



JEAN-LOUIS  
**HALPERIN**

# Histoire des droits en Europe

De 1750 à nos jours

NOUVELLE ÉDITION

**Champs** histoire

# JEAN-LOUIS HALPÉRIN

## Histoire des droits en Europe

Retracer l'évolution des droits en Europe, c'est faire l'histoire de nos sociétés depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui marque l'entrée dans l'ère contemporaine : Révolution française, révolution industrielle, revendications ouvrières, mouvements féministes ou familialistes ont provoqué de profondes transformations juridiques en France et ailleurs, suscitant, au début du XX<sup>e</sup> siècle, un rapprochement des différentes législations.

Mais la naissance du droit soviétique puis l'avènement des régimes fascistes ont fait prévaloir les clivages politiques et idéologiques pendant l'entre-deux-guerres, coupure qui perdurera quarante ans après la Seconde Guerre mondiale. Il faudra attendre la chute du mur de Berlin pour que les confluences l'emportent dans une Europe en proie à de nouveaux débats : l'avenir de l'État providence, avec les risques de remise en cause des acquis des travailleurs, ou les métamorphoses du droit de la famille. À l'heure où se pose avec acuité la question du degré souhaitable d'harmonisation dans l'Union européenne, cette perspective historique aide à réfléchir sur la diversité et la communauté des droits.

Professeur de droit à l'École normale supérieure,

**Jean-Louis Halpérin** a consacré plusieurs études au Code civil et à l'histoire du droit privé français depuis 1804. Il a également travaillé sur l'histoire comparée des professions juridiques et du droit privé international.

**Édition mise à jour.**

En couverture : Manifestation de suffragettes, Londres, 1908. © Archives Charmet/Bridgeman Images.

**Flammarion**

HISTOIRE DES DROITS  
EN EUROPE

## DU MÊME AUTEUR

- Histoires contemporaines du droit*, Dalloz, 2020 (avec Frédéric Audren et Anne-Sophie Chambost).
- Introduction au droit*, Dalloz, 2017 (rééd. 2019).
- L’Affaire Benetton. Une querelle d’affichage entre la France et l’Allemagne*, LGDJ, 2017.
- Histoire de l’état des juristes. Allemagne, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Garnier, 2015.
- Five Legal Revolutions Since the 17<sup>th</sup> Century*, Springer, 2014.
- La Culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, CNRS, 2013 (avec Frédéric Audren).
- Portraits du droit indien*, Dalloz, 2012.
- Profil des mondialisations du droit*, Dalloz, 2011.
- Histoire du droit des biens*, Economica, 2008.
- Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Dalloz, 2007 (avec Naoki Kanayama).
- Deux cents ans de Code civil : des lois qui nous rassemblent*, Dalloz, 2004 (sous la direction de).
- Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.
- Avocats et notaires en Europe : les professions judiciaires et juridiques dans l’histoire contemporaine*, LGDJ, 1996 (sous la direction de).
- Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996 (rééd. 2001).
- Le Code civil*, Dalloz, 1996 (rééd. 2003).
- Les Structures du barreau et du notariat en Europe : de l’Ancien Régime à nos jours*, Presses universitaires de Lyon, 1996 (sous la direction de).
- L’Impossible Code civil*, PUF, 1992 (rééd. 2018).
- Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution : 1790-1799*, LGDJ, 1987.

Jean-Louis Halpérin

HISTOIRE DES DROITS  
EN EUROPE

de 1750 à nos jours

*Nouvelle édition*

**Champs** histoire

© Éditions Flammarion, 2004.  
© Éditions Flammarion, 2020, pour la présente édition.  
ISBN : 978-2-0815-1859-9

## Introduction

« N'oublions pas que le droit n'a pas davantage que la religion une histoire qui lui soit propre » : cette affirmation de Marx, dans *L'Idéologie allemande*<sup>1</sup>, a de quoi décourager une entreprise d'étude historique des transformations du droit intervenues en Europe de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours. Selon Marx, les règles de droit ne sont que des produits prédéterminés du matérialisme historique qui gouverne l'évolution de l'économie et de la société. Comme il l'écrit dans un article de la *Neue Rheinische Zeitung* de 1849, « la société n'a pas pour fondement la loi. C'est là une illusion juridique. Bien au contraire, la loi doit être fondée sur la société, elle doit être l'expression de ses intérêts et de ses besoins, issus du mode matériel de production de l'époque, et elle doit protéger contre l'arbitraire de tel ou tel individu. Voici, dans ma main, le Code Napoléon. Il n'a nullement produit la société bourgeoise moderne, c'est plutôt la société bourgeoise, née au XVIII<sup>e</sup> siècle et développée au XIX<sup>e</sup> siècle, qui trouve simplement dans

---

1. Karl Marx et Friedrich Engels, *L'Idéologie allemande*, Paris, Éditions sociales, 1974, p. 131.

le Code une expression légale <sup>1</sup> ». Cette idée d'une hétéronomie des règles juridiques à l'égard du mode de production trouva son aboutissement dans la formulation de la théorie marxiste – plus systématique que les positions de ce texte ouvert aux nuances – réduisant le droit à une simple « superstructure » qui exprime les intérêts de la classe dominante dans une société donnée. Dans une telle optique, l'histoire des droits européens depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> se résumerait à constater les reflets juridiques de la révolution industrielle, des vicissitudes du capitalisme au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle, puis plus récemment de la victoire du néolibéralisme sur les systèmes socialistes après l'effondrement du bloc soviétique.

Les analyses méthodologiques développées par Max Weber dans *Économie et société* viennent heureusement donner des arguments de réponse à l'historien du droit. Analysant les rapports entre droit et économie, Weber s'accordait avec les thèses de Marx pour reconnaître que « les intérêts économiques comptent parmi les plus puissants facteurs d'influence sur la formation du droit », ce dernier garantissant des « situations d'autorité » et des « situations sociales privilégiées »<sup>2</sup>. Considérant que la puissance du droit sur l'économie était devenue plus faible avec la société capitaliste, Weber ne se faisait pas d'illusions sur la force et l'autonomie du droit. Mais, en même temps, il refusait d'ériger l'explication économique en cause décisive et unique de tous les changements du droit, en constatant que celui-ci évoluait – ou n'évoluait pas – selon ses propres rythmes. D'après lui, les intérêts capitalistes n'avaient pas créé en eux-mêmes le droit « rationnel » des États modernes. De même que

---

1. Karl Marx, *Œuvres politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1994, t. I, p. 171.

2. Max Weber, *Économie et société*, trad. fr., Paris, Plon, coll. « Agora », 1995, t. II, p. 44-49.

Max Weber préconisait de discuter de manière empirique l'action effective du droit sur l'économie, il nous paraît utile d'envisager sans *a priori* l'influence des changements économiques et sociaux sur le droit dans cette phase de « modernisation » ouverte par les débuts de la révolution industrielle en Angleterre au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Si le droit n'est pas complètement déterminé par l'évolution des rapports de production, n'est-il pas étroitement dépendant de l'histoire politique des États européens ? Nous voilà en présence d'un second obstacle qui paraît dénier toute spécificité à une histoire des transformations juridiques pendant une ère caractérisée, de manière de plus en plus nette à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, par l'avènement de la loi étatique comme première source du droit, puis par le développement de systèmes parlementaires et démocratiques qui font du pouvoir populaire le principal créateur de cette loi. Alors que les despotes éclairés modifiaient autoritairement le droit de leurs États et que le Parlement anglais commençait à intervenir dans le domaine des relations entre personnes, Montesquieu avait théorisé, dans *De l'esprit des lois* (1748), cette prédominance des facteurs politiques et du droit public en insistant sur l'hétéronomie du droit par rapport à l'État. En dépit des liens indubitables entre le droit civil d'un État et son régime politique, l'évolution de certaines règles du droit privé ou pénal semble cependant échapper à une explication purement politique : par exemple, le processus d'émancipation des femmes mariées au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle ou plus récemment la dépénalisation de l'avortement ne correspondent pas nécessairement à des changements de Constitution ou de majorité.

Les historiens du droit n'ont pas manqué de souligner cette apparente autonomie de la matière juridique en l'attribuant à l'action des juristes, censés avoir été à toute époque les prêtres du droit. Cette propension à faire la

part belle à l'évolution de la pensée juridique s'est particulièrement manifestée dans ce que l'on appelle en Allemagne la *Dogmengeschichte*, consacrée à l'histoire intellectuelle des grands courants de la doctrine et de la théorie du droit. Outre le risque d'enfermement pour une science historique du droit qui parle d'elle-même et se parle à elle-même, une telle méthode nous paraît discutable. Son arrière-plan jusnaturaliste n'est guère contestable, même s'il n'est pas toujours avoué : l'idée que la pensée juridique gouverne le monde du droit et que la figure du juriste y occupe une place centrale suppose implicitement le refus du positivisme et renvoie, au-delà des règles en vigueur dans une société et une période données, à des concepts de la science du droit qui eux-mêmes reposent sur des idées métajuridiques. Sans doute d'une grande portée heuristique pour l'étude du droit romain ou des droits savants du Moyen Âge, cette foi dans le pouvoir créatif de la doctrine ne nous paraît pas devoir être postulée pour la période qui commence au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, laquelle correspond globalement – en dépit de contrastes et de phénomènes en sens contraire – à un déclin des juristes dans le processus de création des règles de droit.

Sans sous-évaluer les déterminismes économiques et politiques, l'étude des transformations du droit à l'époque contemporaine en Europe doit tenir compte du rôle croissant des forces issues de la société « laïque », celle des non-juristes toujours majoritaires en nombre, sous la forme des associations, des syndicats, des mentalités et des courants de pensée. Le point de vue positiviste qui est le nôtre, en étudiant l'évolution des normes juridiques qui ont été en vigueur en Europe depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, repose sur la distinction des règles de droit et de la science du droit. Il n'interdit pas de concilier une interdépendance étroite entre les phénomènes sociaux et la production des normes juridiques avec une

reconnaissance de la spécificité du champ juridique due à la nature même de commandements susceptibles, par un « pouvoir de nomination », de créer de nouvelles réalités institutionnelles et sociales<sup>1</sup>.

Cette enquête de sociologie historique du droit ne peut manquer de recourir à la méthode comparatiste. La démarche comparatiste appliquée au passé est à la fois un moyen d'élargir l'information historique pour tenter de la saisir dans toute sa richesse et une nécessité pour évaluer au mieux les différents facteurs d'évolution du droit dans des sociétés caractérisées à la fois par leur structuration nationale et par leur insertion croissante dans des courants internationaux qui concernent aussi bien les idées que les marchandises.

Dans cette optique – qui fait de l'existence de « sociétés politiques concurrentes » une cause de particularisme du droit selon Max Weber –, il apparaît indispensable de comparer les transformations juridiques dans des États européens aussi différents que l'ont été la Grande-Bretagne, l'Allemagne, la France ou l'Italie, sans négliger la Russie (pour partie européenne) et les puissances de moindre importance militaire. Pour apprécier l'incidence de l'économie sur le droit, le développement décalé et inégal de la révolution industrielle dans ces différents pays ne fournit-il pas le meilleur champ d'expérimentation ? Et pour tenir compte des facteurs politiques ou culturels, n'y a-t-il pas là une palette riche en couleurs qui offre d'emblée à l'observateur des contrastes saisissants ? Que l'on songe seulement à quelques grandes lignes d'évolution de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle – d'un côté avec la monarchie parlementaire, la force combinée de la *gentry* et de la

---

1. Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociale*, 1986, n° 64, p. 3-19.

bourgeoisie, le faible rôle des professeurs de droit, de l'autre côté avec le régime imparfaitement parlementaire du Reich, le poids de la noblesse et des structures sociales traditionnelles, le prestige de ses universitaires –, et la recherche d'explications sur les divergences entre le *common law* et le droit continental tel qu'il a pu s'exprimer dans le Code civil allemand s'en trouve aussitôt stimulée. La méthode comparatiste appliquée à l'histoire du droit doit nous protéger des généralisations rapides ou des déterminismes les plus rigides.

La réflexion comparatiste actuelle est à ce point sensible à ces différences culturelles qu'elle en vient parfois à conclure à une totale « altérité » entre les différents droits, notamment, pour nous en tenir à l'Europe, entre les droits continentaux de tradition romaniste et le droit anglais<sup>1</sup>. L'histoire du *common law* et du « droit civil » correspondrait à deux évolutions séparées liées à des environnements linguistiques, politiques et sociaux distincts. La spécificité du droit anglais ne serait pas due seulement à l'insularité ou à l'affirmation idéologique et nationaliste d'une singularité revendiquée par les juristes d'outre-Manche, elle constituerait un fait de civilisation ancré dans la longue durée et maintenu de manière vivace à l'époque contemporaine, comme le montre encore aujourd'hui l'absence de codification du droit privé ou de constitution écrite au Royaume-Uni. En présence de ces contrastes irréductibles et des difficultés rencontrées à traduire la terminologie juridique propre au droit anglais, la recherche d'interactions ou même de parallélismes dans l'évolution du *common law* et des droits continentaux serait vaine. Ce « nominalisme » a

---

1. Pierre Legrand, *Le Droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999. Nous nous rallions aux arguments développés page 48 en faveur du genre masculin du *common law*, notamment pour éviter la confusion avec la loi au sens formel.

pu inspirer des prises de position en faveur de la force des droits territoriaux ou nationaux et à l'encontre des thèses affirmant l'existence historique d'un droit commun (*jus commune*) européen. Face aux partisans d'un empire du droit romain, qui aurait régné sur l'Europe jusqu'à la codification et qu'il conviendrait de ressusciter pour progresser dans la voie de l'harmonisation des droits, les tenants d'une histoire nationale, propre à chaque pays, ont eux aussi mis en garde contre les comparaisons hâtives et les généralisations abusives.

Si une réaction était sans doute nécessaire contre certains abus d'un universalisme s'appuyant sur l'histoire pour ne retenir que des points d'accord entre les doctrines juridiques nourries de notions romaines, la thèse contraire de l'altérité fondamentale *des* droits nous paraît excessive, spécialement pour l'histoire juridique de l'Europe aux époques moderne et contemporaine. La méthode comparative doit bien, selon les prescriptions de Max Weber, faire apparaître les différences en se méfiant des ressemblances trompeuses ou des similitudes de façade. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'elle renonce à reconnaître l'existence d'institutions voisines ou de règles proches, susceptibles d'être expliquées par des facteurs eux-mêmes comparables. L'historien a ici l'avantage de jouer à la fois sur l'éloignement dans le temps et dans l'espace : l'on peut admettre l'altérité des civilisations antiques ou orientales, sans négliger les contacts entre des sociétés contemporaines ou des rythmes différents pour le développement de phénomènes semblables. Postuler l'existence, à toute époque et sur tous les sujets, d'une identité spécifique du droit anglais conduit à privilégier le facteur, ô combien fluide, de l'esprit du peuple ou de la conscience nationale, aux dépens de toute autre explication des phénomènes juridiques.

L'idée d'une voie moyenne entre la présentation séparée d'ordres juridiques supposés étanches et l'affirmation d'un droit commun européen toujours relié par l'histoire à d'antiques racines romaines nous paraît particulièrement adaptée à l'étude des transformations du droit depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le juriste anglais Dicey – que l'on ne peut soupçonner d'avoir négligé la spécificité du *common law* – assignait à l'historien du droit la tâche de faire la part entre les facteurs nationaux et transnationaux d'évolution du droit<sup>1</sup>. En évitant la simple juxtaposition des histoires nationales, la méthode comparatiste nous aide à faire une sélection, toujours subjective, des phénomènes juridiques étudiés. C'est cette méthode qui a inspiré le plan de l'ouvrage en quatre parties. Dans notre première partie – en constatant un renouvellement presque complet du cadre normatif des droits européens –, nous nous interrogerons sur les caractéristiques de l'ancien droit dont le déclin s'amorce dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, sur l'impact de la Révolution française et de ses répliques de 1830 et 1848, sur le mouvement de codification et son échec en Angleterre, et sur l'essor du parlementarisme qui trouve son origine au Royaume-Uni. Au cours de notre deuxième partie – « attentes sociales et orientations du droit » –, nous nous intéresserons aux mutations juridiques qui ont cours jusqu'en 1914 en relation avec les changements économiques, la « question sociale », les revendications en faveur de la protection des familles ou de l'émancipation des personnes et, en dernier lieu, l'influence des juristes, que nous envisageons autant sous la forme d'une action collective que d'un rayonnement individuel des auteurs de la doctrine. Notre troisième partie analyse les ruptures provoquées par la Première Guerre mondiale, la

---

1. A. V. Dicey, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre*, trad. fr. A. et G. Jèze, Paris, 1906, p. VIII.

révolution russe, puis l'avènement des régimes fascistes qui ont accentué les divergences entre les systèmes juridiques européens pendant l'entre-deux-guerres. Enfin, une quatrième partie, débutant par les changements politiques intervenus en Europe en 1945 puis après la chute du mur de Berlin, met en avant les confluences des droits européens jusqu'à nos jours dans un contexte pluraliste qui paraît diminuer le rôle des États.

Une telle étude historico-comparative des transformations des droits européens à l'ère contemporaine repose sur la conviction profonde de l'historicité du droit, mise en valeur par les juristes de l'École de Bourges au XVI<sup>e</sup> siècle, puis par Montesquieu – écrivant qu'« il faut éclairer l'histoire par les lois, et les lois par l'histoire » (*De l'esprit des lois*, XXXI, 2) – et par Savigny, faisant de l'histoire « la seule voie qui mène à la véritable connaissance de notre propre situation » par l'« investigation du réel à travers ses mutations successives »<sup>1</sup>. La remise en cause méthodologique et philosophique de l'historicisme, notamment à partir des textes de Nietzsche, ne peut manquer d'affecter l'historien du droit. Si convaincu soit-il que le droit vient de faits historiques qui peuvent en être, selon des processus plus ou moins complexes, la cause explicative, il ne doit pas négliger ce qui sépare le devenir de l'être. *Ex facto oritur jus* : la tradition romaine nous a légué cet adage selon lequel le droit naîtrait du fait. Mais tout juriste sait que le droit n'est pas le fait. Le droit du présent ne découle pas de celui du passé, sa validité ne dépend pas de la recherche historique d'une prétendue causalité, mais de son insertion actuelle dans un ordre normatif reconnu. La théorie pure du droit développée par Kelsen au XX<sup>e</sup> siècle apparaît comme un défi pour la science historique du droit dans la mesure où la pensée normativiste repose sur une

---

1. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. I, 1815, p. 2-6.

séparation totale entre l'être (*Sein*) et le devoir-être (*Sollen*). La démarche kelsénienne ne doit pourtant pas être ignorée ni redoutée par les historiens du droit. Les premiers écrits de Kelsen indiquent bien qu'il n'entendait pas contester la pertinence de l'histoire du droit – qu'il classait avec la sociologie et l'étude des phénomènes culturels dans le domaine du *Sein* –, mais mettre en valeur la spécificité des phénomènes juridiques ou plus généralement normatifs pour bâtir une science pure du droit débarrassée de toute idéologie. Si l'historien du droit ne peut se rallier au normativisme le plus rigoureux – qui l'amènerait à se détourner de la perspective historique pour ne reconnaître que la seule dimension logique des phénomènes juridiques –, il peut retenir bien des éléments de la réflexion kelsénienne, notamment la distinction positiviste entre les règles de droit et la science du droit<sup>1</sup>. Par un parti pris à la fois positiviste et réaliste, nous espérons éclairer, sinon expliquer, la complexité actuelle des ordres juridiques en Europe.

---

1. Nous nous sentons plus en accord avec Ehrlich, qui s'efforçait de clarifier les rapports entre l'histoire « sociologique » des règles de droit et l'histoire « culturelle » de la science du droit, tout en reconnaissant des formes d'influence de la doctrine sur la production des normes juridiques.

## Première partie

# LE RENOUVELLEMENT DU CADRE NORMATIF

Dans les États européens, la plupart des normes juridiques en vigueur au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle ont été remplacées quand éclate la Première Guerre mondiale. Ce renouvellement du cadre juridique peut s'expliquer par quatre séries de phénomènes dont la portée et la chronologie varient d'un pays à l'autre : l'évolution déclinante d'un ancien droit traversé de contradictions (chapitre I), l'impact des révolutions à partir de 1789 (chapitre II), les réformes associées au mouvement de codification (chapitre III) et le résultat de l'essor des institutions parlementaires (chapitre IV).



## Les ressorts de l'ancien droit

La notion d'ancien droit est problématique et elle doit faire l'objet de précautions méthodologiques, notamment si l'on veut l'employer pour l'ensemble du continent européen, y compris les îles Britanniques. L'idée d'un ancien droit est, en effet, liée à celle d'un Ancien Régime social et politique. Or l'on sait que l'Ancien Régime est né en mourant, à travers la destruction de la monarchie absolue et de la société d'ordres, une révolution du droit opérée en France en 1789 et accompagnée d'un rejet systématique de l'ancien système assimilé de manière péjorative à la tradition féodale, coutumière et religieuse. L'ancien droit, dans cette vision rétrospective et critique, apparaît lié à l'idéal type d'une domination traditionnelle, caractérisée, selon Max Weber, par la sacralisation du pouvoir et l'autorité attribuée au passé. Pourtant, le même Max Weber reconnaissait aisément que les processus de modernisation du droit et de l'État – avec la rationalisation introduite par le recours au droit romain et le travail de systématisation des juristes, avec la sécularisation et la bureaucratisation engagées de manière précoce par certains souverains – avaient commencé bien avant le XVIII<sup>e</sup> siècle, à l'intérieur des monarchies d'Ancien Régime. La monarchie absolue n'est-elle pas

déjà en contradiction avec la société d'ordres, en imposant un assujettissement de tous au roi ? Et la Révolution anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle, achevée en 1688-1689, n'offre-t-elle pas déjà le modèle d'un régime représentatif fondé sur la séparation des pouvoirs ? Non seulement la modernité des idées s'est largement déployée au XVI<sup>e</sup> et au XVII<sup>e</sup> siècle, mais, dans les faits aussi, la modernisation du droit et de l'État sont partiellement en marche bien avant la chute de l'Ancien Régime.

S'il faut se garder, comme nous l'a montré Tocqueville, d'exagérer la rupture entre l'âge classique et celui qui débute dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, il apparaît difficile de réduire l'Ancien Régime à une longue période de transition, traversée à des rythmes différents selon les pays, entre l'expérience médiévale d'un pluralisme juridique sans État et le droit essentiellement étatique de la société capitaliste et industrielle. Il existe bien, selon nous, un ensemble caractéristique de structures juridiques, politiques et sociales, mises en place pour une large part au XVI<sup>e</sup> siècle, qui ont donné un visage spécifique aux règles de droit observables en Europe pendant environ deux siècles. Parmi ces « ressorts » de l'ancien droit – qui ont permis pendant plusieurs générations le « fonctionnement » de l'Ancien Régime –, nous mettrons en avant trois aspects : l'autonomie relative d'un droit « privé » soumis aux tensions suscitées par la réception du droit romain et l'essor des particularismes nationaux ; le rôle des juristes dans l'interprétation et l'application d'un droit complexe au sein d'une société où les ordres privilégiés ont conservé de solides bastions ; la place de premier plan acquise par l'État moderne<sup>1</sup>, accélérant le déclin des anciens pouvoirs

---

1. Sous cette expression introduite par Lucien Febvre, « L'État moderne », dans *L'Encyclopédie française*, vol. X, 1935, les historiens désignent tous les processus de renforcement de l'appareil militaire, fiscal et bureaucratique de l'État à partir des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Le développement d'une hiérarchie des normes peut également apparaître comme un critère juridique de l'État moderne.

(seigneuriaux, municipaux, provinciaux) par un accroissement de ses fonctions, des traditionnelles missions régaliennes aux interventions liées au mercantilisme. Dans ces trois domaines, les lignes de continuité ou de stabilité sont fortes – par exemple, dans l’immuabilité de nombreuses coutumes rédigées – depuis le XVI<sup>e</sup> siècle jusqu’au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle. Autour des années 1750, ces ressorts de l’ancien droit commencent manifestement à s’user ou à se détendre. Il suffit de penser au mouvement d’abolition de la torture (par Frédéric II de Prusse en 1740), à l’action de Lord Mansfield à partir de 1756 pour faire évoluer le droit anglais par la jurisprudence alors même que le Parlement s’aventure peu à peu dans la voie de la réforme du droit, ou aux premières mesures physiocratiques dans le sens de la liberté du commerce (celles prises pour les grains par Bertin en France en 1763-1764), pour constater que l’édifice de l’ancien droit s’effrite plusieurs décennies avant la Révolution française.

## Une ou plusieurs traditions juridiques ?

Dans toute l’Europe, l’ancien droit en vigueur au début du XVIII<sup>e</sup> siècle offre une image de fidélité à des traditions juridiques ancestrales : celle du droit romain revivifié par l’interprétation donnée par les glossateurs et les commentateurs aux compilations de Justinien redécouvertes en Italie à la fin du XI<sup>e</sup> siècle, celle du droit coutumier d’origine orale au Moyen Âge avant une vague de rédactions survenue au début de l’époque moderne, celle du *common law* dégagé depuis le XII<sup>e</sup> siècle par les tribunaux de Westminster. Ce poids de l’autorité accordée au passé se combine avec la prédominance d’un droit privé – gouvernant les relations entre familles et entre contractants – qui échappe pour une grande part à l’intervention législative et réformatrice des

États. De telles caractéristiques peuvent faire croire, sinon à une similitude des règles, du moins à un même esprit pour un droit commun reposant sur des assises sociales et culturelles comparables. Mais cette vision, un peu figée, de l'ancien droit a besoin d'être nuancée par la prise en compte des tensions entre *jus commune* et droits nationaux, ainsi que par l'apparente opposition du droit anglais aux modèles continentaux.

### *Droit commun et droits territoriaux*

L'Europe de l'âge moderne a connu l'aboutissement du processus de réception du droit romain commencé au milieu du Moyen Âge. Le droit romain – tel qu'il avait été retravaillé et modifié par l'École de Bologne, puis par les docteurs des différentes universités créées sur le continent – s'applique comme source essentielle du droit privé en Italie, dans le Sud de la France (pays de droit écrit), en Espagne et au Portugal, dans le Saint Empire germanique, en Suisse, dans les Pays-Bas et jusqu'aux pays scandinaves ou aux régions d'Europe centrale. L'expression *jus commune*, souvent utilisée pour traduire cet empire du droit romain par-dessus les frontières, regroupe des réalités différentes, des degrés divers d'intensité de la réception<sup>1</sup>. Dans certaines parties de l'Europe, par exemple en Italie ou dans le Sud de la France, le droit romain règle la plus grande partie des relations de droit privé, sans rencontrer d'obstacles importants de la part de droits territoriaux réduits à l'état de souvenir ou à la portion congrue. Ailleurs, le droit romain sert de toile de fond à un paysage juridique comportant des zones de résistance du droit territorial un peu plus importantes : tel est le cas dans l'Empire,

---

1. Paul Koschaker, *Europa und das Römische Recht*, Munich, Beck, 1966.

où le *Reichskammergericht* établi en 1495 doit juger « selon le droit commun », mais où subsistent un grand nombre de droits territoriaux (*Landrechte*) des villes ou des pays. Le droit romain ne peut avoir, enfin, qu'une valeur supplétive, qu'elle soit reconnue explicitement par les coutumes (celle de Bourgogne, par exemple, en 1459) et la législation royale (les *Siete Partidas* en Castille depuis 1265 et l'*Ordeniamento* d'Alcala de 1348, confirmé en 1713) ou qu'elle résulte de l'absence de dispositions coutumières dans un domaine particulier (celui du droit des obligations, notamment dans le Nord et le Centre de la France).

Le droit romain reçu se distingue du droit antique du fait des relations nouées par la doctrine médiévale avec le droit canonique – ainsi, l'esclavage et le divorce romains n'avaient pas été introduits dans les droits du continent européen – et il se décline de manière différente d'un endroit à l'autre en vertu des interprétations données par les tribunaux supérieurs et les écoles juridiques liées aux universités. En Russie et dans les Balkans, c'est le droit byzantin qui subsiste, en liaison avec le droit de l'Église orthodoxe : il coexiste avec des coutumes locales et avec un système de personnalité des lois pour les populations chrétiennes soumises à l'Empire ottoman.

Devant la réception du droit romain, la coutume a bien reculé, mais elle conserve des positions solides dans le Nord et le Centre de la France (pays de coutumes), dans les Pays-Bas méridionaux (l'actuelle Belgique), en Suisse, dans les pays scandinaves et même en Allemagne ou en Espagne, sous la forme des *fueros* de Navarre ou d'Aragon. Presque partout, les coutumes ont fait l'objet d'un processus de rédaction particulièrement productif au XVI<sup>e</sup> siècle : 48 coutumes générales ont été mises par écrit de 1454 à 1590 dans le Nord et le Centre de la France (16 correspondant à des provinces, la plupart des

autres à des bailliages ou sénéchaussées)<sup>1</sup>, autour de 150 dans les Pays-Bas méridionaux (dont 88 ont été décrétées de 1531 à 1732), seulement 13 dans les Provinces-Unies (où la romanisation a été plus profonde) et, pour citer quelques exemples en Suisse ou en Allemagne, la coutume de Moudon (1577), celles de Bavière (1518), de Fribourg (1520), de Wurtemberg (1555, 1567 et 1610), de Brandebourg (1527) ou le *Landrecht* de Prusse (1620, 1648, 1721). Les juristes professionnels ont introduit des éléments romains dans les coutumes « réformées » et ont participé à un déclin des usages remontant au Moyen Âge. Très souvent, la rédaction officielle a correspondu à un élargissement des ressorts et à une mainmise du pouvoir princier qui homologue la coutume et la transforme ainsi en loi. Les coutumes conservent néanmoins leur spécificité par leur quasi-immutabilité – les souverains s’abstenant de toucher à ce qui est considéré comme le patrimoine juridique des populations – et par leur contenu conservant des règles réfractaires au droit romain.

Les contrastes entre l’extension du droit romain et l’éparpillement des coutumes sont particulièrement visibles dans les domaines des obligations et de l’organisation familiale. Partout en Europe, les notions romaines se sont imposées en matière contractuelle, telles qu’elles avaient été réinterprétées par la doctrine civiliste et canoniste du Moyen Âge. Le consensualisme est devenu la règle, le principe selon lequel « aucune action ne naissait d’un pacte nu » ayant été abandonné. Ces cadres dégagés

---

1. Jacques Vanderlinden, « La coutume dans le droit français des pays de coutumes aux XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles », in *La Coutume, Recueils de la Société Jean Bodin*, t. LII, Bruxelles, De Boeck Université, 1990, p. 283. Avec l’intégration de nouveaux territoires au royaume de France après le XVI<sup>e</sup> siècle, le nombre des coutumes générales s’est élevé à 65 en 1789.

par la doctrine romaniste – qu'elle soit italienne, française, hollandaise ou allemande – donnent au droit des obligations une indéniable uniformité. Même sur ce terrain de prédilection du *jus commune* existent pourtant des divergences. Ainsi le droit romain du prêt à intérêt, limitant le taux maximal à 12 % par an, a-t-il été longtemps annihilé par la prohibition canonique assimilant le moindre intérêt à l'usure. Souvent tournée par la pratique, la règle reste appliquée (sauf aux commerçants ou aux constitutions de rente<sup>1</sup>) dans les pays catholiques au XVIII<sup>e</sup> siècle, alors qu'elle est considérée comme abrogée ou tombée en désuétude dans les pays protestants. L'institution du retrait lignager – permettant à un parent de racheter un immeuble familial vendu à un tiers – témoigne de la résistance des coutumes (en France, mais aussi en Hollande<sup>2</sup>) au droit romain de la vente. Et la rescision pour lésion, établie à Rome au seul profit du vendeur d'immeubles, continue à être étendue en Allemagne à l'acheteur et parfois aux meubles, alors que cette extension a été rejetée en France.

Dans le domaine de l'organisation familiale, le principe romain d'une puissance paternelle perpétuelle, condamnant les enfants à une incapacité de droit tant que le père était vivant, se heurte aux règles coutumières en faveur d'une majorité émancipatrice. Même dans les pays ayant reçu le droit romain, la survenance de l'âge de vingt-cinq ans ou un mariage suivi d'une habitation séparée pendant dix ans mettent souvent fin à la puissance paternelle. En matière matrimoniale, le droit canonique ou les législations d'inspiration protestante règlent

---

1. Philippe Godding, *Le Droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du XII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles. Palais des Académies, 1987, p. 478.

2. Robert Feenstra et Reinhard Zimmermann (dir.), *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 191.

la formation du mariage, tandis que les formes traditionnelles de communauté des biens (universelle, des meubles et des acquêts ou seulement des acquêts) s'opposent dans tout le Nord de l'Europe à la dot romaine pratiquée plus au sud. Surtout, en matière successorale, la réception du droit romain – donnant la priorité à la succession testamentaire, avec la limite de la légitime des enfants – n'empêche pas le maintien d'une géographie coutumière complexe remontant au Moyen Âge. Il a ainsi été constaté que dans le Sud de la France, au Tyrol, en Bavière, en Westphalie, en Hanovre et dans les pays scandinaves, la transmission intégrale du patrimoine, notamment rural, à un seul héritier (généralement l'aîné, parfois le plus jeune de la famille) est favorisée, alors que l'égalité entre les enfants était imposée de manière plus ou moins stricte (jusqu'à l'interdiction d'avantager un enfant au détriment d'un autre) dans les coutumes de l'Ouest, du Nord de la France, des Provinces-Unies ou du Sud-Ouest de l'Allemagne. De telles lignes de partage – qui divisent l'Allemagne en une centaine de systèmes successoraux différents – contribuent au renforcement progressif de droits nationaux. La publication de manuels d'enseignement calqués sur les *Institutes* de Justinien, mais adaptés à la culture juridique de chaque pays, ainsi que l'essor des législations royales ou princières – par exemple, celle du roi de France qui exige le consentement des parents pour le mariage des filles jusqu'à vingt-cinq ans et des garçons jusqu'à trente ans ou celle du Portugal sur l'interprétation des règles romaines<sup>1</sup> – rejettent déjà l'idée d'un droit commun dans le domaine du rêve.

---

1. Pedro Barbas Homem, *Judex Perfectus. Função judicial e estatuto judicial 1640-1820*, Coimbra, Almedina, 2003, notamment p. 295 sur la loi de la Bonne Raison de 1769.

*La spécificité du droit anglais*

Alors que le droit romain avait été reçu, à des degrés divers, sur tout le continent européen et même en Écosse, il n'était pas parvenu à s'imposer en Angleterre. Une première école romaniste avait été réduite au silence au XII<sup>e</sup> siècle, alors que le développement précoce de la justice royale et du jury s'opposait à l'adoption des règles du « droit civil ». Une seconde tentative de pénétration du droit romain au XVI<sup>e</sup> siècle, à la faveur de la création de professeurs royaux à Oxford et Cambridge, échoua, notamment du fait de la Réforme et d'une forte hostilité à l'égard de tout ce qui venait de Rome. Les sentiments nationalistes avaient provoqué un raidissement particulariste des juristes anglais affirmant que leur droit s'était toujours distingué des autres et avait son origine directe dans un don de Dieu. Ce mythe fut assez puissant pour renforcer l'insularité du droit anglais, sinon pour la créer, d'autant plus que les spécialistes du droit romain (*civilians*) furent assimilés au XVII<sup>e</sup> siècle aux partisans de l'absolutisme. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, Blackstone, qui fut le premier titulaire d'une chaire de droit anglais à Oxford et qui pourtant ne négligeait pas l'étude du droit romain, revendique la spécificité de ce qu'il appelle une coutume non écrite commune au territoire de l'Angleterre, à l'exclusion du pays de Galles, de l'Écosse et de l'Irlande.

Cette référence à la coutume ne doit pas conduire à une analogie avec les situations continentales, car la seconde particularité du droit anglais est de tirer sa source principale des décisions judiciaires. Le *common law* est le droit appliqué depuis le Moyen Âge par les cours royales – la cour du Banc du roi, devenue la plus importante au XVIII<sup>e</sup> siècle, la cour des Plaids communs et la cour de l'Échiquier –, un droit unifié d'origine jurisprudentielle. Si ces trois cours de Westminster conservent, en principe, une compétence d'exception, elles ont réussi à concentrer

la plus grande partie de l'activité de création du droit, réduisant à un rôle très minime les coutumes territoriales des manoirs. La nationalisation du droit anglais est ainsi plus accentuée que celle des droits continentaux. Surtout, le *common law* s'est développé par sédimentations successives, dans le respect des précédents ou de traditions remontant souvent à l'époque médiévale (comme la langue judiciaire du *Law French*), et sur une base procédurale qui le rend largement réfractaire aux cadres dogmatiques de la doctrine civiliste d'inspiration romaine. Les différents droits que peuvent revendiquer les plaideurs dépendent de formes d'action, elles-mêmes déterminées par un nombre limité (guère plus de soixante-dix au XVIII<sup>e</sup> siècle) de *writs*, des ordres émanés de la chancellerie royale autorisant les justiciables à saisir une des cours de Westminster. Le recours au jury, dans les affaires criminelles et dans toutes les affaires civiles nécessitant l'appréciation des faits, accuse les caractères en même temps formalistes et pragmatiques de ce droit de nature procédurale.

Si le droit anglais trouve sa source primordiale dans le *common law* – droit royal à la fois public et privé –, il s'est enrichi au cours de l'histoire par des apports venus de divers canaux qui contribuent à sa physionomie complexe. Depuis le XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle, les demandeurs privés de recours par l'étroitesse du cadre formé par les *writs* ont pris l'habitude de s'adresser au roi, qui délègue l'examen de ses requêtes à son chancelier. Ainsi s'est constituée une juridiction d'*equity* (le chancelier jugeant les affaires « en conscience et en équité ») qui a connu une extension remarquable au XVI<sup>e</sup>, avec le déploiement de la prérogative royale sous les Tudors, et dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle (en 1616, il fut décidé qu'en cas de conflit l'*equity* devait prévaloir sur le *common law*). Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les deux corps de règles sont parvenus à un équilibre, les chanceliers ayant régularisé l'usage des

remèdes d'*equity* pour ne pas remettre en cause les principes du *common law*. Les solutions de compromis suscitées par cette structure dualiste sont d'autant plus originales que la procédure sans jury suivie par la Chancellerie – présentant des analogies avec des formes de justice royale « retenue » sur le continent – est relativement perméable aux influences venues du « droit civil », par exemple en matière de preuves. D'autres juridictions spécialisées – les tribunaux ecclésiastiques compétents en matière matrimoniale ou la cour de l'Amirauté à Londres – appliquent des règles recevant l'empreinte de la procédure romano-canonique. Une série de contacts périphériques ont ainsi été établis avec le *jus commune*, provoquant, avec l'essor des lois (*statutes*) votées par le Parlement, tout un jeu d'interactions allant tantôt dans le sens d'un rapprochement, tantôt dans celui d'un éloignement par rapport aux droits continentaux.

L'évocation de quelques formes du droit des contrats ou de la famille peut illustrer le caractère plus ou moins accentué de cette spécificité anglaise. Sur la base d'actions à finalité récupératoire, se sont développées depuis le Moyen Âge des règles propres aux contrats (parfois limitées à un seul type de contrat) qui paraissent plus hétérogènes et moins affinées que celles du *jus commune*. Au XVIII<sup>e</sup> siècle encore, les hésitations de Blackstone en témoignent, il n'y a pas à proprement parler de théorie générale des obligations en droit anglais : peu de développements sur les vices du consentement, une notion de faute encore imparfaitement dégagée, le principe du *caveat emptor* qui s'oppose souvent à la garantie par le vendeur des vices cachés. Pourtant, par le déploiement et la généralisation de l'action d'*assumpsit*, la force obligatoire a été reconnue à tous les engagements verbaux (à côté des documents scellés et des contrats pour lesquels le *Statute of Frauds* de 1677 a requis la forme écrite), sous la condition relativement

peu contraignante d'une *consideration*, contre-prestation, proche de la cause. Sous l'influence des penseurs jusnaturalistes, relayés par Hobbes et Locke, une conception consensualiste des rapports contractuels s'est affirmée et le droit de la responsabilité délictuelle (*tort*) a été rendu plus perméable à la notion de faute (*negligence*)<sup>1</sup>. Même pour une institution aussi typique que le *trust*, mêlant droits réels et personnels – le *trustee*, investi de la propriété du *trust*, doit respecter en *equity* l'intérêt du bénéficiaire –, existent des points de contact avec la doctrine romaniste en matière de substitutions ou de fiducie.

Les analogies entre droit anglais et droits continentaux sont notables à travers plusieurs règles admises au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'indissolubilité du mariage dans une Église anglicane ayant conservé les règles du droit canon, l'incapacité de la femme mariée (dite femme sous la « couverture » de son baron, réputée ne former qu'une personne avec son mari), la limitation du pouvoir des pères par une majorité émancipatrice fixée à vingt et un ans, l'institution du douaire (*dower*) en faveur du conjoint survivant ou une dévolution successorale des meubles assez proche de celle du droit romain. Par le *Marriage Act* de 1753 et l'évolution procédurale, le droit anglais du mariage s'est rapproché à la fois du droit français (avec l'exigence légale d'une célébration religieuse publique et du consentement parental au mariage des mineurs) et de celui des pays protestants (du fait de l'admission exceptionnelle, en cas d'adultère de la femme, de divorces prononcés par le Parlement). Il n'empêche que le *common law* se singularise par l'absence de légitimation et d'adoption, la transmission des immeubles (*real property*) en vertu de la primogéniture et de la masculinité, et surtout une liberté testamentaire

---

1. D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 164.

sans limites ignorant toute forme de légitime ou de réserve. Développé sur des bases procédurales différentes, le droit anglais a acquis une identité nationale, reposant sur des règles de forme et de fond « indigènes », s'avancant davantage que les droits continentaux dans la voie de l'éclatement d'un modèle commun fondé sur l'héritage romano-canonique. Les spécificités sociales et politiques de l'Angleterre participent, de manière encore plus visible, à cette affirmation des particularismes à l'œuvre dans toute l'Europe.

### Serviteurs et maîtres du droit

Avec un pluralisme des sources, une place importante laissée à la tradition savante et un enchevêtrement des ressorts, l'ancien droit apparaît plein d'arcanes pour les profanes. Même si l'action législative des États ne cesse de se développer – avec ses effets centralisateurs et unificateurs –, il s'agit d'un « droit des juristes » (*Juristenrecht*), offrant de larges marges d'appréciation aux juges et au sein duquel subsistent des normes n'émanant pas directement de l'État. Cette situation, très éloignée de la structure hiérarchisée des ordres juridiques actuels, confère un réel pouvoir aux juristes qui, dans la conception romaniste, se considèrent comme les prêtres du droit. Le maintien d'institutions seigneuriales et l'existence d'ordres privilégiés ou de classes dominantes amènent cependant à s'interroger sur les ressorts sociaux de cet ancien droit.

#### *Les oracles du droit*

L'application et l'interprétation de l'ancien droit dépendent, au premier chef, des juges et plus particulièrement des cours supérieures qui se sont développées dans chaque État. Un principe de droit pénal alors

largement reconnu veut que les peines soient « arbitraires » : les magistrats ne sont pas, en principe, autorisés à créer des peines inusitées ou à juger par caprice, mais ils ont le pouvoir d'aggraver ou d'atténuer les sanctions en l'absence de textes législatifs complets et rigides. Dans tous les domaines de l'ancien droit, les juges disposent d'une grande latitude pour déterminer la règle applicable au litige. Les cours de Westminster en Angleterre (avec seulement douze juges siégeant à Londres quand ils ne sont pas en tournée dans les comtés pour tenir des assises avec les jurys), les treize parlements du royaume de France (regroupant plus d'un millier de magistrats avec les autres *cours souveraines* jugeant en dernier ressort), le Grand Conseil de Malines en Belgique, le *Hoge Raad* compétent pour la Hollande et la Zélande, les sénats et tribunaux suprêmes dans les divers États italiens, les *Audiencias* espagnoles, le *Reichskammergericht* dans le Saint Empire ont développé une jurisprudence répandue par des recueils souvent compliqués par l'absence de motivation des arrêts. Tout en tenant compte de la diversité des organisations judiciaires – centralisée et de dimension très limitée en Angleterre, alors que le *Reichskammergericht*, jugeant moins de cent procès par an, voit son rayonnement réduit face à l'essor des tribunaux propres à chaque principauté allemande –, l'influence unificatrice de ces cours suprêmes s'exerce sur l'ensemble des juridictions locales ou spécialisées. Rien qu'en France, on estime à plusieurs dizaines de milliers le nombre des juges (en incluant les juges seigneuriaux) au XVIII<sup>e</sup> siècle. Autour des grands palais de justice gravitent les avocats – dont l'organisation corporative est souvent rattachée à ces cours, ainsi l'ordre des avocats au Parlement de Paris organisé à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle ou les quatre *Inns of Court*, collège regroupant à Londres les *barristers* –, les procureurs ou *solicitors* chargés de postuler pour les parties, tandis que les huissiers et les notaires

présents dans les pays de tradition romaniste dépendent plutôt des juridictions les plus proches. Des liens étroits unissent les magistrats à la doctrine, contribuant à l'existence d'une opinion commune des jurisconsultes qui, malgré ses contours flous, tient une place non négligeable parmi les « autorités » du droit.

Tous ces juristes partagent une formation commune. Sur le continent européen, les facultés de droit ont tissé depuis l'époque médiévale un réseau plus ou moins dense : autour d'une trentaine d'universités en Allemagne (dont la moitié de créations nouvelles au XVII<sup>e</sup> et au XVIII<sup>e</sup>) et en Espagne, une vingtaine en France comme en Italie, cinq aux Pays-Bas, trois en Scandinavie et les quelques universités de l'Est de l'Europe (Prague, Vienne, Cracovie, Moscou et Lemberg, ces deux dernières créées au XVIII<sup>e</sup> siècle). Ces établissements dispensent une formation centrée sur les droits savants (droit romain et droit canonique) qui fait l'objet, au XVIII<sup>e</sup> siècle, de critiques répétées à l'égard d'un contenu jugé insuffisant ou dépassé et de tentatives de réforme, avec notamment l'introduction de l'enseignement du droit national en France ou en Espagne. En principe, les magistrats des cours supérieures et les avocats sont diplômés de ces universités. En France, par exemple, la législation royale leur impose la possession de la licence en droit. Il faut sans doute atténuer la portée de cette exigence par la facilité avec laquelle s'obtiennent certains diplômes et, dans tous les pays, par la fréquence moindre des universitaires parmi les juges inférieurs ou les praticiens comme les procureurs et les notaires. L'Angleterre se singularise par le faible rôle en matière juridique de ses deux seules universités, Oxford et Cambridge, et par l'originalité des *Inns of Court*, sortes de clubs qui ont pratiquement perdu toute fonction pédagogique au XVIII<sup>e</sup> siècle : il n'est pas requis de diplôme en droit pour devenir *barrister*, alors même que les juges sont choisis

parmi les avocats chevronnés. La formation sur le tas a un caractère encore plus artisanal pour les *solicitors*. En Angleterre, comme sur le continent, un fort esprit de corps unit cependant les juristes partageant des savoirs communs.

Sur la base de cette communauté de références techniques et intellectuelles, faut-il considérer que les juristes forment un état ou une classe ? La magistrature et, dans une moindre mesure, le barreau sont traversés par la division fondamentale de la société d'Ancien Régime entre nobles et roturiers. En France, les juges royaux sont des officiers bénéficiant de la vénalité et de l'hérédité de leur charge, un système quasiment unique en Europe. Les parlementaires appartiennent à la noblesse de robe : non seulement leur office est anoblissant, mais les parlements se sont presque tous fermés aux candidats roturiers. Dans les tribunaux inférieurs, des nobles sont également juges, mais les roturiers siègent en majorité. En Allemagne, les juristes nobles occupent la moitié des sièges du *Reichskammergericht* et ils sont présents dans d'autres juridictions, voire parmi les avocats. Les hauts magistrats du Portugal sont de grands seigneurs. En Angleterre, les juges supérieurs appartiennent à l'aristocratie et à la *gentry*, tandis que deux tiers des avocats sont bourgeois. Les juges de paix – plus de huit mille non-salariés en 1761 – ont de moins en moins souvent une formation en droit et se recrutent dans la *gentry*, parmi les *clergymen* et les manufacturiers. Loin de former un quatrième ordre homogène et autonome, les juristes sont liés, dans toute l'Europe, à la société d'Ancien Régime – beaucoup font fonction de juges seigneuriaux ou conseillent les seigneurs, quand ils n'ont pas acquis eux-mêmes des seigneuries – en même temps qu'ils participent à la bureaucratisation des États. La constitution en France d'un groupe quantitativement important d'avocats – au moins cinq mille avec une forte croissance au

XVIII<sup>e</sup> siècle – issus de la bourgeoisie et revendiquant l'indépendance du barreau a probablement été un facteur révolutionnaire.

### *Seigneurs, privilégiés et gentlemen*

En dépit du déclin face à l'État des institutions proprement féodales – déjà inégalement implantées –, le régime foncier de l'Europe du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle est encore marqué par le poids du pouvoir seigneurial<sup>1</sup>. Les charges qui pèsent sur les paysans sont plus lourdes dans l'Est du continent que dans l'Ouest et le Sud. En Russie, le servage s'est renforcé depuis le XVII<sup>e</sup> siècle : les serfs liés à des propriétaires privés sont incapables juridiquement, fixés héréditairement à la terre et soumis à de lourdes corvées et redevances, tandis que les paysans d'État disposent d'une liberté toute relative, restreinte en matière de circulation et de travail. Dans les régions à l'est de l'Elbe (Prusse, Bohême, Moravie, Pologne, Hongrie) et dans une partie de la Scandinavie (Danemark et Centre de la Suède, avec de pesantes corvées) prédominent de grands domaines seigneuriaux (*Gutsherrschaft*) ; les paysans, dans un état héréditaire de demi-servage, ne disposent de leur tenure qu'à titre viager et sont astreints à de lourdes corvées auxquelles s'ajoutent des services domestiques pour les enfants. Dans l'Allemagne de l'Ouest et du Sud, le système de la *Grundherrschaft* se limite de plus en plus à la perception de redevances par les seigneurs sur leurs tenanciers libres, qui ont des droits héréditaires comparables, selon les cas, à ceux de propriétaires « utiles », d'emphytéotes ou de métayers. Les contrastes sont également vifs en France, entre les pays où subsistent des vestiges du servage (la mainmorte en

---

1. *L'Abolition de la « féodalité » dans le monde occidental*, Paris, CNRS, 1971, 2 vol.

Bourgogne et en Franche-Comté), où le poids des redevances reste fort (jusqu'à 20 % du produit de la terre), et d'autres où le prélèvement féodal est devenu très faible. En tenant compte de la variété des situations locales, on peut également parler d'un pouvoir seigneurial dégradé aux Pays-Bas (particulièrement en Belgique et dans une partie des Provinces-Unies), au Portugal (notamment dans le Sud), en Espagne (où les rentes seigneuriales sont souvent minces et où de nombreux seigneurs recourent à l'affermage temporaire de leurs terres) et en Italie du Nord (dans la plaine padane, en Vénétie, en Piémont, les charges féodales sont réduites à peu de chose, alors que dans le Sud elles restent lourdes). La situation anglaise est spécifique en raison de la soumission de toutes les terres au droit éminent du roi, directement pour les tenures de *freehold*, indirectement pour celles de *copyhold* dépendant des manoirs seigneuriaux, du faible poids des redevances et de l'expropriation massive de la classe des paysans propriétaires sous l'effet combiné du développement des *enclosures* mettant fin aux usages collectifs sur les biens communs et d'un capitalisme agraire utilisant à plein les contrats de ferme.

Presque partout en Europe se maintient un réseau complexe de juridictions seigneuriales – pas moins de soixante-dix mille en France –, avec certes des compétences réduites (au premier ressort, parfois dans le seul domaine civil), mais un pouvoir non négligeable. L'oppression seigneuriale – qui peut être accentuée, comme en France, par des phénomènes de « réaction féodale » – est de plus en plus mal supportée par les paysans, et plusieurs souverains interviennent à partir des années 1760 pour soulager leurs sujets : le roi de Prusse transforme les corvées en rentes dans les domaines de la Couronne, Joseph II abolit le servage dans les provinces orientales de la monarchie habsbourgeoise, les droits seigneuriaux sont déclarés rachetables en Savoie à partir de

1771 et en 1787-1788, une vaste réforme agraire transforme les tenanciers danois en propriétaires. Il n'en reste pas moins qu'en 1789, les paysans européens ne sont maîtres que d'une petite partie de la terre et dépendent de grands propriétaires dans un système foncier inégalitaire où les positions fortes des ordres privilégiés cohabitent avec les progrès du capitalisme agraire.

Sans se confondre avec cette persistance du régime seigneurial – certains bourgeois ont acquis des domaines avec les prérogatives qui y sont attachées –, la puissance des ordres privilégiés fait également partie des structures sociales et juridiques communes à une grande partie de l'Europe. Dans tous les pays catholiques, l'Église bénéficie de privilèges (soumission des clercs au droit canon et à la juridiction ecclésiastique, exemptions d'impôts), perçoit la dîme sur les terres et possède elle-même un patrimoine souvent étendu. La noblesse constitue le premier ordre dans les États. Avec un nombre réduit de familles (vingt mille en Prusse, cent vingt mille à trois cent cinquante mille membres selon les évaluations en France, plus de quatre cent mille en Hongrie), elle jouit de privilèges honorifiques, judiciaires et fiscaux : droit aux titres et aux armoiries, préséances, jugement par des tribunaux supérieurs, peines spécifiques (souvent l'exemption de la torture, la décapitation en cas de condamnation capitale), exemption de nombreux impôts (la taille en France, le *servicio* en Espagne). Sans disposer d'un droit civil propre, les nobles se voient souvent appliquer des règles spécifiques en matière de mariage (avec la sanction des mésalliances en Prusse), d'émancipation, de tutelle, parfois de régime matrimonial ou successoral (par exemple, en Luxembourg et en Hainaut). Si le droit d'aînesse ne s'applique le plus souvent qu'aux fiefs, la pratique des majorats (d'abord en Espagne et en Italie) et des fidéicommiss (en France, dans les Pays-Bas méridionaux, dans les Provinces-Unies, dans les pays

scandinaves, dans l'Empire des Habsbourg) permet aux familles nobles et parfois aux plus riches des roturiers de transmettre leur patrimoine de génération en génération selon un principe de substitution au profit d'un héritier, le plus souvent l'aîné mâle. La noblesse ne constitue jamais un ordre complètement fermé (l'anoblissement par lettres ou par charges est connu en Allemagne, en France, en Espagne) ou homogène (les *hidalgos* ou les hobereaux sont bien moins fortunés que les ducs ou les magnats) et elle a été réduite à l'obéissance par les souverains, particulièrement en France ou en Prusse, mais elle conserve une suprématie sociale qui s'impose aussi dans le monde du droit et des juristes.

L'élite sociale anglaise, à la fois réduite en nombre (il est question de quinze à vingt mille familles) et ouverte à de nouveaux venus, se distingue par la faiblesse des authentiques privilèges – le droit des *lords* et de leurs familles d'être jugés par leurs pairs, les titres en principe transmis à l'aîné, les armoiries – et la complexité d'une noblesse regroupant l'aristocratie des pairs (détenant autour de 20 % des terres), les baronets et chevaliers tous créés par le roi, enfin les *squires* appartenant à la *gentry*. Cette dernière catégorie, unie par le mode de vie, comprend de riches propriétaires fonciers et des *gentlemen* plus modestes qui peuvent se livrer à diverses professions, notamment dans le domaine du droit. Grâce à l'interprétation souple du droit de dérogeance, connu dans plusieurs pays continentaux, l'aristocratie anglaise s'intéresse aux activités commerciales ou industrielles : en Angleterre, ce n'est plus un ordre de privilégiés, mais une oligarchie ploutocratique qui est maître du droit.

## Formes et fonctions de l'État d'Ancien Régime

Les structures politiques de l'Europe des Lumières apparaissent marquées, à première vue, par l'hétérogénéité qui sépare les régimes monarchiques et les républiques (les

Provinces-Unies, les cantons suisses, Gênes et Venise), les pays parvenus à un stade déjà avancé d'unité nationale (France, Grande-Bretagne, Espagne, Portugal) et les structures multinationales avec des territoires soumis à une domination étrangère (les possessions habsbourgeoises en Europe centrale, dans les Pays-Bas méridionaux, en Lombardie et à Mantoue), plus encore les grandes puissances capables de participer au concert européen en alignant d'importantes forces armées (France, Grande-Bretagne, Espagne, Prusse, Autriche, Russie, royaume sarde, Deux-Siciles, Suède) et les petits États de la péninsule italienne (Parme, Modène, Toscane notamment) ou du Saint Empire, sans compter la Pologne destinée à perdre son indépendance. L'Ancien Régime politique présente néanmoins des caractères communs : partout s'est bâtie, à l'époque moderne, une puissance étatique fondée sur la souveraineté législative, mais encore entravée à des degrés divers par le poids des privilèges, des ordres et des organes représentatifs ou prétendus tels. Et si les États les plus forts sont largement orientés, notamment dans leurs dépenses, vers la préparation ou la conduite de la guerre (et, pour plusieurs d'entre eux, vers la domination coloniale<sup>1</sup>), ils ont tous développé un appareil judiciaire et administratif pour remplir les missions jugées essentielles en matière de justice, police et finances.

### *Le pouvoir souverain et ses limites*

Selon les principes mis en lumière par Jean Bodin à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, les États de l'époque moderne se caractérisent par une puissance souveraine, reconnue la

---

1. Les rapports juridiques entre métropoles et colonies ont joué un rôle non négligeable dans le développement de la hiérarchie des normes et dans le contrôle par les juges des actes de la législation déléguée aux colonies : Philip Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

plupart du temps à un monarque et trouvant sa manifestation la plus éclatante dans le pouvoir de faire et de casser la loi, auquel peuvent être rattachées les prérogatives militaires et fiscales. La monarchie dite absolue, qui s'est particulièrement affirmée en France sous Louis XIV, est paradigmatique de cet État moderne. Tirant sa légitimité du sacre, le roi de France a réussi à réunir tous les attributs de la souveraineté : il est la loi vivante, la source de toute justice, il dispose du monopole de l'usage de la force armée et décide seul des impôts perçus sur ses sujets. Non seulement il a considérablement réduit et placé sous son contrôle les justices seigneuriales, mais il a pratiquement éliminé les organes de concertation dans lesquels pouvaient s'exprimer les revendications des ordres : les états généraux n'ont pas été réunis de 1614 à 1789, les états provinciaux ne subsistent que de manière restreinte, la noblesse assujettie par le système de la Cour n'est plus en mesure de s'opposer collectivement à la volonté royale. Ce tableau doit être nuancé dans la mesure où la monarchie française reste liée aux privilèges, aux ordres et aux corps qui assignent des limites de fait à l'absolutisme : le clergé de France a conservé ses assemblées générales et la possibilité de négocier le don gratuit, la patrimonialité des offices pleinement reconnue depuis 1604 a généré un fort esprit d'indépendance de la part des juges et des administrateurs, les parlements se sont servis de leur droit d'enregistrer la législation royale pour revendiquer le rôle de porte-parole de l'opinion et développer une forme d'opposition à la toute-puissance royale.

Le « modèle » français a été admiré et imité dans une grande partie de l'Europe. Depuis Philippe V, les Bourbons d'Espagne ont renforcé l'absolutisme dans un royaume encore composite au début du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ils ont notablement réduit les libertés locales (*fueros*) de

Valence, de l'Aragon et de la Catalogne, et ne convoquent plus les *Cortès* générales que pour des cérémonies protocolaires. Les réformes des « ministres éclairés » accentuent cette orientation centralisatrice – avec notamment la diminution des pouvoirs des officiers municipaux, propriétaires de leurs charges –, même si les structures d'Ancien Régime (l'Inquisition, la noblesse puissante malgré la forte diminution du nombre de ses membres, la *Mesta* regroupant les éleveurs de moutons) freinent ce déploiement de la puissance étatique. Des évolutions comparables se rencontrent dans les Deux-Siciles, où règnent des Bourbons tentant timidement de restreindre les juridictions seigneuriales et les exemptions fiscales, au Portugal, où la monarchie nationale restaurée sur des bases contractuelles en 1640 ne réunit plus les *Cortès* et affaiblit les autonomies municipales, et en Piémont-Savoie, où les états généraux ont disparu alors que le roi réforme la fiscalité avant d'ordonner le rachat des droits seigneuriaux. L'absolutisme s'est également établi depuis 1660 au Danemark aux dépens du Conseil, jusque-là dominé par la noblesse et en faveur d'une bureaucratie d'officiers.

Dans plusieurs de ces États – par exemple au Portugal avec le ministre Pombal (1755-1777) –, le despotisme éclairé est venu appuyer, au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, les tendances absolutistes. C'est surtout en Europe centrale et orientale que l'esprit réformateur des Lumières a servi d'aliment (et, pour partie, d'alibi) au renforcement du pouvoir étatique. Dans la jeune monarchie prussienne – l'Électeur du Brandebourg s'est proclamé roi en 1701 pour ses territoires situés en dehors de l'Empire –, le processus de développement de la justice, avec un tribunal d'appel unique pour toute la monarchie à partir de 1703, de l'armée, de la fiscalité, avec l'impôt direct de la *Kontribution*, et de l'administration a été amplifié par la volonté de Frédéric II (1740-1786). S'affirmant comme

le premier serviteur d'un État prenant ses distances avec la religion, le roi de Prusse a cherché à développer l'encadrement législatif de toute la société. La noblesse prussienne a été enrégimentée, mais aussi associée à cette politique. Les Habsbourg se sont eux aussi efforcés, sous Marie-Thérèse (1740-1780) puis sous son fils Joseph II (1780-1790), de rationaliser l'administration de leurs multiples possessions et de la soustraire à l'influence des *Stände* (ordres). Des progrès ont été accomplis vers l'unité – le remplacement des chancelleries de Bohême et d'Autriche par un directoire et une cour suprême de justice uniques, puis la création d'un Conseil d'État pour les affaires des pays héréditaires –, mais les particularismes locaux ont été maintenus, avec des commissions émanant des États qui conservaient le droit d'approuver les levées d'impôts, ou en Hongrie des comitats élus par la noblesse. En Russie, Catherine II réforme le Sénat en limitant les prérogatives de cet organe collégial au profit d'un gouvernement personnel. Les vellétés réformatrices, inspirées par les Lumières, se manifestent enfin dans de nombreux États italiens (Toscane, duché de Modène, Parme-Plaisance et même dans les États du pape), conduisant au renforcement des structures judiciaires et administratives, mais se heurtant toujours aux privilégiés, particulièrement en matière de cadastre et de fiscalité.

Le pouvoir souverain des princes rencontre encore plus d'obstacles dans le cadre du Saint Empire romain de la nation germanique. Sous la direction de l'empereur Habsbourg, le Saint Empire demeure une structure extraordinairement complexe réunissant plus d'un millier d'unités politiques : une quinzaine de ducs et comtes à la tête d'ensembles territoriaux plus ou moins homogènes, des princes ecclésiastiques, une cinquantaine de

viles libres dotées de leur propre gouvernement et environ quatre cents chevaliers, des seigneurs rattachés directement à l'empereur sans la médiatisation des États. Les institutions impériales ont un pouvoir faible : le *Reichskammergericht* siégeant à Wetzlar ne tranche qu'un petit nombre de litiges et la Diète (*Reichstag*) de Ratisbonne n'est qu'une assemblée d'ambassadeurs. Les États princiers de l'Allemagne « moyenne » cherchent à se consolider en dépit de difficultés tenant à leur taille (et donc à leur capacité militaire) et au poids des privilèges. En Wurtemberg, le duc, alors catholique dans un pays protestant, doit accepter en 1770 de partager le pouvoir avec la commission du *Landtag* représentant l'élite nobiliaire et urbaine. En Saxe, en Hanovre et même en Bavière, les souverains composent avec les *Stände* pour lever des impôts. Quant aux villes libres de l'Empire, elles sont dominées par des oligarchies et restent largement à l'écart du mouvement de construction de l'État, au même titre que les cités au gouvernement aristocratique de Venise et de Gênes en Italie. L'absolutisme a été également tenu en échec en Pologne, où le roi élu dépend de la noblesse et de la Diète, en Suède, où les libertés obtenues par la noblesse en 1720 donnent une grande influence à une assemblée représentative des ordres, et aux Provinces-Unies, où les états généraux des sept provinces disposent d'un faible pouvoir face aux *Stathouders* de la maison d'Orange et surtout à l'oligarchie urbaine des régents.

Si des organes représentatifs sont maintenus dans plusieurs pays, la Grande-Bretagne (depuis l'union en 1707 de l'Angleterre et de l'Écosse) est la seule à s'être engagée dès le XVIII<sup>e</sup> siècle dans la voie du régime parlementaire. Depuis la Glorieuse Révolution et le *Bill of Rights* (1689), davantage encore à partir de l'*Act of Settlement* (1701) réglant l'avènement de la maison de Hanovre, la monarchie anglaise repose sur des bases contractuelles (le pouvoir royal est comparé à un *trust*) et la souveraineté

appartient conjointement au roi et au Parlement. Composé de la Chambre des lords – 174 pairs à l'avènement de George III auxquels ce roi ajoute 47 nouveaux pairs – et de la Chambre des communes – dont les 558 députés sont choisis tous les sept ans par 160 000 électeurs censitaires des comtés et 85 000 électeurs des bourgs qui désignent le plus grand nombre de députés, sans relation aucune avec la population de ces bourgs –, le Parlement vote les lois, arrête la levée des impôts et décide chaque année en temps de paix du maintien de l'armée. Dans la pratique, le roi a renoncé à son pouvoir de veto depuis 1707 et choisit ses ministres (le premier lord du Trésor qui est en général le « Premier ministre », les deux secrétaires d'État, le chancelier) parmi les membres des chambres. Le cabinet a ainsi été dirigé par Walpole de 1721 à 1742, date de sa démission un an après une tentative de vote de défiance ; en 1782, North est le premier chef d'un cabinet véritablement renversé par le Parlement. En dépit d'un suffrage inégalitaire (avec le phénomène des « bourgs de poche » très peu peuplés et l'influence de l'aristocratie sur les communes) et d'une corruption endémique, la Grande-Bretagne est en train de passer de l'Ancien Régime au parlementarisme moderne.

### *Justice, police et finances*

Première prérogative régaliennne au Moyen Âge, la justice demeure une fonction essentielle des États d'Ancien Régime. Sous la forme de la justice retenue en France et en Espagne, ou de la justice de cabinet en Prusse ou en Autriche, le souverain conserve le pouvoir de gracier, de faire annuler des jugements (en général par l'intermédiaire d'un conseil) et d'intervenir dans des procédures, comme Frédéric II dans l'affaire du meunier Arnold. Partout la justice étatique continue à progresser au

XVIII<sup>e</sup> siècle par rapport à la justice ecclésiastique (en participant à un mouvement général de sécularisation limitant les droits des Églises) et à la justice concédée aux seigneurs ou aux municipalités. Face à un pluralisme institutionnel caractérisé par un enchevêtrement des ressorts juridictionnels et des compétences matérielles – avec la multiplication des tribunaux d'exception –, les princes ont cherché à rationaliser l'appareil judiciaire en uniformisant les règles de procédure. Sur le continent européen, cette politique a été particulièrement développée en matière pénale avec la publication de toute une série de textes législatifs, depuis la *Caroline* de Charles Quint (1532, avec une valeur de droit supplétif dans l'Empire et de nombreuses imitations) jusqu'à l'ordonnance de 1670 en France et les versions successives de la *Kriminalordnung* en Prusse. Ce déploiement législatif a consacré les progrès de la procédure inquisitoire, donnant l'initiative et de larges pouvoirs d'instruction aux juges, avec le recours aux interrogatoires secrets et à la *question*, la torture destinée à arracher des aveux pour répondre aux exigences de la théorie dite des preuves légales.

Si le droit anglais se singularise par une procédure de type accusatoire, reposant sur le rôle actif de la victime et l'emploi d'un double jury – grand jury de douze à cinquante membres pour décider ou non du procès (*trial*) devant le petit jury de douze membres qui prononce son verdict à l'unanimité –, il est marqué au XVIII<sup>e</sup> siècle par une forte volonté répressive (le nombre des statuts prévoyant la peine de mort a été multiplié par quatre, formant le *Bloody Code*) ainsi que par l'influence des juges et des notables sur les jurés. L'État moderne veut manifester son pouvoir par le spectacle de la peine de mort et par une intimidation d'autant plus frappante pour les esprits qu'un grand nombre de criminels ne sont

pas arrêtés ou punis. La cruauté des supplices (pendaison, décapitation, roue, l'écartèlement de Damiens en 1757 pour le régicide) et la répression sévère des crimes politiques et religieux (le chevalier de La Barre exécuté pour sacrilège en 1766, l'Inquisition espagnole ou portugaise encore actives contre les judaïsants) témoignent toujours, au XVIII<sup>e</sup> siècle, de cette instrumentalisation de la justice pénale par le pouvoir. La rigueur commence toutefois à reculer sous l'influence des Lumières : les derniers procès de sorcières ont lieu en Allemagne et en Suisse, la torture est abolie à Genève, en Prusse, en Autriche, en Toscane et, dans les dernières années de l'Ancien Régime, en France, le nombre d'exécutions capitales a tendance à diminuer tandis que se développent de nouvelles peines (les galères puis le bague sur le continent, la transportation aux colonies en Angleterre).

La place accordée à la justice dans les fonctions étatiques continue également à se manifester dans le fait que les juges disposent de nombreuses compétences administratives : les juges municipaux ou locaux participent à la police des marchés, de la santé publique ou du vagabondage ; les cours supérieures, comme les parlements en France, prennent des arrêts de règlement pour maintenir l'ordre public ; les juges de paix anglais sont les principaux administrateurs à l'intérieur des comtés. Depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, la « police » se distingue mieux de la justice : en France ont été institués, à Paris puis dans plusieurs villes de province, des lieutenants de police pour veiller aux plus petits détails « du repos public et des particuliers », tandis qu'en Allemagne est enseignée dans les universités une science caméralistique pour rationaliser l'administration étatique. S'amorce ainsi un mouvement de séparation des compétences. En France, la monarchie est devenue plus administrative que judiciaire pour contrôler des officiers devenus trop indépendants par une superstructure centralisée de commissaires

ou de commis : le contrôleur général des finances et les secrétaires d'État avec leurs bureaux, les intendants à la tête des généralités, les corps spécialisés comme les Ponts et Chaussées ou la maréchaussée (avec des effectifs limités à trois mille hommes pour toute la France, ce qui relativise le poids de l'absolutisme). L'Espagne des Bourbons connaît également l'institution des intendants – en général des militaires – et un développement de la bureaucratie centrale. En Prusse et en Autriche, les despotes éclairés ont cherché à distinguer les organes administratifs et fiscaux des cours de justice, sans toujours réussir cette clarification <sup>1</sup>. En Angleterre, le nombre des agents royaux – autour de quinze mille – reste très modeste et ils se concentrent sur les tâches fiscales.

L'État d'Ancien Régime est une machine de guerre et de finances. Le développement de la fiscalité, s'il nécessite dans certains cas des compromis avec les organes représentatifs (par exemple, en matière de douanes, avec la Diète hongroise) et des concessions aux ordres privilégiés, provoque l'essor d'administrations centralisées ou le recours à des entreprises privées (la Ferme générale en France et dans le Milanais, la Régie en Prusse, les *asientos* en Espagne) dont l'organisation sert de modèle à la bureaucratie moderne. Pour promouvoir la production nationale et donc l'impôt, tous les États ont développé depuis le XVII<sup>e</sup> siècle une politique mercantiliste de création ou de soutien de manufactures et de compagnies de commerce. Ces mesures protectionnistes font progresser l'intervention de la puissance publique dans la vie économique et sociale : dans l'idéal d'un théoricien jurnaturaliste comme Wolff, le bien-être des sujets se confond avec le bien de l'État. Sous l'influence des physiocrates français, puis du libéralisme anglais, à la fin du

---

1. Wolfgang Reinhard (dir.), *Les Élités du pouvoir et la Construction de l'État en Europe*, Paris, PUF, 1996.

XVIII<sup>e</sup> siècle, d'autres orientations commencent à voir le jour en faveur de l'importation plus facile des textiles étrangers (en Angleterre, pour les indiennes, en 1736) ou de la libre circulation des grains (en France à partir de 1763) et contre les monopoles des compagnies coloniales ou l'organisation corporative des métiers (en Toscane, dans le Milanais, en France sous Turgot). Comme pour l'impôt foncier – avec les tentatives souvent avortées de cadastre –, les États se heurtent là aux structures sociales de l'Ancien Régime, dont ils restent largement tributaires : la rupture avec l'ancien droit n'est pas consommée avant 1789.

## L'impact révolutionnaire

« Je définis la Révolution, l'avènement de la Loi, la résurrection du Droit, la réaction de la Justice », écrivait Michelet dans l'introduction de son *Histoire de la Révolution française*. Ces propos illustrent bien l'exaltation des Français à l'égard de leur Révolution, qu'ils considèrent souvent comme la naissance d'un droit entièrement nouveau. La perspective historique et comparatiste relativise la rupture de 1789, sans pour autant la nier. Les princes réformateurs du XVIII<sup>e</sup> siècle et les despotes éclairés avaient déjà entamé les structures juridiques et sociales de l'Ancien Régime, ils avaient amorcé la sécularisation de l'État en luttant contre les privilèges des Églises (par exemple, en expulsant les jésuites), certains avaient même annoncé le règne de la loi sur des juges et des administrateurs appelés à allier l'humanité à la raison, par exemple avec le déclin ou l'abolition de la torture. Sous l'influence des Lumières et des nouvelles théories économiques s'étaient affirmées des revendications en faveur d'une séparation de la société civile et de l'État à travers la reconnaissance de libertés individuelles opposables à la puissance publique. En 1789, pourtant, la Révolution balaie ces prudentes évolutions, provoquant, en réaction, l'arrêt des réformes dans plusieurs pays. La rupture emporte ce qui est devenu l'ancien droit en

France et dans une grande partie de l'Europe. Alors que le droit révolutionnaire a été défiguré par la Terreur, puis par l'impérialisme napoléonien, avant de céder à la force des mouvements de Restauration en 1814-1815, les conquêtes révolutionnaires ont profondément marqué le droit, et même les textes apparemment dépourvus d'effet juridique de longue durée ont laissé leur empreinte. Cet impact, parti de France, a provoqué dans toute l'Europe une onde de choc qui s'est répétée et amplifiée en 1830 et en 1848, seule l'Angleterre paraissant offrir au cours de ce demi-siècle le contre-exemple d'un passage en douceur d'un ancien à un nouveau droit.

## Les conquêtes révolutionnaires

Si la Révolution française a échoué politiquement, pour aboutir après dix années et trois Constitutions – celle de 1791 établissant une monarchie constitutionnelle, la Constitution républicaine de l'an I jamais appliquée et celle de l'an III organisant le régime du Directoire – à un régime impérial de forme monarchique, elle a introduit le constitutionnalisme moderne sur le continent européen par des textes fondateurs qui ont largement rayonné en dehors de France<sup>1</sup>. En matière d'organisation étatique, la Constitution de 1791 a posé les bases d'un nouveau droit public dont les principes ont survécu pendant toute la période révolutionnaire et napoléonienne, se prolongeant même à travers les révolutions de 1830 et 1848. Dans le domaine des libertés individuelles, la Déclaration des droits de l'homme et du

---

1. Chronologiquement, la Constitution polonaise de mai 1791 précède la première Constitution française, mais sa portée a été réduite du fait de la disparition de l'État polonais, partagé entre la Prusse, l'Autriche et la Russie en 1793 et 1795.

citoyen du 26 août 1789 a entraîné dans son sillage des transformations profondes du droit et de la société civile.

### *La nouveauté des principes du droit public*

Conformément au serment du Jeu de paume, les députés aux états généraux transformés en Assemblée nationale ont élaboré, de 1789 à 1791, une Constitution qui avait pour but de « régénérer l'ordre public ». Sur la base de l'appareil conceptuel construit par Sieyès, cette première Constitution écrite de la France est fondée sur la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, supposant la supériorité de la norme constitutionnelle, difficilement révisable, sur les lois ordinaires. La souveraineté, tout en conservant ses caractères d'unité, d'indivisibilité, d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, appartient désormais à la nation. La rupture est totale avec la monarchie absolue, le *Roi des Français* doit prêter serment de maintenir la Constitution, il ne règne que par la loi et les constituants l'ont présenté comme le premier fonctionnaire de l'État. Les textes constitutionnels n'ont pas donné de définition de la nation – dans laquelle Sieyès voyait un « corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par la même législature » –, mais ils ont affirmé le caractère représentatif du régime, la nation ne pouvant exercer ses pouvoirs que par délégation. La Constitution républicaine de l'an I parle de « souveraineté nationale » (art. 23 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793), même si elle proclame que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ». La Constitution de l'an III affirme encore, en 1795, que « l'universalité des citoyens français est le souverain » et l'idée de souveraineté de la nation est toujours présente à l'époque consulaire et impériale. La distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, développée par les constitutionnalistes

postérieurs, n'a pas été perçue par les révolutionnaires français. Le principe premier, rejeté par la Charte octroyée en 1814 puis réintroduit dans le droit public français à la faveur de la Charte contractuelle de 1830, est resté celui de la souveraineté nationale.

Le régime électoral a connu, en revanche, de nombreux changements pendant la Révolution. La Constituante a opté pour un suffrage censitaire, à deux degrés, sur la base de la distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs. Excluant 2,7 millions de citoyens du droit de vote, ce système était en recul par rapport aux modalités d'élection des députés aux états généraux. Le suffrage universel a été institué en 1792 et pratiqué (avec un taux très élevé d'abstention) pour les élections à la Convention qui le consacra dans la Constitution de 1793. Mais la Constitution de 1795 réintroduit un suffrage censitaire – plus large à la base qu'en 1791, mais plus étroit au deuxième degré –, avant que le sénatus-consulte de l'an X ne crée des collèges électoraux composés de notables fortunés. La Révolution n'a pas créé un droit électoral homogène et des procédures de vote offrant toutes les garanties, mais elle a lancé l'idée du suffrage universel qui triompha en France en 1848 et devint dans toute l'Europe la revendication des démocrates.

Le constitutionnalisme révolutionnaire est fondé sur la primauté du pouvoir législatif, à tel point qu'il fallut la pression des circonstances de guerre et de l'autoritarisme post-thermidorien pour établir un gouvernement révolutionnaire, puis pour accroître au profit du Directoire les prérogatives reconnues à l'exécutif, enfin pour reconnaître l'existence d'un véritable « gouvernement » avec le monopole de l'initiative législative à partir de la Constitution de l'an VIII. La Révolution de 1789 a suscité en France, puis dans de nombreux pays, un culte de la loi : considérée comme la principale, sinon la seule,