel l'ouvrage *Fleta* est associé à *Bratton* et *Thornton* dans le contexte d'une étude ciblée sur la question de l'autorité du droit romain en Angleterre. Malgré les limites et biais de ce discours, l'argument de Selden correspond essentiellement à la conception conventionnelle du rôle du droit romain dans l'histoire du droit anglais telle qu'elle prévaut encore de nos jours.

La cohérence du discours n'est toutefois acquise qu'au prix d'un schéma réducteur. Ainsi, certains développements sont entièrement passés sous silence ou à peine évoqués. C'est le cas de la pratique dans la plupart des cours relevant de la Prérogative Royale (comme celle de la « Chambre Étoilée », abolie à peine quelques années avant la parution de la *Dissertatio*). C'est aussi le cas du rôle de la Cour de Chancellerie et du développement du droit selon l'*Equity*, et la persistance, dans cette cour, du modèle procédural romano-canonique³⁷.

36. « ... Atque ex his demum par est ut conjectemus Juris Caesarei usum illum, qualiscunque fuisset, apud Juris Anglicani peritos atque in tribunalibus heic regis pristinum sub Edwardi tertii initia [...] in desuetudinem prorsus abiisse » (*AFD*, p. 160, en conclusion de l'analyse d'un cas judiciaire où l'applicabilité des règles romaines *de novi operis nuntiatione* avait été soulevée).

37. Voir néanmoins *AFD*, p. 174.

D'autre part, la focalisation du discours sur la question de l'*autorité* du droit romain (à l'instar de la perspective adoptée peu après par A. Duck), contrasté à celle de la *common law*, relève d'un proto-positivisme (d'ailleurs courant dans les modes de la pensée juridique qui s'imposèrent au XVII^e siècle, tant en Angleterre que sur le continent européen) qui tend à réduire la conception du « droit romain » et son influence potentielle à la réception formelle de règles positives, souvent substantielles, de droit. Pas plus que la plupart de ses contemporains, Selden ne semble s'intéresser à l'évolution du droit romain comme matrice changeante de la méthode de la pensée juridique, comprenant au-delà des règles positives les concepts de base, les modes de raisonnement, d'argumentation et d'articulation d'un discours juridique, qu'il fût scientifique ou relevant de la pratique judiciaire. Pourtant, à son époque, un regard à la fois contemporain et rétrospectif de la tradition juridique romaniste eût pu reconnaître au moins trois grands paradigmes dans cette tradition :

(1) Le paradigme de la méthode scolastique du Bas Moyen Âge (dite « méthode italienne », parfois identifiée avec le « bartolisme ») : certains de ses représentants sont cités par Selden, mais sans que n'apparaisse le plein potentiel de cette méthode pour l'ensemble de la pensée juridique, à une époque où, en Angleterre comme sur le continent, du moins jusqu'au début du XVI^e siècle, le droit savant avait joui d'un quasi-monopole dans l'articulation de la science juridique. Ce n'était en effet pas un hasard si, au XIII^e siècle, les ouvrages de la trilogie retenue par Selden, et *Bratton* en particulier, s'étaient inspirés de modèles du droit savant, le droit particulier – en Angleterre comme ailleurs – n'ayant à la même époque guère de modèle alternatif à proposer.

(2) Le paradigme de la méthode dite humaniste, c'est-à-dire privilégiant (dans un premier temps) une critique philologique et historique des textes, puis (à un stade plus avancé) une reconstruction idéale du droit romain qualifié de « classique ». Quoique l'apport des *civil lawyers* anglais à ce courant ait été plutôt modeste, les bibliothèques de l'époque en Angleterre, et même quelques ouvrages, témoignent d'un certain intérêt à l'égard de l'humanisme juridique, tant dans sa mouture originale au XVI^e siècle, lorsque sa finalité essentielle ambitionnait de constituer un nouveau fondement théorique et positif du droit, que dans ses développements ultérieurs (clairement établis déjà du temps de Selden), lorsque l'humanisme juridique était devenu davantage une discipline d'érudition, en marge de la méthode juridique courante et prédominante, mais tout de même un composant significatif du registre d'expression et du style des raisonnements et arguments de tout juriste cultivé.

(3) Enfin, la méthode moderne (*usus modernus*) n'est pas identifiée comme une nouvelle matrice, alors même que, au plus tard dès le début du XVII^e siècle, ce genre était représenté dans la littérature de la *civil law* en Angleterre. Il faut toutefois admettre que ce courant n'a pas eu, en Angleterre, le même impact que sur le continent. Dans une perspective comparative de l'histoire des droits, il apparaît que l'une des différences essentielles entre l'Angleterre et l'Europe continentale aux Temps Modernes réside précisément dans le fait que, alors que la littérature juridique prédominante sur le continent fut profondément marquée par l'*usus modernus* – avec ses variantes territoriales –, cette méthode n'a eu qu'une portée tout à fait marginale en Angleterre. L'influence des ouvrages de l'*usus modernus* anglais³⁸ rédigés par des *civil lawyers* sur la littérature juridique anglaise en général a été, à quelques exceptions près, négligeable, et, surtout, les auteurs d'ouvrages de *common law* ont entièrement ignoré cette méthode, du moins la fusion entre *ius commune* et droit particulier qui la caractérisait³⁹. Contrairement à la plupart des droits particuliers européens, la *common law* s'est développée et affirmée aux Temps Modernes sans l'apport scientifique des droits savants. Il n'empêche que Selden a profité de cette marginalisation pour faire entièrement abstraction, dans son discours, des quelques rares tentatives anglaises visant à mettre en œuvre les prémisses de l'*usus modernus* (comme les *Institutiones iuris anglicani* de J. Cowell)⁴⁰, et pour reléguer au-dehors du droit anglais la tradition doctrinale du droit des gens (représentée en Angleterre par A. Gentili et d'autres)⁴¹.

38. L'identification d'un *usus modernus* anglais est due à l'historien du droit H. Coing, dans son article fondamental : « Das Schrifttum der englischen Civilians und die kontinentale Rechtsliteratur in der Zeit zwischen 1550 und 1800 », *Ius Commune*, 5, 1975, p. 1-55.

39. C'est du moins la thèse que j'ai développée dans mon article : « Civil Law v. Common Law? John Cowell, Thomas Wood and William Jones: The Elusive English Usus Modernus », dans J. Ockelby et al. (eds.), *Recht in Geschiedenis, Een bundel bijdragen over rechtsgeschiedenis van de Middeleeuwen tot de hedendaagse tijd aangeboden aan prof.dr. Fernand Vanhemelryck*, Louvain, Davidsfonds, 2005, p. 501-516 (une version française quelque peu mise à jour est sous presse et paraîtra dans la revue digitale *Clio & Thémis*).

40. J. Cowell, *Institutiones iuris anglicani ad methodum et seriem Institutionum imperialium compositae et digestae*, Cambridge, Ex Officina Iohannis Legat, 1605 ; à propos de Cowell, le lecteur français ne peut ignorer la petite phrase célèbre (en tout cas souvent citée dans la littérature anglo-américaine) de Sir Jocelyn Simon, Dr. Cowell, *Cambridge Law Journal* 1968, p. 260-272, qui avait comparé le projet des *Institutiones iuris anglicani* à une tentative visant « [to crush] an ugly sister's foot, bunions and all, into Cinderella's glass slipper » (p. 263).

41. Voir cependant sur le rôle du droit romain dans le droit des gens : *AFD*, p. 154, p. 156, p. 170 (critiquant même, p. 156, les affirmations des juristes français R. Choppin et F. Baudouin, selon lesquels le droit romain n'eût joui d'aucune autorité en Angleterre).

Malgré – et en partie grâce à – ce schéma réducteur, l'*Ad Fletam Dissertatio* représente une reconstruction historiographique cohérente, et jusqu'à nos jours largement conventionnelle, de l'échec d'une influence décisive – *a fortiori* d'une « réception » – du droit romain, ou de la *civil law tradition* en général, en Angleterre.

Résumé de l'article :

Dans *Ad Fletam Dissertatio* (1647), J. Selden soutient que la trilogie *Bratton*, *Thornton* et *Fleta* reflète l'usage temporaire, chez certains juristes anglais de la fin du XIII^e siècle, notamment dans la pratique, de se référer au droit romain. Cependant, dès le règne d'Édouard III, cet usage tend à disparaître. Sur l'ensemble de l'histoire anglaise de l'Antiquité romaine jusqu'à son époque, Selden ne reconnaît pas une pratique ayant admis une autorité juridique ou une influence intellectuelle significative du droit romain dans l'ordre juridique anglais. Cette reconstruction historiographique du rôle du droit romain en Angleterre, qui revient à nier toute « réception » de son autorité, est étayée par un redoutable argumentaire d'érudition historique, mais au prix d'une réduction proto-positiviste, Selden ne considérant pour l'essentiel que les textes (quasi-)normatifs ou les règles de droit positif, mais ignorant largement la méthode et la culture des droits savants. Ce modèle réducteur demeure néanmoins jusqu'à nos jours le paradigme historiographique prédominant, qui peut par ailleurs être validé pour l'essentiel du fait qu'il a pendant des siècles contribué à déterminer les approches des principaux acteurs du droit anglais.