

La tradition romaniste, une espèce menacée ? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait

Anne-Françoise Debruche

Volume 56, Number 1, March 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1028954ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1028954ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Debruche, A.-F. (2015). La tradition romaniste, une espèce menacée ? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait. *Les Cahiers de droit*, 56(1), 3–33. <https://doi.org/10.7202/1028954ar>

Article abstract

The Romanist, or civil law, legal culture traditionally conceives of law as a fully-fledged science. As a result, the legal research model is characterized by a degree of independence in terms of both the concrete benefits expected from the research and the links with other sciences. However, this Romanist legal culture is implicitly unknown and unrecognized in North America, including Québec, which is influenced by a profoundly different legal culture, the common law culture, in which law never became an actual science and remained organically linked to judicial activities. Legal research in common law countries constantly seeks justification, whether for its immediate concrete usefulness or for its objects. A surprising text by John Merryman illustrates this ongoing misconception and contrasts the two research models.

La tradition romaniste, une espèce menacée ?

Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait

Anne-Françoise DEBRUCHE*

La culture juridique romaniste, dite aussi de « droit civil », conçoit traditionnellement le droit comme une science (humaine ou autre) à part entière. Le modèle de recherche qui en découle se caractérise par une certaine forme d'indépendance, à la fois par rapport aux retombées concrètes attendues de la recherche, mais aussi par rapport aux autres sciences. Or, cette culture juridique romaniste est implicitement méconnue et désavouée en Amérique du Nord, y compris au Québec qui subit ici l'influence d'une culture juridique profondément différente, celle de la common law, où le droit n'est jamais devenu une science proprement dite et est toujours demeuré lié de façon organique à l'activité judiciaire. Par suite, la recherche en droit dans les pays de common law est toujours en quête de justifications, tant quant à son utilité concrète immédiate que sur son propre objet. Un texte étonnant de John Merryman permettra d'illustrer ce malentendu persistant et de contraster ces deux modèles de recherche.

* Professeure agrégée, section de droit civil law, Université d'Ottawa. L'auteure tient aussi à remercier Robert Jacob, médiéviste et directeur de recherche au CNRS, Alain-François Bisson et Charles-Maxime Panaccio, professeurs à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, pour avoir relu et commenté ce texte. Que tous les collègues qui ont exprimé des commentaires, ou partagé leur vision de la common law et du droit civil lors des conférences auquel il a donné lieu à Genève et à Ottawa, soient également remerciés chaleureusement pour leur contribution.

The Romanist, or civil law, legal culture traditionally conceives of law as a fully-fledged science. As a result, the legal research model is characterized by a degree of independence in terms of both the concrete benefits expected from the research and the links with other sciences. However, this Romanist legal culture is implicitly unknown and unrecognized in North America, including Québec, which is influenced by a profoundly different legal culture, the common law culture, in which law never became an actual science and remained organically linked to judicial activities. Legal research in common law countries constantly seeks justification, whether for its immediate concrete usefulness or for its objects. A surprising text by John Merryman illustrates this ongoing misconception and contrasts the two research models.

La cultura jurídica romanista, también llamada de « derecho civil » concibe tradicionalmente al derecho como una ciencia integral (humana o de otro tipo). El modelo de investigación resultante, se caracteriza por una cierta forma de independencia vinculado a la vez con las repercusiones concretas que se esperan de la investigación, pero también relacionado con otras ciencias. Ahora bien, esta cultura jurídica romanista es implícitamente desconocida e ignorada en Norteamérica, incluso en la provincia de Quebec, la cual padece aquí de la influencia de una cultura jurídica profundamente diferente: la del derecho común, un derecho que nunca se ha convertido en una ciencia propiamente dicha, y que siempre ha estado vinculado de forma orgánica a la actividad judicial. Finalmente, la investigación del derecho en los países de derecho común se halla siempre en la búsqueda de justificaciones en cuanto a su utilidad concreta inmediata, así como a su propio objeto. Un sorprendente texto de John Merryman ilustra este persistente malentendido, e igualmente contrasta estos dos modelos de investigación.

	Pages
1 La recherche en droit civil : une science des racines autonome	8
1.1 La <i>jurisprudentia</i> romaine ou l'émergence d'une science du droit	8

1.1.1	Le droit objet d'étude à part entière	9
1.1.2	La renaissance du droit romain au Moyen-Âge.....	13
1.1.3	Les grandes codifications du XIX ^e siècle.....	17
1.2	Une orthodoxie des racines.....	19
2	La recherche en common law : une antiscience des racines.....	20
2.1	Les deux corps de la common law	21
2.2	Une orthodoxie du feuillage.....	29
	Conclusion.....	30

Pays bijuridique¹, le Canada représente de prime abord une terre d'élection pour le dialogue entre les traditions d'origine anglaise (la common law) et romaine (les systèmes dits civilistes ou romanistes²). La coexistence concrète de ces deux grands systèmes, notamment au sein de la Cour suprême du Canada, a effectivement favorisé le rapprochement de certaines règles ou méthodes, ou à tout le moins la reconnaissance de la diversité de celles-ci, la comparaison éclairant leur singularité³. Mais la compréhension du génie propre à la tradition romaniste laisse parfois à désirer, y compris au Québec dont le droit emprunte pourtant à l'une et à l'autre. À cet égard, un juriste allemand, italien ou brésilien s'étonnerait de découvrir qu'il n'est guère profitable de soumettre un projet en seul droit au Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), et qu'il convient plutôt de le mâtiner d'une autre science, humaine ou exacte, pour en renforcer les chances de succès. Il serait également surpris par le message implicite selon lequel le droit est « dépassé » en tant qu'objet d'étude, et que si celle-ci n'est

-
1. L'expression est courante et prend appui sur le droit effectivement applicable dans les provinces canadiennes. Mais son emploi ici n'implique en rien un jugement sur la pertinence des droits coutumiers ancestraux des Premières Nations, dont l'intérêt est indéniable mais extérieur au présent essai.
 2. L'épithète « romano-germanique », quoique courante dans les écrits de droit comparé par référence peut-être à l'Empire du même nom, peut aisément se passer de sa seconde partie lorsqu'on fait référence aux systèmes héritiers du droit romain. En quoi les coutumes allemandes seraient-elles pertinentes en dehors de l'Allemagne, et plus significatives que les coutumes françaises, québécoises ou italiennes ? C'est la filiation au droit romain qui regroupe les pays européens (Allemagne comprise) et ceux d'Amérique du Sud.
 3. Voir notamment : Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607 ; Ernest CAPARROS, « La Cour suprême et le Code civil », dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 107 ; Jean-Louis BAUDOIN, « La Cour suprême et le droit civil québécois : un bilan, un constat, une perspective », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), préc., note 3, p. 125.

pas inter-, trans- ou multi-disciplinaire, elle n'est qu'une simple répétition sans grand intérêt. Le juriste allemand, en particulier, serait confondu d'entendre des collègues canadiens francophones affirmer que «le droit n'est pas une science⁴», lui dont la langue maternelle désigne l'ensemble des sources directes et indirectes du droit par ce seul mot : *Rechtswissenschaft*, la science du droit.

Faisant écho à cet étonnement, nous aimerions proposer ici quelques réflexions sur la recherche en droit dans les systèmes de droit civil et de common law, sur leur génie spécifique, et sur l'incompréhension relative de la singularité de la tradition romaniste non seulement par certains juristes de common law, mais aussi par des juristes québécois influencés malgré eux par la tradition classique de common law. Le présent essai vise à montrer qu'à chacune de ces traditions correspond une certaine vision de la recherche en droit, certes parfaitement respectable et stimulante par elle-même, mais qu'une méconnaissance de ce qui représente le cœur de la tradition civiliste persiste chez maints juristes canadiens ou américains. Cette incompréhension, tant culturelle qu'historique, revêt parfois la forme extrême du jugement de valeur pseudoscientifique, et c'est sur une telle manifestation que ce libre propos s'appuiera.

Dans son article intitulé «Legal Education Here and There: A Comparison», le comparatiste américain John Merryman propose une comparaison de l'enseignement du droit aux États-Unis et dans les pays civilistes (particulièrement la France), et il conclut en affirmant : «The reader may have formed the impression by now that I consider legal education in the United States to be superior to that in most civil law universities. That is a correct impression ; ours is better⁵.»

En termes de recherche ou d'enseignement, l'épicentre du malentendu semble se situer au niveau de l'intérêt porté, dans les systèmes civilistes, au droit pour lui-même, ce que l'on appelle volontiers, en Europe continentale, la «science du droit» :

-
4. Ni même, pour certaines institutions universitaires, une discipline à part entière : Roderick A. MACDONALD, recension de *Le droit comme discipline universitaire: une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval* de Sylvio NORMAND», *Recherches sociographiques*, vol. 48, n° 1, 2007, p. 156. Certains auteurs préfèrent alors parler de «*legal scholarship*» pour éviter le problème : par exemple, Catherine VALCKE, «Legal Education in a "Mixed Jurisdiction": The Quebec Experience», (1995) 10 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 61, 96 et suiv.
 5. John Henry MERRYMAN, «Legal Education Here and There: A Comparison», (1975) 27 *Stanford L.R.* 859, 876.

In the civil law tradition, legal scholarship is pure and abstract, relatively unconcerned with the solution of concrete social problems or with the operation of legal institutions. The principal object of such scholarship is to build a theory or science of law. In its most extreme form such scholarship displays a detachment from society, people, and their problems that astonishes a common lawyer⁶.

En réalité, les juristes de droit civil de tous horizons se préoccupent très souvent des applications pratiques des règles, et savent qu'à cet égard, l'affirmation de John Merryman est largement exagérée⁷. En même temps, la prédilection des romanistes pour les concepts juridiques est indéniable, et il leur semble légitime de les étudier aussi dans l'abstrait. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir la collection des thèses françaises publiées par la Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.)⁸, de se rappeler que le droit romain matériel représente encore un excellent cours d'introduction en première année même s'il n'a plus rien de « positif », ou de constater que les manuels de droit privé brésilien les plus respectables ne traitent que des concepts « intemporels » sans référence à la jurisprudence⁹.

Pourquoi cette particularité des systèmes juridiques héritiers du droit romain étonne-t-elle à ce point les juristes de common law ? L'histoire respective de ces deux grands systèmes fournit des pistes de réflexion extrêmement intéressantes, même si elles ne sont évidemment pas les seules possibles : ce particularisme justifie la forme du libre propos plutôt que de la thèse de doctorat¹⁰. Les publicistes notamment, qui perçoivent davantage, au sein de leur discipline, une convergence entre les deux traditions, pourraient ne pas s'y reconnaître car notre regard sera concentré

6. *Id.*, 867.

7. L'imprécision, les erreurs fonctionnelles et le parti pris de John Henry Merryman dans cet article sont relevés par Juergen R. OSTERTAG, « Legal Education in Germany and the United States – A Structural Comparison », (1993) 26 *Vand. J. Transnat'l L.* 301, 302.

8. Voir ainsi parmi de nombreux titres : Julien LAURENT, *La propriété des droits*, Paris, L.G.D.J., 2012 ; Anne-Sophie LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2005 ; Florence BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, Paris, L.G.D.J., 2003 ; François PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Paris, L.G.D.J., 2002.

9. Voir, par exemple, en droit des biens, le traité classique et toujours très respecté (ne fût-que par le prestige de l'auteur qui l'actualise) d'Orlando GOMES, *Direitos reais*, 20^e éd. par L.E. FACHIN, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010, ou, dans le domaine des obligations, Regis FICHTNER, *Instituições de direito civil*, vol. 3, 16^e éd., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2012, consacré aux contrats.

10. La manière dont l'enseignement du droit s'est progressivement développé dans les universités québécoises fait évidemment partie de l'équation, puisqu'il était au départ le fait de professionnels issus de la pratique plutôt que de chercheurs/docteurs universitaires : voir notamment Sylvio NORMAND, *Le droit comme discipline universitaire : une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005.

sur ce qui les sépare au Canada : le droit privé fondamental. Par ailleurs, s'agissant d'un simple essai visant à rassembler des éléments disparates afin d'étayer un point de vue singulier, il convient d'emblée de souligner que les références historiques ne prétendent évidemment pas à l'exhaustivité substantielle ou documentaire. Il ne s'agit ici que d'explicitier des notions qui pourraient être floues, ou peu connues du lecteur.

Si le droit est un arbre vivant, et telle sera l'image retenue pour illustrer notre propos, comme une variation sur l'iconographie de l'arbre de justice¹¹, les racines en représentent les règles et concepts fondamentaux, alors que le feuillage et le tronc figurent ces règles en action, la pratique du droit que l'on retrouve dans les lois et la jurisprudence. Mais il nous paraît que là où la tradition romaniste, et la recherche qui en découle, s'appuie sur une science autonome des racines (partie 1), la common law professe de son côté une antiscience de telles racines (partie 2).

1 La recherche en droit civil : une science des racines autonome

Si le droit est un arbre, nous soutenons que ce qui caractérise la recherche juridique dans les pays de tradition romaniste est la nécessité et l'autonomie d'une science, ou plutôt d'une cartographie des racines. Nécessité, car cette étude des concepts fondamentaux est indispensable au bon fonctionnement du système et à sa pratique ; autonomie, car il semble légitime de procéder à cette étude indépendamment des considérations dictées par le droit en action. Non que la pratique du droit ne fût elle-même un objet légitime de recherche, mais son intérêt ne diminue en rien la nécessité de l'étude des racines pour elles-mêmes. Cette science des racines autonome, qui paraît étrange, voire inappropriée, aux yeux de juristes de common law comme John Merryman¹², trouve sa source dans la *jurisprudencia* romaine (1.1) et impose une orthodoxie fondée sur les racines plutôt que sur le feuillage de l'arbre « droit » (1.2).

1.1 La *jurisprudencia* romaine ou l'émergence d'une science du droit

Le mot français « science », issu du latin *scientia*, est un terme polysémique. *Le Petit Robert*, par exemple, en isole au moins deux significations

11. Image classique dans l'Europe médiévale, mais aussi dans d'autres cultures anciennes ou modernes, sous des formes parfois adaptées à l'environnement (comme les Bédouins du désert qui prêtent serment en posant la main droite sur le pilier central de la tente faisant où le litige sera tranché) : sur ce thème, et sur la christianisation de cet arbre de justice, voir Robert JACOB, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'Or, 1994, p. 39-58.

12. Voir la citation note 5.

bien distinctes, toutes deux apparues autour des XII^e et XIII^e siècles. La première renvoie à l'idée générale de connaissances étendues, exactes et approfondies, sur un sujet particulier, ainsi que le savoir-faire qui découle de ces connaissances. La seconde acception, par contre, fait signe vers la méthodologie des sciences exactes ou naturelles et désigne un « ensemble de connaissances, d'études d'une valeur universelle, caractérisées par un objet et une méthode déterminée, et fondées sur des relations objectives vérifiables¹³ ». Si l'absence d'universalité du droit, qui varie de pays en pays, l'empêche *a priori* de rencontrer les critères de la seconde, il n'en va pas de même de la première, et c'est à Rome que le droit est devenu un objet d'étude à part entière (1.1.1). La renaissance du droit romain au Moyen-Âge a donné un nouveau souffle à cette science du droit (1.1.2), qui s'est ensuite incarnée dans les grands codes civils du XIX^e siècle et leurs multiples héritiers (1.1.3).

1.1.1 Le droit objet d'étude à part entière

On a déjà pu dire que le développement historique de la common law avait recréé les différentes étapes de l'évolution du droit romain¹⁴. Ainsi, aux actions de la loi (*legis actiones*) fondées sur la *Loi des XII Tables*¹⁵ correspondrait le caractère formulaire et limité des *writs* originels, sous l'égide de l'adage *Remedies precede rights*, que l'on pourrait traduire par « s'il n'existe pas d'action en justice, il n'existe pas de droit subjectif non plus ». À la souplesse introduite par les actions prétoriennes¹⁶ répondrait en Angleterre la créativité du Chancelier et de la juridiction de l'*equity*, au même titre d'ailleurs que la *cognitio extra ordinem* romaine qui privilégiait une procédure inquisitoire à la place de la procédure accusatoire qui prévalait jusque-là¹⁷. Mais le rapprochement entre le perfectionnement de

13. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2013, s.v. « science » ; Alain REY (dir.) *Le Grand Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2001, s.v. « science ».

14. Le rapprochement figure par exemple chez Frederick Pollock et Frederick William Maitland lorsqu'ils évoquent la renaissance du droit romain en Europe continentale au Moyen-Âge : « while the other nations of Western Europe were beginning to adopt as their own the ultimate results of Roman legal history, England was unconsciously reproducing that history ». Voir Frederick POLLOCK et Frederick William MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, p. 558, cité par John H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 28.

15. Au sujet de ces dernières, voir, par exemple, Jean GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris, Sirey, 1967, p. 384-388, et aussi, pour les actions de la loi, p. 403-417.

16. *Id.*, p. 606-660.

17. Quant à cette dernière, voir *id.*, p. 778-806.

la common law et celui du droit romain s'arrête à la *jurisprudentia*, étape décisive qui a conduit, à Rome, à penser le droit pour lui-même de façon abstraite, détachée d'un litige concret bien particulier, et à en faire un objet d'étude à part entière¹⁸.

Qu'est-ce que la *jurisprudentia*¹⁹? Paradoxalement, cette nouvelle discipline renvoie davantage à ce que les juristes de droit civil désignent aujourd'hui comme la doctrine d'une part, et la théorie du droit d'autre part. Cette connaissance fondée sur l'expérience, qui permet donc d'aller de l'avant, du droit (c'est ce que signifie littéralement le mot latin) était le fait d'intellectuels agissant pour leur propre compte, désireux à la fois d'assister les juges non professionnels dans leur travail, et de réfléchir sur les règles et concepts juridiques en s'inspirant des méthodes de la philosophie grecque : « Rome n'a donc pas séparé la fonction du savant de celle du praticien²⁰. »

Les juges, en effet, n'étaient pas des juristes et rendaient une sentence fondée sur leur sens de la justice plutôt que sur des règles juridiques déterminées²¹. Les « jurisconsultes » (parce qu'avocats et juges pouvaient les consulter), ou « jurisprudents », souhaitaient systématiser davantage l'acte juridictionnel en offrant à ces juges non professionnels des outils conceptuels plus précis. Mais en même temps, l'influence de la philosophie grecque aidant²², les jurisconsultes allaient aussi réfléchir au droit pour lui-même, à des notions ressortissant à ce que nous identifions aujourd'hui comme le domaine de la théorie du droit²³ mais aussi aux concepts juridiques abstraits : la propriété, l'usufruit, le dol, l'erreur, les catégories de contrats, etc. De cette façon, ils faisaient œuvre doctrinale en élaborant un « alphabet du droit », une structure systématique et logique du droit par-delà les cas particuliers²⁴. La dualité de la mission qu'ils s'étaient donnée à eux-mêmes

18. Voir, en particulier, Aldo SCHIAVONE, *The Invention of Law in the West*, traduit par Jeremy CARDEN et Antony SHUGAAR, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

19. La mise en garde clôturant l'introduction s'applique particulièrement au résumé sommaire de cet aspect fascinant de l'histoire du droit romain : il n'est pas question ici de présenter une nouvelle étude fouillée sur la *jurisprudentia*, mais de présenter des clés aux lecteurs moins familiers avec le travail des jurisconsultes, de façon à pouvoir discuter de l'émergence d'une science du droit à Rome.

20. J. GAUDEMET, préc., note 15, p. 588 et 593.

21. *Id.*, p. 416-420.

22. Georgios MOUSOURAKIS, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 191 ; Félix SENN, *Les origines de la notion de jurisprudence*, Paris, Sirey, 1926, p. 8-40 ; Laurens WINKEL, « Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problèmes de méthode », (1997) 65 *Legal History Review* 373.

23. Dans certaines facultés de droit de common law, le cours de théorie du droit porte d'ailleurs encore le nom de « jurisprudence ».

24. L'expression est de Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, 3^e éd., vol. 1, traduit par Olivier DE MEULENAERE, Paris, Librairie A. Marecq aîné, 1886, p. 41.

(réfléchir abstraitement sur le droit et aider à la pratique de celui-ci) doit être comprise dans le sens où c'est la première branche (la réflexion sur les concepts juridiques) qui prime naturellement sur la seconde, dans le sens où la seconde n'existe pas sans elle : pour pouvoir aider les juges, il faut organiser et approfondir les règles et les concepts. L'intérêt pour une science du droit²⁵, entendue au sens d'un art²⁶, d'une connaissance exacte et approfondie d'un domaine, était né et son autonomie s'affirmait au fil de manuels destinés à l'enseignement et d'ouvrages divers articulés autour de cas factuels hypothétiques.

Le destin de la *jurisprudentia* à Rome est bien connu. Graduellement mise sous tutelle par l'empereur, en particulier grâce à la *Loi des citations* de 426²⁷, la somme des connaissances développées par les jurisconsultes sera inscrite dans les deux parties les plus importantes du Code Justinien, le *Corpus Iuris Civilis* du VI^e siècle²⁸ : le Digeste et les Institutes. Dans le Digeste, on trouve une jurisprudence classique dont on a essayé de résoudre les contradictions entre auteurs²⁹ ; quant aux Institutes, il s'agit d'un manuel d'enseignement³⁰. On connaît moins, par contre, ce qui contribuait à faire de la *jurisprudentia* une science du droit à part entière ; à cet égard, il est particulièrement stimulant d'examiner la question en incluant la perspective des juristes ou historiens de common law, car ils sont particulièrement bien placés pour juger de la singularité de cette jurisprudence par rapport à leur propre droit.

À première vue en effet, les grands classiques de la *jurisprudentia*, dont le Digeste, s'articulent autour de cas pratiques — quelle différence alors avec la common law ? Il convient tout d'abord de souligner qu'il existait d'autres types d'ouvrages de doctrine organisés de façon plus abstraite et systématique : les manuels destinés à l'enseignement, qui ont été synthétisés dans la partie Institutes du Code Justinien. En second lieu, l'influence de la philosophie et de la rhétorique grecque, dont il a déjà été fait mention, sur les jurisconsultes est précisément ce qui les a conduit. C'est correct, elle a raison (à cause de : à faire quelque chose) à adopter une démarche

25. J. GAUDEMET, préc., note 15, p. 588 ; Carlo Augusto CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne*, vol. 1 «La jurisprudence romaine», Turin, Giapichelli, 1989, p. 4.

26. R. VON JHERING, préc., note 24, vol. 4, p. 1 («art juridique») ; F. SENN, préc., note 22, p. 23 et 27 («science et art»).

27. En dotant d'autorité de principe les écrits de cinq jurisconsultes seulement (Ulpien, Papinien, Modestin, Paul et Gaius), à l'exclusion des autres : J. GAUDEMET, préc., note 15, p. 747. Sur la récupération progressive de la jurisprudence par l'empereur, voir en particulier A. SCHIAVONE, préc., note 18, p. 367-448.

28. Voir, entre autres, C.A. CANNATA, préc., note 25, p. 202-212.

29. J. GAUDEMET, préc., note 15, p. 757-766.

30. *Id.*, p. 767.

plus systématique dans leur étude du droit³¹. Des philosophes et rhéteurs grecs, ils retiendront une méthode particulière, la méthode dialectique, consistant à procéder à une analyse logique qui distingue les concepts, note leurs ressemblances et différences, et permet de les classer dans un tout cohérent organisé en catégories interreliées³². Ils utiliseront également la logique du syllogisme (passant du cas pratique à la règle et vice versa³³), et l'élaboration de concepts juridiques généraux et sophistiqués³⁴ s'appuiera sur des principes logiques d'induction et de déduction³⁵. De la sorte, ils raffineront également différentes méthodes d'interprétation du texte législatif³⁶. Ainsi, logique et philosophie grecques alimentent la réflexion des jurisprudents, et concourent au perfectionnement d'une méthode propre au domaine juridique. C'est d'ailleurs cette nouvelle méthodologie du droit qui représenterait l'accomplissement majeur de la *jurisprudentia*, plus encore que les concepts juridiques qui, de la propriété aux vices du consentement, figurent encore aujourd'hui les pièces maîtresses du droit des contrats et des biens des pays romanistes³⁷. En troisième lieu, les cas pratiques autour desquels s'organise souvent la discussion des jurisprudents sont largement hypothétiques : il ne s'agit pas des faits concrets de cas décidés en justice, au contraire de ce qui représente le noyau dur de la common law. À partir de ces cas pratiques « dévitalisés », il devient possible de monter par induction vers des principes généraux, dans un processus de généralisation et d'abstraction qui en arrive à caractériser cette nouvelle science du droit³⁸. Enfin, le développement de ces nouvelles règles et concepts juridiques se fait par écrit, ce qui scelle en quelque sorte son caractère scientifique, car

31. *Id.*, p. 595 ; C.A. CANNATA, préc., note 25, p. 77 ; Peter STEIN, *The Character and Influence of Roman Civil Law*, Londres, Hambleton Press, 1985, p. 4.

32. G. MOUSOURAKIS, préc., note 22, p. 191 ; Fritz SCHULTZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 62-69 et 129-132 ; J. GAUDEMET, préc., note 15, p. 596 ; A. SCHIAVONE, préc., note 18, p. 184-195.

33. Friedrich Karl VON SAVIGNY, *On the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, 2^e éd., traduit par Abraham HAYWARD, New York, Arno Press, 1975, p. 47.

34. Sur cette opération de conceptualisation, voir en particulier Alan WATSON, *The Spirit of Roman Law*, Londres, University of Georgia Press, 1995, p. 90-97. Et sur le procédé d'abstraction : Fritz SCHULTZ, *Principles of Roman Law*, traduit par Margueritte WOLFF, Oxford, Clarendon Press, 1936, p. 40-65 ; A. SCHIAVONE, préc., note 18, p. 196-225.

35. G. MOUSOURAKIS, préc., note 22, p. 191 ; R. VON JHERING, préc., note 24, vol. 3, p. 27-80, et vol. 4, p. 1-13 et 174-267 ; Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 64-67.

36. Bernard VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, Sirey, 1968.

37. David IBBETSON et Andrew LEWIS, *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 1, cité notamment par Andrew BORKOWSKI et Paul DU PLESSIS, *Textbook on Roman Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 46.

38. G. MOUSOURAKIS, préc., note 22, p. 305 ; D. IBBETSON et A. LEWIS, préc., note 37, p. 11.

ce mode de consignation permet de compiler, de prolonger et d'accroître les connaissances à long terme³⁹.

Au final, la *jurisprudentia* romaine entreprend de construire un droit *in vacuo*, une science distincte qui suscite le même étonnement chez les historiens anglophones que chez un comparatiste de common law comme John Merryman : « Roman jurists argue as if they lived in a vacuum, remote from economic, social, religious and political considerations⁴⁰. »

En étudiant l'organisation de l'institution de l'usufruit, l'Anglais Alan Watson qualifiera un tel détachement d'« isolationnisme juridique », relevant que cette isolation par rapport au reste de la vie est une caractéristique marquée du droit privé romain⁴¹, dont les juristes, loin d'être des instruments d'ingénierie sociale⁴², ne s'intéressent qu'à l'aspect purement juridique des problèmes⁴³. Et l'Allemand Fritz Schultz abonde dans le même sens : « The politico-economical considerations underlying the establishment of a legal rule are nowhere described or even mentioned⁴⁴. »

Rien ne saurait être plus éloigné, nous le verrons dans la seconde partie, de la méthodologie présidant à l'élaboration de la common law.

1.1.2 La renaissance du droit romain au Moyen-Âge

On a du mal aujourd'hui à se figurer l'ampleur de l'engouement qu'a suscité, à partir de la fin du XI^e siècle, la redécouverte du droit romain en Italie d'abord, puis dans le reste de l'Europe, Angleterre comprise. Dans un paysage juridique dominé par le droit coutumier non écrit, où les rares « textes » législatifs n'étaient gage d'aucune organisation rationnelle ou abstraction particulières⁴⁵, et dont l'autorité pouvait être aussi incertaine que la lettre⁴⁶, les grands textes de la *jurisprudentia* comme le Digeste ou les

39. A. SCHIAVONE, préc., note 18, p. 154-174 ; A. BORKOWSKI et P. DU PLESSIS, préc., note 37, p. 37.

40. A. WATSON, préc., note 34, p. 66, cité par A. BORKOWSKI et P. DU PLESSIS, préc., note 37, p. 46 ; D. IBBETSON et A. LEWIS, préc., note 37, p. 11.

41. A. WATSON, préc., note 34, p. 64 ; F. SCHULTZ, préc., note 34, p. 19-39.

42. A. WATSON, préc., note 34, p. 73.

43. *Id.*, p. 69.

44. F. SCHULTZ, préc., note 34, p. 24.

45. On pense ici, évidemment, aux différentes versions de la Loi salique, dont l'organisation par associations d'idées (plutôt que par le recours à un classement systématique) et le peu d'abstraction (elle se concentre sur les faits plutôt que sur des catégories juridiques générales) rappellent la *Loi des XII Tables* plutôt que les produits de la *jurisprudentia*.

46. Le texte des lois anglaises médiévales, par exemple, n'était pas réfléchi ni discuté mot pour mot par le roi ou une quelconque assemblée, mais représentait la mise en forme approximative d'une décision sur un point déterminé. Les juges participaient d'ailleurs à de telles discussions de nature législative, au point qu'ils pouvaient déclarer plus tard

Institutes, mais aussi le reste du *Corpus Iuris Civilis* compilé sous l'impulsion de Justinien, firent figure de météores issus d'un passé plus sophistiqué et plus brillant⁴⁷. Dans les universités médiévales dont l'origine est entourée d'incertitudes⁴⁸, l'étude du droit romain prit son essor et commanda bientôt un nouveau domaine « scientifique » (l'apparition du mot français se place à la même époque) dont la popularité fut telle qu'elle suscita la jalousie de l'Église de Rome soucieuse de promouvoir la théologie. L'interdiction de l'enseignement du droit romain à l'Université de Paris, en 1219, atteste à la fois l'intérêt des étudiants pour la discipline, et le mécontentement corrélatif de certaines autorités ecclésiastiques face à celui-ci⁴⁹.

Il importe de souligner d'emblée que cet engouement pour le droit romain ne signifiait pas, en pratique, un désintéret pour les disciplines connexes comme le droit canon, la théologie ou la rhétorique, voire la philologie latine. Bien au contraire, l'étudiant ou l'érudit médiéval construisaient un savoir inter-relié, que l'on nommerait aujourd'hui multi-, trans- ou pluridisciplinaire. La « chose » droit commandait certes un domaine à part entière, réputé scientifique au même titre que les autres, mais ce champ de connaissances s'enrichissait naturellement des liens établis avec d'autres disciplines parentes. Il eût été absurde, par exemple, d'étudier les effets rétroactifs de la nullité du contrat en droit romain seul : la réflexion conjointe avec la nullité du mariage, en droit canon, ne pouvait qu'accroître le caractère exhaustif de l'analyse. Les apports du droit canon à l'étude médiévale du droit romain sont d'ailleurs indéniables ; le principe du consensualisme contractuel en fait notamment partie⁵⁰.

Mais c'est à la redécouverte du droit romain qu'il convient d'attribuer le renouveau de l'intérêt conceptuel pour l'art du droit en tant que

aux avocats qui discutaient le sens de tel texte devant eux : « Do not gloss the statute, for we understand it better than you ; we made it » (*Aumeye's Case*, [1305] Y.B. 33-35 Edw. I, 82, par le juge en chef Hengham, cité par J.H. BAKER, préc., note 14, p. 209 ; voir aussi les développements du même auteur sur le statut des lois médiévales aux pages 204-209).

47. Jean-Louis HALPERIN, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 79-86.

48. On suppose qu'elles prirent naissance autour de l'enseignement dispensé dans certains monastères, donc autour de matières comme la théologie, la grammaire latine et la médecine.

49. Hostilité pontificale qui s'alliait à la crainte du roi de France de favoriser, par l'entremise du droit romain, la soumission à son rival politique, l'empereur d'Allemagne, qui se posait en continuateur des empereurs de Rome : R. JACOB, préc., note 11, p. 32 ; François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 147. Voir contra Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique du droit*, 2^e éd., Paris, Les Presses universitaires de France, 1998, p. 145-147, 180 et 181.

50. David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, p. 118-159.

tel, et pour les catégories juridiques abstraites qui en composent le socle. L'école des glossateurs s'attachera à explorer, par la technique de la glose, les textes romains en profondeur⁵¹. Celle des commentateurs, ainsi que l'école d'Orléans à laquelle on rattache notamment Jacques de Revigny au XIII^e siècle, iront plus loin et tenteront de mettre cette connaissance théorique du droit au service de la société médiévale et de ses problématiques spécifiques⁵². Revigny, par exemple, utilisera les quatre parties du Code Justinien pour étayer une argumentation destinée à promouvoir l'autorité du seigneur direct, par opposition à celle du roi, face au vassal qui se demande auquel des deux apporter son service militaire lorsque tant le roi que le seigneur dont il tient directement sa terre réclament en même temps celui-ci⁵³. En ce sens, les sources romaines fournissent le matériau pour une rhétorique juridique sophistiquée à l'appui d'une thèse politique médiévale. Une technique identique sera utilisée dans le cadre de la querelle des Investitures opposant le pape à l'empereur du Saint Empire romain germanique quant au pouvoir de nommer les évêques sous Grégoire VII⁵⁴. Et en Italie, le mouvement des ultramontains la mettra à contribution pour résoudre les conflits relatifs à l'administration de certaines villes⁵⁵. On retrouve, de cette façon, le souci qu'avaient les jurisprudents romains de mettre leur savoir émergent au service de la pratique du droit.

Pendant, de la même façon qu'à Rome, ces archéologues du droit romain cherchaient aussi à en redécouvrir pour eux-mêmes les concepts juridiques et catégories fondamentales. À nouveau, le droit passionnait pour lui-même, en tant que science de l'esprit, au même titre que la philosophie, la théologie ou la philologie. Le mot allemand *Geisteswissenschaften* désigne d'ailleurs encore par « sciences de l'esprit » ces disciplines connexes, les distinguant conceptuellement des sciences humaines (*Gesellschaftswissenschaften*) comme la politique, l'économie, etc., ainsi que des *Naturwissenschaften*, les sciences exactes. Dans cette optique, la théorie du double domaine lancé par les glossateurs, et perfectionnée par les

51. À la suite d'Irnerius de Bologne ; voir notamment : Alan WATSON, *Roman Law & Comparative Law*, Athènes, University of Georgia Press, 1991, p. 89 ; P. PICHONNAZ, préc., note 35, p. 74-78 ; F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 49, p. 145 et 146.

52. Sur cette double mission, qui prolonge celle des jurisconsultes romains, voir A. SCHIAVONE, préc., note 18, p. 13.

53. Jacques DE REVIGNY, *Commentaire sur les Institutes*, 4, 6, 13, éd. Robert FEENSTRA, « Questiones de materia feudorum ; de Jacques de Revigny », dans *Studi Senesi*, 3^e série, XXI, 1972, fasc. 3, p. 395 et 396.

54. Joseph ROVAN, *Histoire de l'Allemagne*, Paris, Seuil, 1998.

55. *Id.*, p. 368 : c'est l'institution de la *podestà*, qui consistait à inviter un tiers formé au droit romain pour gérer une ville devenue ingouvernable en raison de luttes intestines entre les différentes factions et familles prééminentes.

commentateurs, marie étude du droit romain pour lui-même et lien concret vers la société féodale. Cette théorie visait à récupérer le droit romain des biens, jugé infiniment plus sophistiqué que le droit coutumier médiéval sur le même sujet, par le recours à l'idée dite du «double domaine». En effet, comme le sait tout juriste de common law du Moyen-Âge ou du XXI^e siècle (cela ne fait aucune différence), un droit des biens fondé sur des catégories féodales implique naturellement la pluralité et la relativité des titres immobiliers. Le seigneur détient un droit réel sur le fonds objet de la tenure, et son vassal également, mais le second se distingue du premier parce qu'il est en possession. Le phénomène de la sous-inféodation (*subinfeodation*)⁵⁶ accroît cette relativité et cette pluralité de façon exponentielle, puisqu'il consiste pour le vassal à céder une partie de sa tenure à un tiers, qui devient donc son vassal direct, et qui sera en possession de cette partie du fonds⁵⁷. Ce «sous-vassal» peut faire de même, et l'on obtient ainsi ce que l'on nomme souvent la «pyramide féodale», composée de tenants qui sont à la fois, pour la plupart, seigneur et vassaux. Bref, une telle organisation des droits sur les terres est aux antipodes du droit romain des biens fondé sur la propriété, où la norme est : un propriétaire pour chaque chose, les quelques démembrements de la propriété étant conçus comme des exceptions à ce principe⁵⁸. Mais les commentateurs, désireux de récupérer le droit romain des biens jugé plus satisfaisant intellectuellement que le droit coutumier médiéval secrété par l'architecture féodale de la société dans laquelle ils vivaient, imaginèrent alors de reconnaître tant au seigneur qu'au vassal un «domaine» équipollent au droit de propriété romain. Le domaine du seigneur fut qualifié d'éminent (ou de direct); celui du vassal, d'utile sur la base des actions réelles disponibles⁵⁹, l'essentiel étant que chacun s'apparente à un droit de propriété à la romaine, donc susceptible de démembrements réglementés par le droit romain de façon structurée et satisfaisante sur le plan intellectuel⁶⁰. La théorie du double domaine permet donc, en

56. Jugulé progressivement en Angleterre dès 1290 par le statut *Quia Emptores Terrarum*, 18 Edw. I, c. 1, mais subsistant ailleurs.

57. En France, la présence de terres libres (par rapport aux liens féodaux), les alleux, impliquaient que parfois la remise de la possession du fonds s'opère à l'inverse : l'alleutier qui le souhaitait pouvait remettre sa terre franche à celui qui devenait son seigneur, à charge pour ce dernier de lui en rendre le fief en possession.

58. Voir en général, pour cette comparaison entre systèmes romanistes et de common law, Anne-Françoise DEBRUCHE, «Les biens», dans Aline GRENON et Louise BÉLANGER-HARDY (dir.), *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson-Carswell, 2008, p. 101, aux pages 106-125.

59. J.-L. HALPERIN, préc., note 47, p. 86.

60. Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 386 et 387; Jean BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 229-232.

dépit de la féodalité et de la relativité naturelle des titres immobiliers qu'elle implique, de pouvoir recourir aux catégories et règles romaines du droit des biens dès l'époque médiévale et, plus généralement, de maintenir vivant ce droit sophistiqué jusqu'à l'abolition de la féodalité en août 1789, au début de la révolution française. C'est ce qui permettra l'insertion de ce droit romaniste dans le livre II du Code civil de 1804, sous le titre «Des biens, et des différentes modifications de la propriété».

1.1.3 Les grandes codifications du XIX^e siècle

Si la rédaction du Code civil français de 1804, sous l'impulsion de Napoléon et par l'industrie de la commission Portalis, fut quelque peu précipitée, il n'en alla pas de même de celle du BGB allemand adopté en 1896. On peut en effet retracer l'une des sources d'inspiration de celui-ci dans l'invitation lancée, en 1814, par Friedrich Karl von Savigny à ses collègues universitaires de travailler à la décantation d'un droit civil proprement allemand⁶¹. La part du droit romain est incontestable dans ces deux grands codes du XIX^e siècle, mais la recherche d'un droit correspondant idéalement à l'esprit du peuple allemand, son *Volksgeist*, donna lieu à une nouvelle exégèse, plus approfondie encore que la précédente, du droit romain par les juristes et historiens allemands⁶². Il s'agissait à nouveau de disséquer et de s'appropriier les concepts juridiques en quelque sorte intemporels concentrés dans des manuscrits comme le Digeste et les Institutes de Justinien, mais aussi dans d'autres découverts depuis, comme les Institutes de Gaius dissimulées sous le palimpseste de Vérone⁶³. La démarche était à la fois juridico-historique, au service de la science du droit (comprendre les concepts dans leur contexte et les parfaire), mais également d'ordre pratique, puisqu'il s'agissait aussi de les adapter pour les rendre utilisables dans la société allemande industrielle du XIX^e siècle⁶⁴.

Ce double aspect de la science du droit romaniste, présent dès la jurisprudence romaine, retrouvé à l'occasion de son renouveau médiéval et de la codification allemande, fait en quelque sorte partie de son identité. Or, si

61. Friedrich Karl von SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit fDr Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2^e éd., Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1840.

62. P. PICHONNAZ, préc., note 35, p. 82 et 83; Joachim RÜCKERT, «Savigny et la méthode juridique», dans Olivier JOUANJAN (dir.), *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg, 2004, p. 75; James Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 92-156.

63. A. WATSON, préc., note 51, p. 15.

64. Travail effectué notamment par des pandectistes comme Windscheid : A. WATSON, préc., note 51, p. 92; P. PICHONNAZ, préc., note 35, p. 83.

le volet pratique de la réflexion juridique civiliste n'a rien d'étonnant pour un juriste de common law, le volet « recherche pure sur les concepts » est susceptible de le décontenancer davantage. C'est d'ailleurs lui qui domine l'enseignement du droit dans les systèmes romanistes d'Europe continentale et d'Amérique du Sud, et qui explique que l'étude du droit s'y traduise par une certaine somme d'informations à transmettre et à assimiler : « The professor lectures ; the students listen. That system is clearly designed to convey information to the student. The information is substantive knowledge⁶⁵. »

Il s'agirait donc là d'une approche « dogmatique », où la marge de doute « est si étroite qu'elle en devient imperceptible », qui ne favorise nullement l'expérimentation et se montre peu sensible aux changements sociaux⁶⁶. La caricature de John Merryman, car il s'agit bien d'une caricature puisque l'enseignement comme la recherche romaniste se sont toujours intéressés au droit en action depuis la *jurisprudencia* romaine, souligne toutefois la singularité liée à leur approche scientifique qui peut être autonome. C'est d'ailleurs cet aspect scientifique du travail sur les concepts, susceptible d'être détaché de la pratique du droit, qui provoque la plus grande incompréhension chez le comparatiste américain, ce « belief, still widely held in the civil law world, that law is a science⁶⁷ ».

Rien ne saurait être plus éloigné de la perception d'un juriste allemand, en particulier, pour lequel

un fossé droit/science (comme en pays en anglophone) ou le sentiment qu'affirmer la scientificité du droit relève d'un parti un peu provocateur (comme parfois en France ou au Québec) n'existent pas. Le mot « doctrine », avec les connotations qu'il peut avoir en français ou en anglais, et qui séparent nettement l'activité du juriste théoricien de celle du juge ou du législateur, est intraduisible en allemand : on dit *Rechtswissenschaft* [science du droit]⁶⁸.

Du reste, la liberté académique garantie par la Constitution fédérale allemande aux « sciences⁶⁹ », définies comme les disciplines s'appuyant sur une méthode scientifique, n'encourage nullement les universitaires allemands à faire table rase du riche passé de la tradition romaniste et à mettre en doute la scientificité de leur *Rechtswissenschaft*...

65. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 871.

66. *Id.*, 870 et 871.

67. *Id.*, 870.

68. Courriel de Robert JACOB, directeur de recherche au Conseil national de la recherche scientifique (CNRS) (date).

69. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, art. 5, al. 3

1.2 Une orthodoxie des racines

Il résulte de ce qui précède que dans les traditions qui se recommandent du droit romain, tant par leur prédilection pour la technique des codes que par leur réception des concepts juridiques fondamentaux développés par la *jurisprudentia*, le sens de l'orthodoxie va de la terre vers le ciel, pour reprendre l'image de l'arbre « droit ». L'orthodoxie, la mesure de ce qui est correct en droit, monte des racines vers le feuillage en passant par le tronc : il s'agit d'une orthodoxie des racines. C'est en effet la carte des racines, donc des concepts juridiques sur lesquels repose l'ensemble du système, qui permettra de décider si une loi ou une décision judiciaire est correcte en droit, ou non.

À cet égard, les droits romanistes sont proches du droit canon, et le droit lui-même de la théologie catholique, parce qu'il n'existerait qu'une bonne réponse pour toute question posée—d'où le côté « dogmatique », vierge de doute, de l'enseignement du droit civil relevé ironiquement par John Merryman⁷⁰. D'où aussi la présentation, par le même auteur, du juge civiliste comme « un simple technicien qui applique des règles », sans marge de manœuvre ni appréciation quelconque⁷¹. Même si Montesquieu et certains révolutionnaires prônaient la même vision robotisée des juges⁷², les juristes de droit civil savent qu'en pratique, il ne s'agit là que de leur « portrait officiel », et que plus ou moins officieusement, le pouvoir d'interprétation des magistrats est parfois source d'une telle créativité que la jurisprudence équivaut presque à une source de droit⁷³. C'est que l'apparent dogmatisme sous-tendant les droits civilistes est plus nuancé qu'il n'y paraît : bien souvent, s'il existe manifestement des réponses incorrectes à une question juridique, on peut avancer plusieurs réponses correctes. C'est tout le travail de l'interprète, et du chercheur, que d'explorer les possibles en se pliant aux règles de la logique et de la dialectique juridique.

70. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 870. Voir aussi C.A. CANNATA, préc., note 25, p. 89.

71. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 866 et 867 (notre traduction).

72. Réduits à la condition d'« esclaves de la loi » : ce sont les termes d'une circulaire du 27 novembre 1791, citée par François NIVET, « Équité et légalité », (1998) 9 *Justices* 157, 161. Pour Montesquieu déjà, les juges n'étaient que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur » : Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, Paris, Gallimard, 1995, p. 337.

73. Paradoxalement, mais réparant en quelque sorte les approximations de John Henry Merryman, l'un des meilleurs portraits des juges civilistes émane d'un juriste américain : Mitchel DE S.-O.-L'E. LASSER, « Autoportraits judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation », dans *Langages de justice*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, 1994, p. 28-38 (et pour une version anglaise extensive, Mitchel DE S.-O.-L'E. LASSER, « Judicial (Self-) Portraits : Judicial Discourse in the French Legal System », (1995) 104 *Yale L.J.* 1325).

Cet interprète, ce cartographe par excellence des racines de l'arbre-droit romaniste, c'est l'auteur de doctrine, et non le législateur ou le juge. Dans la tradition allemande ponctuée par Savigny, c'est le professeur d'université qui, en réponse à une question posée sur l'état du droit, répondra la même chose que n'importe quel autre collègue⁷⁴. On peut voir là un état de fongibilité de la connaissance juridique qui n'est pas sans évoquer le dogmatisme souvent associé aux systèmes romanistes, et qui fait du chercheur calqué sur le modèle de l'apostolat presque monastique des professeurs de l'Allemagne protestante le grand prêtre de l'orthodoxie juridique. Le juge peut mal appliquer la loi ou le droit, même si l'on ne doit, au Québec, le faire remarquer qu'en prenant mille précautions oratoires⁷⁵. Quant au législateur, ce n'est pas parce qu'il rebaptise ou refuse de reconnaître l'existence d'un concept juridique fondamental que ce concept est altéré en substance, ou disparaît de la carte juridique « intemporelle » des racines⁷⁶.

2 La recherche en common law : une antiscience des racines

Si la common law est assimilée à un arbre sous lequel chaque juge s'assied, tel saint Louis sous son chêne⁷⁷, pour rendre justice, cet arbre comporte deux corps plutôt qu'un seul : le tronc et le feuillage, figurant le droit d'origine judiciaire ainsi que les lois telles qu'appliquées par les juges, représentent le premier ; les racines tressant la carte des notions fondamentales, le second (2.1). Mais au contraire des systèmes romanistes, l'orthodoxie de la common law est descendante plutôt qu'ascendante : il s'agit en quelque sorte d'une orthodoxie du feuillage, donc née de la pratique, plutôt que d'une orthodoxie montant des racines (2.2).

74. F.K. VON SAVIGNY, préc., note 33, p. 179 ; F. SCHULTZ, préc., note 34, p. 106 ; Raoul C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 108.

75. L'ire suscitée par un commentaire d'arrêt particulièrement ironique du professeur Angers LAROCHE, « Responsabilité civile », (1978) 38 *R. du B.* 76, de la part du juge en chef Jules DESCHÊNES, « Correspondance », (1978), 38 *R. du B.* 394, bien qu'il représente la pointe extrême d'une telle déférence, montre que même un arrêt apparemment abscons ne peut être critiqué qu'avec tact et prudence.

76. Voir, en particulier, Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. XXIX-XXXII.

77. Sur cette représentation en particulier, et sur d'autres apparentées, voir R. JACOB, préc., note 11, p. 41-45.

2.1 Les deux corps de la common law

La nature de la common law, expression polysémique entendue ici au sens du droit d'origine judiciaire incluant l'interprétation et l'application des normes législatives⁷⁸, représente traditionnellement une pierre d'achoppement pour des théoriciens du droit tels que Dworkin, Hart ou Austin. La difficulté associée, dans ce système de type coutumier, à l'identification des règles juridiques continue à préoccuper les esprits soucieux d'en déterminer l'autorité pour le futur. Une approche positiviste classique, postulant qu'est une règle de droit ce qui est « posé » par l'autorité du juge ou de l'État, et que l'ensemble de ces règles forme un tout plus ou moins cohérent et identifiable⁷⁹, montre clairement ses limites face à la dimension coutumière de la common law. En effet, l'origine de nombreux principes juridiques n'y est pas clairement localisable : on ne peut la retracer jusqu'à une décision déterminée, fût-elle de haute antiquité, mais de nombreux jugements traitent de tels principes et les appliquent comme s'ils avaient toujours été là⁸⁰. Même l'approche positiviste plus tempérée de Kelsen⁸¹ ou de Hart⁸², plaçant l'accent sur le corpus déterminé des règles de droit plutôt que sur leur origine, n'approfondit guère le cas de la common law et néglige de la définir⁸³.

Face à l'énigme posée par la nature de la common law et des règles qui la composent, l'analyse que proposent des historiens du droit tels que John H. Baker et surtout Brian Simpson est digne d'intérêt. Le second

-
78. Car c'est aux lois telles qu'appliquées que s'intéressent les juristes de common law, plutôt qu'au texte *in abstracto* de celles-ci : A.W.B. SIMPSON, *Invitation to Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1988, p. 71.
79. Voir notamment : John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, Noonday Press, 1954, p. XLIII ; William BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, p. 45 ; John C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2^e éd., New York, Macmillan, 1938, p. 84 ; Rupert CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 23 ; Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, traduit par Anders WEDBERG, New York, Russell & Russell, 1961, p. 114, tous examinés par A.W.B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*, London, Humbledon Press, 1987, p. 360 et 361.
80. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 366-368.
81. Hans KELSEN, *Pure Theory of Law*, traduit par Max KNIGHT, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 9.
82. Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, cité par A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 365.
83. H. KELSEN, préc., note 79, p. 114, 149 et 150, ne choisit même pas si la common law se rattache plutôt au droit d'origine statutaire (car trouvant son origine dans des précédents judiciaires) ou coutumier (car basé sur la longue pratique des cours) selon sa définition de l'un et de l'autre. H.L.A. HART, préc., note 82, p. 97, n'est guère plus disert ; A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 365 et 366.

souligne les limites de l'approche positiviste, même tempérée, en doutant qu'il soit possible d'identifier avec précision un stock de règles déterminées et obligatoires qui composeraient la common law : « life might be much simpler if the common law consisted of a code of rules, identifiable by reference to source rules, but the reality of the matter is that it is all much more chaotic than that⁸⁴ ».

Le mécanisme du précédent, supposé permettre de distinguer les décisions passées obligatoires à l'égard d'une affaire présente, et la manière d'en extraire la règle pour l'appliquer au cas à décider aujourd'hui⁸⁵, n'est pas toujours « scientifique » dans son application, ni prévisible. La pratique des cours à cet égard est parfois inconsistante, les exceptions sont elles-mêmes d'amplitude incertaine, rendant le mécanisme « notoriously controversial⁸⁶ » :

One moment the House of Lords or the Courts of Criminal Appeal is absolutely bound by its own decisions, the next moment it is not. All is reminiscent of the smile on the face of the Cheshire cat. Such rules as are advanced are commonly vague or qualified by escape clauses (the *per incuriam* doctrine, for example), and on very many matters no rules can be said to exist at all. For example, what is one supposed to do with a House of Lords decision where they all say different things? [...] Furthermore arguments to the effect that this or that is the law are commonly supported by reference to ideas which are not specifically legal – expedience, commonsense, morality, and so forth – [...] they are supported by reference to reason and not authority⁸⁷.

En d'autres termes, la vie juridique est bien trop « désordonnée » pour prétendre dégager de façon certaine un test destiné à déterminer ce qui est une règle et ce qui n'en est pas une : le côté clair-obscur de la tapisserie de common law fait partie de sa nature⁸⁸.

Pire encore, la common law ne s'accommode d'aucune formulation nette, unique ou indiscutable des règles qui la composeraient, au contraire du texte bien arrêté des lois contemporaines. Comme l'affirmait déjà le grand juriste Frederick Pollock au début du xx^e siècle, « the common law [...] professes [...] to develop and apply principles that have never been committed to any authentic form of words⁸⁹ ».

84. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 368.

85. Pour une description « idéale » du mécanisme, voir notamment Donald POIRIER et Anne-Françoise DEBRUCHE, *Introduction générale à la common law*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 347-392.

86. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 369.

87. *Id.*

88. *Id.*

89. Frederick POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, 3^e éd., Londres, Macmillan, 1911, p. 249, cité par A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 370.

Comme l'application du mécanisme du *stare decisis* représente une opération d'interprétation et d'extraction en quelque sorte « expérimentale » d'une règle semi-générale à partir d'un jugement donné, la formulation de celle-ci est toujours propre à l'interprète, et les mots utilisés pour encapsuler un principe donné ne revêtent jamais la moindre forme définitive, ou obligatoire : d'autres pourront l'exprimer différemment de manière tout aussi légitime. L'état de flux inhérent à la formulation des règles de common law conduit des historiens comme Brian Simpson à en mettre en doute le caractère strictement textuel, et à ajouter non sans humour que « unlike a good lettuce, common law is never crisp⁹⁰ ». Mais d'autres, comme le réformateur Bentham au XIX^e siècle, ne se sont pas privés d'en fustiger la nature incertaine, allant jusqu'à la qualifier de *mock law*, de *sham law*, de *quasi-law*, représentant une « fiction du début à la fin » : « As a system of general rules, the common law is a thing merely imaginary⁹¹. »

Un tel scepticisme, relatif à l'existence des racines (donc, des concepts et règles de base) de l'arbre-common law plutôt que de son tronc et de son feuillage (les décisions judiciaires et les lois qu'elles mettent en œuvre), a trouvé son expression la plus extrême dans le mouvement réaliste américain qu'appuie John Merryman dans l'article qui inspire en partie ce livre propos. Prenant le contrepied des tenants de la *legal science*, qui étudiaient les jugements pour en extraire les règles et principes qu'ils étaient censés contenir et bâtir ainsi une théorie générale de la common law⁹², les réalistes américains soutiennent que de telles règles et de tels principes n'existent pas. Tout ne serait qu'affaire de *judicial policy*, le juge agissant dans chaque cause comme un électron libre, un « ingénieur social » chargé de trouver des solutions à des problèmes pratiques⁹³. Par conséquent, l'enseignement du droit aux États-Unis serait axé sur l'étude des jugements, non pour en déduire de quelconques règles ou des principes semi-généraux de common

90. A.W.B. SIMPSON, préc., note 78, p. 73.

91. Jeremy BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, Oxford, Clarendon Press, 1928, p. 125, cité par A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 371. Les épithètes de la common law sont extraites de *The Collected Works of Jeremy Bentham*, vol. 4, Londres, Athlone Press, 1981, p. 460.

92. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 872 et 873, cite les traités de Williston et de Wigmore comme des exemples de cette tendance, au même titre que les différents *restatements* du droit américain ou le projet de recherche d'un « *common core* » des systèmes juridiques initié à Cornell.

93. *Id.*, 866 et 867, et les références citées à la note 11 de la page 872, parmi lesquelles Karl LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », (1930) 30 *Columbia L.R.* 431.

law, mais pour développer par mimétisme, chez les étudiants, les qualités nécessaires pour participer à cette ingénierie sociale eux-mêmes par la suite⁹⁴. D'une telle vision de la common law découle bien entendu le rejet de toute idée d'une science du droit à part entière : bien au contraire, ne subsisteraient que des sciences humaines comme la psychologie, l'économie ou la politique pour éclairer et guider le travail des praticiens⁹⁵.

Entre ces deux extrêmes, celui du positivisme postulant l'existence d'un stock de règles identifiables de common law et celui des réalistes américains, des historiens du droit comme John H. Baker et A.W.B. Simpson proposent une théorie explicative intermédiaire, celle des deux corps de la common law⁹⁶. Cette idée des « deux corps » permet d'affirmer que, à côté du tronc et des branches de l'arbre common law, que tous peuvent percevoir sans discussion dans les décisions de justice, il existerait un second corps plus subtil, celui des racines dans notre image de l'arbre, qui en concentrerait les règles et principes fondamentaux. Mais la caractéristique de ce deuxième corps serait d'être partiellement indicible, impalpable et impossible à cartographier avec précision. En effet, quel système juridique pourrait faire l'économie de règles de base par-delà la diversité des cas d'espèce ? Lord Mansfield remarquait déjà en 1774 que « [t]he Law of England would be a strange science if indeed it were decided upon precedents only. Precedents serve to illustrate principles [...] and these principles run through all the cases⁹⁷. »

Quel arbre-droit pourrait subsister sans racines ? La transmission du savoir d'une génération de juristes à l'autre deviendrait une véritable gageure dans le cas contraire, ne fût-ce qu'en raison du caractère incomplet, officieux et parfois contradictoire des rapports judiciaires jusqu'au XIX^e siècle⁹⁸ : « If the sole means of transmitting the common law from one generation to the next was the year books, then the survival of the common law must be one of the greatest unexplained mysteries of intellectual history⁹⁹. »

94. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 871.

95. *Id.*, 866 et 867.

96. Voir en particulier, A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 359 ; John H. BAKER, *The Law's Two Bodies*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

97. *Jones v. Randall*, [1774] Cowp. 37, 98 E.R. 954 (K.B.) par Lord Mansfield, cité par J.H. BAKER, préc., note 96, p. 77, note 70.

98. Au sujet de l'évolution des rapports judiciaires au Moyen-Âge jusqu'à l'époque moderne, voir J.H. BAKER, préc., note 14, p. 178-186.

99. J.H. BAKER, préc., note 96, p. 9 et 10.

Ce deuxième corps de la common law peut être qualifié de *lex non scripta* (par opposition à la *lex scripta* du premier corps¹⁰⁰), de « consensus professionnel¹⁰¹ » ou encore de tradition orale, espèce de connaissance commune partagée par les praticiens de common law¹⁰². En somme, il s'agit d'un système de nature coutumière plutôt que d'une somme de coutumes particulières, d'un « body of practices observed and ideas received by a caste of lawyers, these ideas being used by them as providing guidance in what is conceived to be the rational determination of disputes¹⁰³ ».

Mais ces idées n'existent que dans la mesure où elles sont acceptées et appliquées par les professionnels de la common law. Ainsi, la formulation aléatoire des règles de common law les apparente à des règles de grammaire, qui tentent tout à la fois de décrire la pratique et de la transformer en la systématisant¹⁰⁴. Tel est en effet le rôle qu'a joué la doctrine de common law depuis la compilation des *writs* dans le traité de Glanvill au XII^e siècle¹⁰⁵, en passant par les formulaires de plaidoiries du XIV^e¹⁰⁶, les rapports judiciaires des *yearbooks* puis des collections privées, les abrégés (*abridgments*) et autres *digests* qui tentent encore aujourd'hui de systématiser l'immense corpus des décisions judiciaires pour assister les praticiens¹⁰⁷. Des traités plus ambitieux, sur le plan de l'organisation théorique (d'ailleurs inspirée par les catégories romaines du Code Justinien), comme

100. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 373, citant Matthew HALE, *The History of the Common Law of England*, 2^e éd., Londres, John Walthoe, 1716, p. 22 ; W. BLACKSTONE, préc., note 79, p. 66 et suiv. ; J.H. BAKER, préc., note 96, p. 9.

101. J.H. BAKER, préc., note 96, p. 86.

102. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 379.

103. *Id.*, p. 376.

104. *Id.*

105. Voir : George D.G. HALL, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Londres, Nelson, 1965 ; Elsa DE HAAS et George D.G. HALL (dir.), *Early Registers of Writs*, Londres, Bernard Quatrach, 1970.

106. Voir, par exemple, les *Novae Narrationes* éditées par Elsie SHANKS et Stroud F.C. MILSOM dans le volume 80 de la Selden Society (Londres, 1963).

107. Voir en général, au sujet de la littérature de common law et de son évolution historique, J.H. BAKER, préc., note 14, p. 175-194. Les éditions contemporaines des *digests* incluent bien sûr les lois d'origine parlementaire pour tenter de donner une idée aussi complète que possible de l'état du droit : au Canada, on peut citer le *Canadian Encyclopedic Digest. Ontario*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2010, feuilles mobiles, et son homologue valable pour l'ouest, le *Canadian Encyclopedic Digest. Western*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2010, feuilles mobiles.

ceux de Bracton au XIII^e siècle¹⁰⁸ et de Blackstone au XVIII^e¹⁰⁹, venaient trop tôt pour le premier, et trop tard pour le second, pour prétendre au titre d'œuvre doctrinale de synthèse et de réflexion en prise avec la réalité de la common law de leur temps¹¹⁰.

Dans ce système de nature coutumière, une certaine cohésion autour du contour des règles, et de ce qui représente la solution correcte à un problème donné, est indispensable. Jusqu'à la fin du XVII^e siècle, les *Inns of Court* représentaient un tel vecteur entre les professionnels de la common law qui se retrouvaient dans ce lieu de vie communautaire pour discuter, débattre et prendre leurs repas en commun¹¹¹. Puis à partir du XIX^e siècle, la nouvelle hiérarchie judiciaire mise en place par les *Judicature Acts* (1873-1875)¹¹² et le perfectionnement corrélatif du mécanisme du précédent¹¹³ ont pris le relais. La mise sur pied d'un enseignement universitaire systématique du droit en Angleterre dut attendre le siècle suivant, mais elle contribue également, aujourd'hui, à la cohésion de la common law¹¹⁴, au même titre que l'organisation professionnelle des avocats et des *solicitors* qui supervisent le parachèvement de l'éducation dispensée par les universités¹¹⁵. Au Canada, le caractère professionnalisant de la formation universitaire demeure très accentué, l'influence américaine attestée par

108. George E. WOODBINE (dir.), *Bracton De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, traduit par Samuel E. THORNE, Cambridge, Belknap Press, 1968.

109. W. BLACKSTONE, préc., note 79; A. WATSON, préc., note 51, p. 166-181. De plus, l'organisation romaniste imposée par Blackstone à sa matière en déformait le contenu aux yeux des professionnels: «In a sense, what made the *Commentaries* attractive to the gentlemanly reader made them unattractive to the profession» (Michael LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 47 et 57).

110. J.H. BAKER, préc., note 14, p. 176, 190 et 191.

111. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 377 et 378. Sur le système des *inns of court*, ainsi que sur leur rôle en termes d'enseignement (qui leur a mérité le surnom de «troisième université d'Angleterre») et de création du droit, voir: J.H. BAKER, préc., note 14, p. 159-162; J.H. BAKER, préc., note 96, p. 73-76 et 84-86. Voir également Walter C. RICHARDSON, *A History of the Inns of Court*, Bâton-Rouge, Claitor's, 1978.

112. *The Supreme Court of Judicature Act*, 1873, 36 & 37 Vict., c. 66, et *The Supreme Court of Judicature Act*, 1875, 38 & 39 Vict., c. 77, tous deux entrés en vigueur en novembre 1875.

113. J.H. BAKER, préc., note 14, p. 196-201.

114. Depuis le succès des conférences de Blackstone sur la common law à l'université d'Oxford en 1753, qui virent la création de la *Vinerian Chair* en 1758, des expériences ponctuelles émaillèrent les universités anglaises, mais ce n'est qu'au début du XX^e siècle, sous l'impulsion de professeurs de renom comme Maitland ou Pollock, que des programmes cohérents furent progressivement organisés: J.H. BAKER, préc., note 14, p. 170-172.

115. Un stage est obligatoire pour les *solicitors* depuis le XVII^e siècle, mais pour les avocats (*barristers*), il fallut attendre 1958: J.H. BAKER, préc., note 14, p. 152; D. POIRIER et A.-F. DEBRUCHE, préc., note 85, p. 671-674.

John Merryman n'y étant sans doute pas étrangère¹¹⁶ : « In the United States, legal education is primarily professional education [...] Law is not regularly taught in the university as a liberal or humane subject, or as a social science¹¹⁷. »

Ainsi, si l'arbre-common law n'est pas dénué de racines qui en représentent le deuxième corps, les règles et concepts fondamentaux qui les constituent s'apparentent davantage à un « enchevêtrement » qu'à un système proprement dit, et il serait difficile d'imaginer « un corps de règles juridiques moins systématique¹¹⁸ » : « As a system of legal thought the common law then is inherently vague ; it is a feature of the system that uniquely authentic statements of the rules which, so positivists tell us, comprise the common law, cannot be made¹¹⁹. »

Par suite, ces règles et concepts qui existent mais ne peuvent être formulés avec précision ou certitude résistent à toute velléité de cartographie juridique scientifique. Le deuxième corps de la common law, à cet égard, fait écho à l'admonestation du Tao Te King : la règle qui peut être dite avec des mots n'est déjà plus la règle, car son essence échappe à toute fixation définitive par des mots déterminés¹²⁰. À l'opposé de la cartographie systématique des racines nécessaire à l'épanouissement des systèmes romanistes et de leur pratique, la common law implique plutôt une antisience des racines. Les professionnels de common law, qui partagent de ces racines une connaissance diffuse, devraient s'abstenir de les étudier de trop près, sous peine d'en trahir la nature fondamentale qui est de demeurer en état de flux.

Dès lors, l'idée d'une science du droit n'aurait pas de sens à l'égard de la common law, puisque son objet est en partie insaisissable par les mots. La jurisprudence romaine a montré que le développement d'une telle science requiert la décantation et la fixation des concepts par l'écrit, de façon à pouvoir être transmise d'une génération à l'autre, et portée plus loin au fil des discussions ultérieures. Admettre que le deuxième corps de

116. C'est ce que constatent notamment D. POIRIER et A.-F. DEBRUCHE, préc., note 85, p. 674 et 675. Et voir aussi J.H. MERRYMAN, préc., note 5, p. 865-867. Cette influence est particulièrement perceptible dans GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, 1983, où le modèle américain semble représenter le standard implicite de référence.

117. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 866.

118. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 381 (notre traduction).

119. *Id.*, p. 372.

120. Lao TSEU, *Tao Te King. Livre de la voie et de la vertu*, traduit par Stanislas JULIEN, Paris, Éditions Mille et une nuits, 1996, p. 7.

la common law, celui où reposent ses concepts fondamentaux, n'est qu'imparfaitement dicible, c'est reconnaître du même coup que la common law ne peut fonder une science du droit. Dans cet ordre d'idées, il est intéressant de remarquer que la portée du mot anglais *science* est plus étroite que son pendant français. En effet, il ne reprend pas l'acception plus générale référant à la connaissance exacte et précise d'un domaine déterminé, mais se limite aux acceptions liées à l'observation de la nature et des comportements de l'univers sensible, donc aux sciences exactes et à tout autre corps de connaissances organisé sur le modèle des sciences naturelles¹²¹.

La seule portion de l'arbre-common law qui puisse être étudiée sans réserve, c'est sa partie aérienne : le tronc et le feuillage, donc la pratique du droit incarnée dans les jugements et la production législative ou réglementaire. La common law n'est-elle pas avant tout « une tradition exprimée en action¹²² » ? Par conséquent, si son étude se veut scientifique, il faudra qu'elle passe par le canal d'une ou de plusieurs sciences humaines calquées sur le modèle et les méthodes des sciences de la nature : la sociologie, l'anthropologie, la psychologie, l'économie, la politique, etc. John Merryman exprime cet intérêt pour l'angle alternatif de réflexion fourni par les sciences sociales en affirmant : « American law schools continue to demonstrate growing interest in the study of law from the perspectives of the social sciences and the humanities, not merely as desirable components of the education of professional lawyers but in and for themselves¹²³. »

Ces sciences sociales pourront se pencher sur la pratique de la common law et sur ses acteurs, et les étudier selon des méthodes jugées scientifiques. Mais les racines de l'arbre droit, le second corps de la common law, échapperont naturellement à leur champ d'investigation.

121. Diana TREFFRY (dir.), *Collins Paperback English Dictionary*, 4^e éd., Glasgow, HarperCollins, 1999. Mais l'acception française du terme n'est pas inconnue des juristes de common law, ce qui leur permet à l'occasion de parler de science du droit : par exemple Daniel MAYES, « Whether Law is a Science », (1833) 9 *Am. Jurist and L. Mag.* 349, *The Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989. Cependant, la version abrégée du même dictionnaire (*Concise Oxford English Dictionary*, 12^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011) la qualifie d'archaïque.

122. A.W.B. SIMPSON, préc., note 78, p. 65. Et, dans le même sens, M. LOBBAN, préc., note 109, p. 57 : « These particular rules were those used by practitioners in their daily practice, and the common law, seen from this ground level, was therefore a very different beast from that conceived by high theory. »

123. J.H. MERRYMAN, préc., note 5, 866. Voir aussi, pour l'étude du virage doctrinal en common law, de la perspective pratique vers la perspective interdisciplinaire, Richard A. POSNER, « *Legal Scholarship Today* », (2002) 115 *Harv. L.R.* 1314.

2.2 Une orthodoxie du feuillage

Alors que, dans les systèmes romanistes, l'orthodoxie est ascendante, de la terre vers le ciel, des racines vers la cime, l'orthodoxie que suggère l'arbre-common law est inverse : il s'agit d'une orthodoxie descendante, du feuillage vers les racines. L'institution du jury, qui a longtemps prévalu en common law médiévale sur celle des juges adjudicateurs¹²⁴, en représente en quelque sorte l'expression parfaite : rendu sans motivation, à l'unanimité, par des non-juristes, le droit du jury n'est qu'une feuille singulière de l'arbre-common law, que ne nourrit aucune sève montée des racines et qui ne leur profitera pas non plus. Même avec la généralisation des juges décideurs¹²⁵, ce sont les décisions judiciaires qui nourrissent les concepts et principes fondamentaux de common law, non le contraire : « These ideas and practices exist only in the sense that they are accepted and acted upon within the legal profession [...] the relative value of formulated propositions of the common law depends upon the degree to which such propositions are accepted as accurate statements of received ideas or practice, and one must add the degree to which practice is consistent with them¹²⁶. »

Même si les mots utilisés peuvent varier et ne sont pas liants comme ceux d'un texte législatif, c'est l'expression d'une règle ou d'un concept par le juge et son application qui en donnent la mesure et alimentent le second corps de la common law. Les juges représentent donc les gardiens emblématiques de l'orthodoxie dans un tel système, à l'image des prêtres de Zeus à Dodone qui interprétaient et formulaient l'ineffable pensée divine d'après les mouvements et murmures du feuillage des chênes. Ils y sont des acteurs privilégiés, puisqu'ils secrètent directement le premier corps (entièrement visible) de la common law.

Mais nulle fongibilité dans la formulation des règles ou principes n'est attendue de la part de ces gardiens de l'orthodoxie, aux antipodes des professeurs de droit interchangeables dont rêvait Savigny. Une telle fongibilité n'est ni possible ni désirable : elle trahirait l'essence même du deuxième corps de la common law, car « [w]hat is involved is basically an oral tradition, still only imperfectly reduced to published writing¹²⁷. »

Dans un système de common law, l'observation proprement juridique, l'étude ou l'art du droit pour lui-même, ne peut être que participante ; la distance scientifique est donc traditionnellement associée à l'emploi d'une

124. Sur la montée du jury à partir du XIII^e siècle, voir J.H. BAKER, préc., note 14, p. 72-76.

125. Sur les transformations de la procédure à partir du XVI^e siècle, notamment grâce aux *motions in banc*, voir J.H. BAKER, préc., note 14, p. 81-85 et 92-95.

126. A.W.B. SIMPSON, préc., note 79, p. 376 et 377.

127. *Id.*, p. 379.

autre science humaine pour regarder le droit: «To argue that this or that is the correct view, as academics, judges and counsel do, is to *participate* in the system, not simply to study it scientifically¹²⁸.»

Conclusion

Entre la vision de la recherche en droit héritée du droit romain et celle de common law, le malentendu est total. Tout se passe comme si la common law n'avait jamais connu de véritable stade *jurisprudencia* dans son développement, étape décisive qui a permis aux juriconsultes romains de faire du droit un art à part entière, de l'étudier indépendamment de la pratique et de le concevoir comme une science subordonnée à l'écrit. Par contraste, la common law conserve une part importante d'oralité et d'incertitude tant ontologique que linguistique dans l'expression de ses règles et concepts fondamentaux. Elle reste aussi plus imbriquée dans la pratique des cours, la réflexion des juristes-participants, qu'ils soient juges, avocats ou professeurs, se concentrant sur les décisions concrètes et sur la pratique du droit plutôt que sur une théorie des racines jugée tantôt simplement non pertinente, tantôt franchement non orthodoxe parce que trahissant l'essence même de la common law. Aux facultés de droit des pays romanistes, où l'on tient pour acquis que le droit est objet d'étude intellectuelle à part entière, répondent les écoles de droit américaines et canadiennes¹²⁹, où l'on est fier de dispenser une formation directement «utile» et professionnalisante.

Le rapport Arthurs sur le droit et le savoir, rédigé en 1983 à la requête du CRSH, déplore ce caractère professionnalisant et suggère d'accroître la perspective théorique dans l'enseignement du droit, en particulier par le recours à d'autres sciences humaines¹³⁰. Paradoxalement, ce rapport, qui a affecté à la fois la recherche et l'enseignement dans les deux traditions

128. *Id.*, p. 379.

129. La «Section de common law» de l'Université d'Ottawa, enchâssée dans la «Faculté de droit» qu'elle partage avec la «Section de droit civil», représente une exception notable, qui traduit un souci de faire écho, tant bien que mal, aux deux traditions enseignées côte à côte.

130. GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, préc., note 116, p. 175; D. POIRIER ET A.-F. DEBRUCHE, préc., note 85, p. 676. Commentant la réforme du programme de droit à l'Université McGill, qui tend vers une plus grande théorisation du droit dans le contexte du système mixte québécois (l'approche civiliste semblant nourrir ici celle de common law), l'auteur du rapport déplore le peu d'importance accordée à l'interdisciplinarité: Harry ARTHURS, «Madly Off in One Direction: McGill's New Integrated, Polyjural, Transsystemic Law Programme», (2005) 50 *McGill L.J.* 707, 714 et 715. Le modèle américain représente clairement l'influence prépondérante des auteurs du rapport dans l'analyse de l'enseignement et de la recherche au Canada.

juridiques canadiennes, méconnaît le génie propre à la tradition de common law, qui ressortit d'un système semi-coutumier partiellement oral¹³¹, et celui de la tradition de droit civil, où le droit peut être objet d'étude scientifique sans le secours d'autres sciences humaines¹³² et cette étude n'avoir aucune retombée pratique immédiate¹³³.

On pourrait parler d'une illustration supplémentaire des solitudes du bijuridisme au Canada¹³⁴, si ce double regard tronqué ne se traduisait pas, en pratique, par la prépondérance d'une tradition sur l'autre en matière d'orthodoxie de la recherche juridique. En affirmant que le droit n'est pas un objet d'étude légitime à part entière (ce qui est vrai des racines de common law¹³⁵), l'impulsion imprimée par ce rapport, que l'on retrouve à différents niveaux de l'enseignement et de la recherche dans les facultés de droit civil québécoises ou ontarienne, conduit à nier la spécificité et la force de la tradition romaniste. Bien plus, ce faisant, cette tendance moniste contraint les chercheurs romanistes à délaisser les catégories classiques du droit, fruit du travail accumulé de 1500 siècles d'histoire, pour justifier leur démarche scientifique dans les termes étrangers dictés par les cadres théoriques d'autres sciences sociales. Tout se passe alors comme si, pour prouver que l'on est scientifique, il fallait recourir aux concepts d'autres

-
131. Le rapport ne perçoit guère l'intérêt de l'étude du « feuillage » de common law (appelé les « règles de droit », le « droit positif »), parce qu'il est changeant dans le temps et ne reflète pas l'entière de la pratique du droit. Le constat est exact dans la mesure où des racines existent et qu'elles ne sont pas objet d'étude, mais la conclusion qui en est tirée est excessive puisque, à part le feuillage, on ne pourrait alors rien étudier de la common law : GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, préc., note 116, p. 56 et 57.
132. Cette étude des principes juridiques est dénommée dans le rapport (de façon un peu malheureuse, car ceci entraîne une confusion avec la philosophie du droit) « théorie du droit » et ne représente pas de la vraie « recherche fondamentale », qui s'inspire soit des sciences sociales, soit de la philosophie, de la linguistique ou de la politique – bref, d'autres disciplines que le droit : GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, préc., note 116, p. 74-78.
133. Dans la logique du rapport, la science du droit doit être tournée vers l'avenir (le rapport au passé de la discipline est fustigé : GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, préc., note 116, p. 156) et se mettre au service de la résolution de problèmes sociaux (c'est le sens de diverses recommandations formulées en conclusion, par exemple aux pages 178 et 180, n^{os} 18, 20 et 35).
134. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.
135. « [L]e droit au Canada est fait, appliqué et évalué souvent dans une absence totale de règles scientifiques » : GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, préc., note 116, p. 79. Ou encore, « la recherche est profondément liée à l'exercice de la profession ; on ne la retrouve à peu près jamais à l'état pur » : GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, préc., note 116, p. 153.

sciences que le droit, et abandonner la langue juridique au profit d'une autre, de facture plus récente, pour évoquer un champ de connaissance plus ancien : au malentendu s'ajoute une ignorance, ou un mépris larvé, qui conduit progressivement à éloigner les civilistes québécois de la richesse de leur propre tradition en lui ôtant toute crédibilité¹³⁶. Discutant la pertinence des écrits « anti-juridiques » de Bourdieu pour les juristes, Jacques Caillosse enchérit :

[La] rencontre avec le texte de P. Bourdieu ne saurait valoir disqualification du travail qu'appelle, en tout état de cause, la fonction de juriste. Si l'on estime que la connaissance de cette dernière ne peut sérieusement faire l'économie d'un questionnement sur ses conditions sociales de production et de fonctionnement et que la sociologie du « champ juridique » répond à cette attente, la grammaire propre du droit ne semble guère trouver son mode de lecture dans le programme bourdieusien d'une science des pratiques sociales. En d'autres mots, il n'est pas question de quitter le registre du juriste pour celui du sociologue. L'ouverture du droit sur les sciences sociales ne saurait se pratiquer au prix d'une dissolution de l'objet irréductible de la pensée juridique¹³⁷.

Notre propos n'est pourtant pas de mettre en doute l'intérêt des autres sciences humaines dans l'étude du droit : dès la *jurisprudencia* romaine, la science du droit était multidisciplinaire, puisqu'elle intégrait les méthodes de la philosophie et de la logique grecque, et cette tendance ne s'est pas démentie, bien au contraire, chez les juristes médiévaux européens et les professeurs allemands du XIX^e siècle. À cet égard, la tradition romaniste est plus large que celle de common law, puisqu'elle étudie à la fois le droit pour lui-même, de façon théorique, mais qu'elle l'examine aussi dans ses aspects pratiques et sous l'angle d'autres sciences humaines.

Quoi qu'il en soit, le génie propre aux deux traditions juridiques qui commandent le droit en vigueur au Canada correspond à leur histoire unique, et à leur culture singulière. À ce titre, leur diversité devrait bénéficier du respect commandé par le principe du multiculturalisme cher aux Canadiens, que l'on applique volontiers à la langue et à la culture — pourquoi le droit, rangé aux côtés de la religion dans les identifiants sociaux restitués par l'*Acte de Québec* aux Québécois, devrait-il faire exception ?

136. On observe à l'occasion une tendance similaire en France, mais dans un contexte différent : il s'agit alors simplement de « ruer dans les brancards » de la tradition juridique civiliste bien établie (pour un exemple ponctuel récent, au sein d'un ouvrage au demeurant respectable, voir Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPERIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 272-281, où l'insistance sur la singularité de la tradition romaniste est assimilée à une attitude rétrograde). Mais l'état des lieux hors de France, et notamment au Québec, montre que ce genre de provocation peut être irresponsable.

137. Jacques CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, *juris lector* : anti-juridisme et science du droit », (2004) 56-57 *Droit et société* 17, 22.

Par-delà la nécessité d'encourager le respect du génie propre à ces deux traditions juridiques, au sein de la recherche subventionnée ou non, l'objectif de ce libre propos est surtout de stimuler la réflexion de chaque lecteur, et de le conduire à réfléchir et à préciser sa propre vision du droit civil et de la common law, décantée au fil de lectures, de discussions et d'expériences qui ne peuvent être que personnelles¹³⁸. Que les classes successives d'étudiants de common law du programme de droit national de la section de droit civil de l'Université d'Ottawa soient remerciées de nous avoir donné, au fil de discussions toujours très enrichissantes, l'envie de définir plus précisément la nôtre.

138. À cet égard, l'auteure adresse ses remerciements les plus sincères à l'évaluateur qui a pris la peine, en plusieurs pages soigneusement documentées, de rédiger un « libre propos sur le libre propos » qui représentait déjà une telle réplique.