Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich

Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne

Drittes deutsch-französisches Symposion
vom 16. bis 18. September 1999
in La Bussière / Dijon

Herausgegeben von
Jean-François Kervégan
und Heinz Mohnhaupt

Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
2001

L'École de l'Exégèse était-elle historique?

Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795–1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny

Mikhaïl Xifaras, Cergy-Pontoise

I

Introduction

Dans cet article, je souhaiterais apporter une contribution à la question, vaste et pourtant peu traitée, de la réception de Savigny par les juristes français, en me laissant guider par l'hypothèse selon laquelle certains éléments de la doctrine du maître de Berlin sont connus et discutés bien au delà du cercle de ses disciples, jusques et y compris par ceux qu'on a coutume de ranger sous la bannière de « l'École de l'Exégèse ». Pour mettre au jour les caractéristiques de cette réception, je n'ai pas cherché à confronter les solutions précises apportées par ces juristes à des questions de droit traitées par Savigny, dans la mesure où il m'a semblé qu'un tel point de vue restreindrait la perspective de la recherche au seul « élément technique », pour user de la terminologie savignienne.

Je n'ai pas non plus cherché à déterminer les traits généraux de l' « École de l'Exégèse » à travers une comparaison avec ceux de l'École historique parce que, la plus belle fille du monde ne pouvant offrir que ce qu'elle a, une telle approche ne saurait produire autre chose que des généralités.

Il m'a ainsi semblé préférable de concentrer mon attention sur la figure singulière d'un auteur, en abordant son œuvre dans la perspective d'en dégager la cohérence et les traits singuliers, usant pour ce faire de la manière du commentaire philosophique.

Ce choix est d'abord un aveu d'incompétence – je ne suis ni juriste ni historien –, c'est aussi le fruit du désir de ne pas accorder une importance heuristique déterminante à l'expression « École de l'Exégèse ». Considérer, comme le fait encore aujourd'hui une large part de la

doctrine française, que les œuvres et les pensées de jurisconsultes comme Jean-Baptiste Victor Proudhon – qu'il ne faut pas confondre avec Pierre-Joseph –, Charles-Bonaventure Marie Toullier, Raymond-Théodore Troplong ou Charles Demolombe sont mieux comprises dès lors qu'elle sont considérées comme « exégétiques », voire s'épuisent dans cette seule qualification, me paraît faire peu de cas de la diversité et de la richesse qui les caractérise.

Cette approche a une origine connue, ce sont les travaux de Julien Bonnecase.[1] Ces travaux sont polémiques, ils ont pour ambition de montrer que deux écoles s'affrontent tout au long du XIXe dans le domaine du droit privé, une école novatrice et stimulante – l'École Scientifique et une école conservatrice et stérilisante – l'École de l'Exégèse; la *Thémis* et Jourdan d'une part, le renouveau des études juridiques après 1880, autour des travaux de Geny, représenteraient le premier courant et à peu près tout le reste incarnerait le second. Dans la première moitié du XIXe siècle, le camp des rénovateurs serait donc celui des juristes regroupés autour de la *Thémis*. Il serait ainsi assez tentant d'en déduire que les rénovateurs de l'École scientifique et la « jeune école germanique » sont une seule et même chose. Il faudrait alors en conclure que le renouveau des études juridiques n'a pu se faire que contre une doctrine sclérosée, et, si l'on peut dire, de l'extérieur, via les développements de la science juridique d'outre-Rhin, et que le chapitre de l'histoire des idées juridiques ouvert par les premiers commentateurs du Code civil s'est justement clos sur le constat de leur absence de postérité.

Il n'est pas douteux que la *Thémis* ait joué un rôle déterminant dans la diffusion en France de la science juridique allemande en général, et des idées de l'École historique en particulier,[2] mais par contre,

[1] Particulièrement les deux ouvrages suivants: JULIEN BONNECASE, L'École de l'Exégèse, sa doctrine, ses méthodes, 2de édition, Paris (De Broccard) 1924, et: La science du droit privé en France au début du XIXe siècle, « la Thémis », 2de édition, Paris (De Broccard) 1924.

[2] Selon OLIVIER MOTTE, la découverte de la science allemande divisa les juristes français en deux camps: les uns voyant dans la science juridique allemande un modèle qu'on ne pouvait trop s'efforcer d'imiter, les autres, les plus nombreux, la considérant comme une sorte de monstruosité dont une sévère critique devait se hâter de faire justice. Aussi les rédacteurs de la Thémis eurent-ils souvent à répondre de la « terrible accusation de germanisme » qui fut opposée à tous ceux qui se tournaient vers l'Allemagne.

En fait malgré les efforts prodigieux de Jourdan et de ses amis, le « germanisme » en jurisprudence restera marginal dans l'École, et bien entendu à peu près ignoré des praticiens. L'influence de l'érudition allemande demeurera chez les juristes français encore très faible.

l'opposition stricte et normative de Bonnecase est beaucoup plus discutable – et discutée aujourd'hui, que ce soit sur le mode de l'analyse historique[3] ou sur celui du plaidoyer.[4]

M'autorisant de ces failles récentes dans l'*opinio communis*, et des réserves expresses que suscite chez certains auteurs le cas particulier de Troplong,[5] je ne chercherai donc pas à rendre compte de son œuvre en y cherchant l'illustration des cinq traits généraux caractéristiques que Bonnecase assigne à l'École de l'Exégèse (l'identification du droit à la loi, de l'esprit de la loi à l'intention du législateur, l'étatisme,[6] la confusion quant à la conception du droit et le conformisme institutionnel).

Il en ira tout autrement sous la monarchie de Juillet où les disciples de l'Allemagne seront, malgré bien des résistances encore, véritablement au cœur de la vie scientifique, formant peu à peu ce que ses adversaires appelleront la «jeune école germanique» avec ses chefs de files comme Klimrath, Laboulaye et Giraud (...).

Mais l'influence allemande alors va bien au-delà de ce petit groupe. L'ensemble des collaborateurs de la *Revue de Législation et de Jurisprudence* et dans une moindre mesure de la *Revue de droit français et étranger*, qu'ils la connaissent ou la devinent, brûlent d'imiter l'«Allemagne savante et studieuse»; dans: Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle, Tome 1, Bonn (Edition Röhrscheid) 1989, pp. 42 et 43.

Et encore:

«L'hostilité de la majorité du corps professoral de la faculté de droit de Paris, menée par Bonnier et Valette, sera à peu près totale; mais motivée surtout par une opposition à un système universitaire qui aurait remis en question ses privilèges, elle n'a pas grand fondement théorique. Les adversaires de valeur seront rares. (...) Toutefois malgré les efforts de ministres éclairés, les tentatives visant à inscrire l'esprit savant venu d'Allemagne dans l'enseignement du droit, suivies avec intérêt outre-Rhin, se solderont par un échec à peu près total. (...).

Si l'impact de ce mouvement ne se fait sentir qu'à la marge des facultés et sur la frange érudite du barreau et de la magistrature, il est évident néanmoins qu'il est à l'origine d'une vie scientifique en plein essor.» MOTTE, Lettre Inédites, p. 45.

ALFONS BÜRGE, consacre un important développement à línfluence de lÉcole historique en France, dans: Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, in: Ius Commune n° 52, Frankfurt/M. (Klostermann) 1991, pp. 150–293.

[3] JEAN-LOUIS HALPERIN, Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris (PUF) 1996, pp. 45 à 81.

[4] PHILIPPE RÉMY, Éloge de l'exégèse, in: Droits 1 (1985), pp. 115–123.

[5] Il est considéré par Carbonnier comme «techniquement dissident», «aussi exégétique que possible en la forme. Mais en profondeur, ce fut tout l'opposé d'un exégète»: JEAN CARBONNIER, Introduction au droit civil, Paris (Thémis) 1995, n° 152.

[6] Au passage, il faut noter que Bonnecase fait un parallèle entre l'étatisme de l'École de l'Exégèse et celui, supposé, de l'École historique, particulièrement de Savigny, mais il semble par ailleurs identifier l'étatisme et le culte du législateur (que Savigny distingue pourtant, en faisant jouer à cette distinction un rôle central dans sa doctrine), ce qui affaiblit considérablement sa démonstration: «De même que Savigny, en fondant l'École Historique, a préparé la doctrine étatiste qui a dominé et domine plus que jamais la science juridique allemande, de même nos Exégètes auraient, si les tendances de l'esprit français s'y étaient prêtées, préparé au droit public des voies

Raymond Théodore Troplong est selon Bonnecase une des figures centrales et emblématiques de l'exégèse, le « philosophe de l'École ». Il est vrai que l'essentiel de ses écrits sont des commentaires du Code, au titre évocateur de « Droit civil expliqué selon l'ordre du code ». Il est vrai aussi que Troplong est le Premier Président de la Cour de Cassation et que tous les objets d'étonnement que comporte sa biographie peuvent le rendre sympathique, mais pas précisément iconoclaste.[7] Troplong est donc bien un exégète du Code civil, et un notable de la Monarchie de Juillet, puis du Second Empire. Pour autant, son œuvre, qui n'est pas dépourvue de portée philosophique, est assez originale pour mériter d'être considérée en elle-même.

Ainsi, s'abstenant d'y chercher le strict reflet d'une pensée techniquement étroite et politiquement conservatrice, le lecteur est frappé de voir revenir des thèmes, parfois même des arguments qui évoquent irrésistiblement ceux de l'École historique. Il n'y a pas lieu de s'en étonner: on sait aujourd'hui que l'influence de l'École historique en France s'est considérablement étendue sous la monarchie de Juillet, pour déborder largement le cadre des disciples – directs et moins directs – comme Lerminier, Laboulaye, ou encore Klimrath, Pardessus ou Giraud, pour ne citer que les principaux.[8]

Avec Troplong, nous quittons donc les marges de la doctrine française pour nous installer au cœur de celle-ci, en même temps que nous renonçons à limiter son apport pour les générations futures à l'incarnation du contre-exemple à ne pas suivre dans le domaine de l'interprétation comme dans celui de l'intelligence de l'histoire. Il se pourrait même, mais cette hypothèse dépasse le cadre du présent travail, que des auteurs comme Troplong aient – à l'instar de leurs collègues d'outre-Rhin – grandement contribué eux aussi à élaborer les principes épistémiques de la science moderne du droit ainsi, peut-être, que quelques-unes des idiosyncrasies de la doctrine française. Dans cette perspective il n'est évidemment pas indifférent de considérer la manière dont a été reçue la doctrine du chef de file de l'École historique allemande. Il est ici question de réception, plus que d'influence, cette

purement étatistes. La doctrine de l'École de l'exégèse se ramène, en effet, à proclame l'omnipotence juridique du législateur, c'est-à-dire de l'Etat, car, qu'on le veuille ou non le culte du texte de la loi et de l'intention du législateur, poussé à l'extrême, place l droit d'une manière absolue aux mains de l'Etat. » BONNECASE, L'École (n. 1), p. 148.

[7] Une brève notice biographique dans HALPERIN, Histoire (n. 3), n° 33.

[8] Cf. MOTTE, Lettre (n. 2); BÜRGE, Privatrecht (n. 2), chapitre III.

dernière expression évoquant davantage un procédé de diffusion par capillarité que la confrontation active, la discussion rigoureuse à laquelle la lecture de Savigny par Troplong a donné lieu.

Cette discussion est, à ma connaissance, seulement indirecte. En ne reportant aux travaux d'Olivier Motte sur le sujet,[9] il semble qu'il n'y ait eu aucun contact épistolaire entre Troplong et Savigny. Mais Troplong connaît bien les principaux ouvrages de Savigny; il cite à de nombreuses reprises, vraisemblablement d'après les traductions françaises, son *Traité de la possession*, son *Droit des obligations*, et son *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, et porte, comme on le verra, une très grande estime à ces recherches historiques.[10] Par delà l'emprunt de résultats ponctuels, et quoique que s'inscrivant toujours dans l'examen d'une question déterminée, c'est sur le plan des principes même que Troplong se mesure aux doctrines de Savigny, aussi bien du point de vue épistémique, relativement à la méthode de la science juridique, que du point de vue ontologique, quant à la nature même de la règle de droit.

II

Le droit, par son histoire

Comme on l'a vu, selon Bonnecase, les deux premiers traits constitutifs de l'École de l'Exégèse sont l'identification du droit et de la loi d'une part, de l'esprit de la loi et de l'intention du législateur d'autre part. Si c'est le cas, Troplong, pourtant considéré par le même auteur comme le philosophe de l'École de l'Exégèse, ne doit pas être associé à ce corps de doctrine, dès lors qu'il défend explicitement et avec persévérance la thèse, d'allure savignienne, selon laquelle le droit ne se confond pas avec la loi,[11] de même que l'esprit des lois n'est pas réductible à la seule

[9] Dans le recueil de lettres précité, la seule occurrence du nom de Troplong apparaît dans une lettre d'Édouard Laboulaye à Savigny du 14 janvier 1847, dans laquelle il lui recommande, entre autres, la lecture de l'article « Du mariage chez les Romains et de la puissance maritale à Rome », publié dans le Tome XXI de la *Revue de Législation et de Jurisprudence*: cf. Oliver Motte, Savigny et la France, Berne (P. Lang) 1983, p. 182.

[10] Il n'y a là rien d'étonnant: même ceux qui ne sont pas historiens du droit savent depuis un célèbre article de Hermann Kantorowicz qu'on peut tout reprocher à Savigny, sauf de ne pas être un remarquable historien du droit: voir Hermann Kantorowicz, Savigny and the historical law of school, in: Law Quarterly Review 53 (1937), pp. 326–343.

[11] « la règle de droit et la loi qui en est l'expression ont pour base plus profonde les institutions dont la nature organique se montre dans l'ensemble vivant de leurs parties constitutives, et dans leurs développements successifs. » Frédéric Charles De Savigny,

volonté du législateur.[12] Pour le dire autrement, Troplong n'est pas un Exégète, au sens que Bonnecase donne au terme.

Il n'est bien entendu pas question de nier l'immense admiration que Troplong éprouve aussi bien pour le Code civil français lui-même que pour son auteur éponyme, Napoléon, et rien ne serait plus facile que de multiplier les citations dans lesquelles l'emphase dispute à l'ampoule le privilège de louer l'œuvre et son créateur. On se contentera ici de celles qui suivent:

> « Napoléon, (...) a imprimé sur le Code civil les traits de cet étonnant génie qui brilla dans le gouvernement de l'État autant qu'à la tête des armées »,[13]

et ainsi s'explique l'enthousiasme que le Code civil suscite à l'étranger:

> « à cause de la précision de ses formes, de la clarté de ses dispositions, de l'avantage que présente la codification moderne comparée au chaos de l'ancien droit ».[14]

Troplong est donc bien à la fois fervent partisan du Code civil et bonapartiste convaincu. Mais ce n'est certainement pas parce qu'il confondrait le droit et la loi, ni parce qu'il réduirait la science de l'interprétation à la stricte exégèse du texte. Selon lui, comme pour Savigny au demeurant, l'interprétation du texte de loi doit bien sûr commencer par l'interprétation grammaticale et logique des textes, mais il n'est pas question de se contenter de suivre la lettre des articles en faisant une explication lexicale des termes et en mettant en rapports les dispositions des articles, il convient de faire appel à l'histoire et à la philosophie, par quoi il convient d'entendre tous les grands auteurs classiques et pas seulement ceux du siècle précédent:

> « Les textes du code ont une sève féconde qui déborde de toute part les ouvrages classiques du XVIIIe siécle. Vouloir la comprimer dans les

Traité de droit romain, Tome I, traduction française Charles Guenoux, Paris (Firmin Didot) 1840, p. 9.

[12] « Tel est le procédé de l'interprétation qu'on peut définir ainsi: la reconstruction de la pensée contenue dans la loi. J'emploie le mot pensée, comme le plus propre à exprimer la partie intellectuelle de la loi. D'autres emploient le mot sens. Il faut éviter le mot intention, parce qu'il a une double signification: car il peut s'entendre également du but immédiat de la loi et d'un but plus éloigné du législateur auquel la loi concourt indirectement. Les romains se servent indifféremment des mots mens et sententia. » Savigny, Traité (n. 11), p. 208.

[13] Raymond-Theodore Troplong, Le droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code. Des privilèges et hypothèques, Bruxelles (Librairie de jurisprudence de H. Tarlier) 1835, Préface, p. VIII.

[14] Troplong, Privilèges (n. 13), p. X.

> limites empruntées à un autre âge de la jurisprudence, tandis qu'elle ne demande qu'à circuler et à s'étendre, c'est violer la loi du progrès, et oublier qu'une science qui marche est une science qui grandit.»[15]

On reconnaît là une métaphore qu'on retrouve souvent sous la plume de Savigny, celle du droit et de la science du droit considérés comme un organisme vivant.[16] Les développements du droit comme de la science du droit ne sauraient être ni la reproduction à l'identique d'un passé magnifié[17] ni la répétition statique d'une forme présente achevée, fût-elle le Code civil lui-même:

> «Cependant, chose étrange, on entend répéter tous les jours que le Code civil a rétréci l'horizon du droit, et que le temps des larges études est fini. Oui, sans doute, si l'on ne veut trouver dans ce vaste résumé que la relation de ses articles avec des fragments de Pothier, Domat et d'autres auteurs, (...) Mais essayez un moment de sortir de ce cercle borné, laissez aller le droit à sa souplesse naturelle et à ses élans vigoureux; permettez au code de faire alliance avec les grands jurisconsultes du XVIe siècle, et de se poser à côté du droit romain, non pour subir docilement son joug mais pour lutter en rival qui connaît ses forces; exigez que l'interprète explique ses dispositions par l'histoire et la philosophie, qui plus que jamais est un besoin des intelligences, (...) alors, si je ne me trompe, ceux qui se trouvent à l'étroit dans le Code et semblent se plaindre d'y étouffer, seront peut-être embarrassés de l'abondance des richesses, et rabattront leur dédain.»[18]

Il convient décidément de renoncer à faire de Troplong un simple exégète du Code. C'est en s'appuyant sur la distinction du droit et de la loi qu'il entreprend de défendre une œuvre considérée non pas comme une simplification arbitraire mais comme une synthèse réussie: le Code est légitime non pas parce qu'il doit nécessairement l'être en tant qu'expression de la volonté du législateur, mais parce qu'il produit en acte le résumé fidèle et souple du développement du droit, considéré dans son histoire. Face à ceux qui reprochent à la codification d'enfermer le droit dans les limites étroites et de nuire à son développement

[15] Raymond-Theodore Troplong, Le droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code, De la prescription, Paris (Hingray) 1835, préface, pp. v et vi.

[16] Sur ce point, on consultera Alfred Dufour, Droit historique et raison, in: Droits de l'homme, droit naturel et histoire, Paris (PUF) 1991, pp. 188 sq.

[17] On a souvent, de Marx et Gans et jusqu'à aujourd'hui, attribué à tort cette thèse authentiquement réactionnaire à l'École historique allemande. Sur ce point Alfred Dufour, Histoire naturelle ou nature historique du droit dans l'École du Droit historique, in: Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (dir.), Le droit entre nature et histoire, Frankfurt/Main (Vittorio Klostermann) 1997, pp. 125–168.

[18] Troplong, Prescription (n. 15), p. vi.

naturel – sans aucun doute s'agit-il de la «jeune école germanique» c'est-à-dire des disciples plus ou moins directs de Savigny – Troplong ne choisit pas le camp du culte de la loi et du législateur, il fait au contraire appel aux arguments de ses adversaires, la souplesse naturelle, l'alliance avec les sommets de la science du droit comme avec les autres disciplines, afin de voir autre chose dans l'œuvre napoléonienne qu'une appauvrissante formalisation.

De fait, tout se passe comme s'il utilisait des arguments de facture savignyenne pour parvenir à une autre conclusion. Ainsi, la préférence nettement affichée pour la science juridique du XVIe siècle (par quoi il faut entendre l'École historique française et le nom de Cujas) aux dépens de celle du XVIIIe est commune à tous les disciples de Savigny comme au Maître lui-même.[19] Surtout, la citation précédente établit une remarquable convergence avec la doctrine de Savigny quant à la nécessité d'ouvrir la science de l'interprétation, par delà sa nécessaire dimension exégétique, c'est-à-dire logique et grammaticale, aux grands vents de l'histoire et de la philosophie.

Cette convergence appelle la remarque suivante: l'on sait désormais que la position de Savigny à l'égard de la codification en général, du Code civil français en particulier, est plus mouvante et plus subtile qu'on ne l'ont cru les contemporains de la querelle avec Thibaut.[20] Savigny n'a pas été l'adversaire farouche de toute entreprise de codification en général, il a plus modestement douté de l'opportunité d'une telle entreprise, dans des circonstances historiques précises, celles de l'Allemagne dans les premières années du XIXe siècle. S'il faut donc accorder l'existence d'un net désaccord politique entre les deux juristes

[19] Il est d'ailleurs possible que la formulation même de cette thèse soit une reprise directe d'un paragraphe polémique du *Vom Beruf*: «car on sait bien qu'au XVIe siècle vivaient en France quelques personnes auprès de qui l'on peut encore aujourd'hui apprendre le droit romain. Mais j'ai moi-même entendu dire à un professeur de droit à Paris que les ouvrages de Cujas, s'ils ne manquaient certainement pas dans les bibliothèques bien fournies, n'étaient plus utilisées, car tout ce qu'ils contenaient de bon se trouvait dans Pothier»; F.-C. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, München (Verlag Vahlen) 1973, p. 134.

[20] Édouard Laboulaye, dans son Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny, Paris, Leipzig (Durand, Joubert, Brockhaus et Avenarius) 1842, note que «la question de Codification, qui était pour Thibaut la question principale, n'avait aux yeux de Savigny qu'une importance secondaire», en se rangeant à l'opinion de Bluntschli, Die Neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, Zurich 1841, p. 1. Sur ce point cf. l'étude récente de Olivier Beaud, Savigny et le droit public, in: Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (dir.), Le droit (n. 17), p. 179.

Troplong est bonapartiste, et Savigny ne saurait l'être –, ainsi qu'une forte divergence d'appréciation quant à la pertinence de la codification française et de la diffusion d'un tel modèle en Europe, ces oppositions ne trouvent pas leur origine dans des considérations théoriques sur la nature du droit et de l'interprétation. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que Troplong fasse sienne l'exigence d'un nécessaire recours à la philosophie et à l'histoire pour interpréter les lois. Cette exigence est au cœur de la théorie savignienne de l'interprétation, telle que l'expose le chapitre IV du premier tome du *Traité de droit romain*.[21] La publication française du traité est postérieure à celle de l'article précité, de sorte que Troplong n'en a peut être pas eu la connaissance directe, mais dans ce contexte, qui est celui d'une polémique avec les partisans français de l'École historique, l'intention rhétorique de Troplong ne fait pas de doute: il s'agit bien de se réclamer d'une conception « allemande » de l'interprétation des lois et partant, de la science du droit.

III

La nouvelle histoire du droit

Le Code s'explique donc par son histoire (sa longue histoire et pas seulement son histoire récente), et par ses principes, et pas seulement par l'intention du législateur. Pour Troplong, et Savigny ne le contredirait certainement pas, la loi nouvelle ne vient en effet pas rendre superflue la connaissance du droit ancien. Tout au contraire, le nouveau Code civil, parce qu'il résume les droits antérieurs en leur empruntant leurs institutions et leurs solutions, doit être une incitation à l'étude du droit romain comme de l'ancien droit. C'est bien pourquoi, ici encore, contre l'orientation de nombre de professeurs de droit de l'Université, Troplong se fait, au côté de la *Thémis*, le défenseur des études historiques, romaines comme on l'a vu, mais aussi bien médiévales:

> « le droit féodal n'est pas plus mort dans l'étude des lois modernes que les marquis ne sont morts dans les salons. Il règne encore non par le droit de promulgation légale mais par droit de puissance paternelle sur la législation des partages et les articles 883 et 1408 du Code civil, ces règles si importantes et si originales, en sont issues en ligne directe. (...) »[22]

[21] Savigny, Traité (n. 11), pp. 200–207.

[22] Raymond-Théodore Troplong, Opinion de M. R.-T. Troplong sur le Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque de MM. Championnière et Rigaud, avocats, in: Revue de législation et de jurisprudence X (1839), p. 292.

C'est dire que l'histoire des institutions juridiques est à leur expression présente ce que l'esprit est à la lettre. Ce droit de puissance paternelle qu'évoque Troplong consacre la légitimité de l'histoire du droit à saisir la genèse des institutions et, par suite, leur développement, c'est-à-dire à exposer ces institutions dans leur vérité; c'est donc bien l'histoire qui est la clef de l'interprétation des lois en vigueur, tout comme c'est dans son histoire que doit être considérée la science du droit. Ainsi, Troplong ajoute à propos des droits d'enregistrement, avec des accents décidément savignyens, et filant toujours la métaphore vitaliste:

> « voilà qu'une branche entière de la jurisprudence sort du vieux tronc du droit et tire de lui son aliment et sa sève! En vérité il y a de quoi être confondu d'étonnement à la vue de ces esprits orgueilleux ou aveugles qui, traitant la science comme un embarras, s'efforcent par tous les moyens de la dépouiller de ses rameaux. Tantôt c'est le droit romain qui doit être supprimé comme fastidieux et inutile; tantôt c'est le droit féodal qu'il faut laisser dans la poussière de son tombeau. Ici, guerre à la philosophie du droit, là guerre à son histoire! Mais en définitive quel est le résultat de tous ces efforts de destruction? Un beau jour et par un retour inévitable, la science mutilée par ces mains barbares reparaît vigoureuse et rajeunie, se parant d'un égal amour de ses titres anciens et de ses titres nouveaux, elle rallie tous les hommes sans prévention. »[23]

Pour Troplong, la méthode de l'interprète est donc nécessairemen historique. On ne saurait restituer la véritable nature juridique d'un institution, d'une disposition particulière du Code, dans l'ignorance d son origine: il faut

> « considérer le présent comme une arche jetée entre le passé et l'avenir, et ne jamais oublier qu'on ne peut rompre d'un côté sans tomber dans l'abîme »,

selon la formule à laquelle recourt Laboulaye pour présenter en Franc la doctrine de Savigny.[24] Cette méthode, dont on comprend combien le prémisses continuistes ont pu séduire le farouche pourfendeur de tout velléité révolutionnaire qu'est Troplong,[25] s'appuie sur une conceptic explicitement évolutionniste de la science juridique:

[23] Troplong, Opinion (n. 22), pp. 292–293.

[24] Édouard Laboulaye, Essai (n. 20), p. 47. On peut se demander si cette formu rend compte avec exactitude de la doctrine qu'elle présente.

[25] C'est dans un petit opuscule tardif, et dans la chaleur de l'action, que Troplo donne toute la mesure de ses convictions contre-révolutionnaires: Raymond-Théod Troplong, De la propriété d'après le Code civil, Paris (Pagnerre, Paulin, Firmin Di frères) 1848.

> « la science du droit est comme cette chaîne merveilleuse dont parle je ne sais plus quel conte oriental et dont les anneaux quoique brisés par une force supérieure tendaient sans cesse à se rejoindre et à se ressaisir. Les institutions se modifient et périssent. Car il est au pouvoir de l'homme de les métamorphoser. Mais ce qui dépasse sa puissance c'est de supprimer l'indestructible liaison des faits sociaux, c'est de rompre la succession historique des événements, c'est de détacher l'effet de sa cause, le présent de son passé! »[26]

Ces lignes, qui se rapportent à l'actualité du droit féodal après la Révolution française, pourraient donner à penser que Troplong s'inscrit dans le projet réactionnaire de rejet de toute l'entreprise révolutionnaire. Il n'en est rien: non seulement Troplong accorde la discontinuité historique dans l'ordre politique mais, comme on l'a vu, il s'en réjouit, considérant qu'en de nombreux point, l'œuvre révolutionnaire est un progrès.[27] Il prend cependant bien soin, tout comme le fait Savigny, de distinguer l'histoire des régimes politiques et celle des institutions juridiques: le régime féodal peut bien avoir été définitivement détruit, certaines institutions issues du droit féodal perdurent dans le droit actuel, et la disparition du contexte qui les a vues naître n'implique pas qu'elles puissent être considérées comme de simples survivances. Ici encore, Troplong fait sienne une des thèses centrales de Savigny, exposée dans les premières pages de son *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, selon qui l'histoire politique ne coïncide pas nécessairement avec l'histoire du droit, comme le prouve la permanence des institutions juridiques romaines après la chute de Rome.

C'est dire que pour Troplong, comme pour Savigny, l'histoire des institutions juridiques ne saurait s'inscrire mécaniquement dans le cadre tracé par l'histoire politique. Il y a là plus qu'une coïncidence qu'expliquerait la vogue relative de ces idées. C'est en référence explicite à l'École historique que Troplong use du concept d'histoire du droit comme le montre la polémique qu'il entreprend avec une autre figure de la supposée École de l'Exégèse, Jean-Baptiste Victor Proudhon, Doyen de la faculté de Dijon.

[26] Troplong, Opinion (n. 22), p. 291.

[27] Ainsi, en matière de propriété: « Si j'avais à parler du domaine de propriété d'après le droit théocratique, despotique ou féodal, je ne dirais pas qu'il est, en tout, immuable et sacré. Mais j'ose le déclarer tel, la main sur la conscience, quand je l'envisage d'après les bases du code civil. Sous l'influence démocratique qui inspire la France depuis plus de soixante ans, le domaine de propriété s'est dégagé de tout élément politique et de toute hypothèse de convention »; Troplong, Propriété (n. 25), p. 7.

La question est celle de l'origine des droits de propriétés sur les biens communaux, particulièrement sur les terres vaines et vagues. Henrion de Pensay, Premier Président de la Cour de Cassation jusqu'en 1828 et célèbre feudiste, soutient que ces droits sont d'origine féodale.[28] Proudhon défend la thèse d'une propriété originaire des communes sur leur territoire, antérieure à l'origine des fiefs. Troplong constate avec plaisir que:

> «depuis quelques temps les tribunaux retentissent de hautes questions de jurisprudence, et le droit semble avoir renoué son antique alliance avec l'histoire. La lutte des propriétaires de forêt avec les nombreuses communes usagères qui fertilisent notre sol a soulevé une foule de difficultés qui n'ont pu être résolues qu'en recourant à nos vieilles annales.»[29]

Mais c'est son seul sujet de contentement. Pour le reste, il constate la faiblesse du débat:

> «Appelé par mes fonctions à prendre part à plusieurs de ces débats judiciaires, j'ai dû me livrer à l'étude spéciale de quelques uns de nos feudistes et publicistes les plus renommés (...) mais le dirais-je? (...) je n'ai rien trouvé dans ces écrivains qui puisse satisfaire les esprits nourris par les saines doctrines mise en honneur par l'école historique du XIXe siècle. (...) Oui! l'histoire des progrès de notre droit est à refaire en entier sur de nouveaux frais.»[30]

Outre que ce passage rejoint la préoccupation toute savignyenne de faire de l'histoire du droit avec rigueur, sans crainte de la micrologie seul moyen d'éviter les assertions aussi arbitraires que fumeuses, mais sans que la froideur de l'antiquaire l'emporte sur le souci pratique d'trouver réponse à des questions juridiques concrètes, il nous éclaire sur les sources auxquelles Troplong est allé puiser sa conception de l'histoire: c'est bien de ne s'être pas mis à jour des progrès récents de la science historique que s'est rendu coupable le Doyen Proudhon d'avoir considéré que la science juridique pouvait progresser à l'écart du profond mouvement de rénovation des sciences historiques dont est pourtant le témoin.

[28] Henrion de Pensay, Des biens communaux et de la police rurale et forestière, Pa (T. Barrois Père et B. Duprat) 1828.

[29] Raymond-Théodore Troplong, Sur la nécessité de restaurer les études historiqu applicables au droit français, in: Revue de Législation et de jurisprudence I (1834), p.

[30] Troplong, Nécessité (n. 29), p. 2.

Il est vrai que la lecture comparée des deux juristes contemporains semble nous plonger dans deux époques différentes de l'historiographie: chez Proudhon, les arguments ne sont pas étayés autrement que par des références aux autorités, le plus souvent Dumoulin et Montesquieu, les démonstrations sont extrêmement rapides, les synthèses aventureuses et, pour tout dire, si l'histoire joue un rôle constitutif dans la démonstration, les résultats sont présentés comme de simples illustrations de la thèse alors qu'ils sont pourtant censés en assurer la véracité. En d'autres termes, et pour faire écho aux travaux de Koselleck sur le sujet,[31] sous la plume de Proudhon, l'histoire n'est pas encore sortie du champ de la rhétorique, alors que, sous celle de Troplong, qui ne se contente pas d'illustrer une thèse d'exemples glorieux tirés du passé, elle est la discipline qui cherche, par l'étude minutieuse des sources documentaires, à reconstituer avec exactitude ce qui s'est réellement passé. En bref, cette discipline appartient déjà à la science, et cette science, c'est – explicitement – celle de l'École historique.

Que désigne exactement cette expression sous la plume de Troplong?

Certainement le renouveau des sciences historiques, mais il convient de le préciser: tant françaises qu'allemandes. Il ne semble en effet pas que Troplong accorde un trop grande supériorité à l'Allemagne pour ce qui est des sciences historiques en général.[32] Les noms les plus souvent cités dans ses ouvrages sont ceux de Savigny lui-même, de Niebuhr beaucoup[33] mais aussi, et plus encore peut-être, de Guizot ou d'Augustin Thierry. On trouve aussi, comme on l'a vu, de respectueuses références à l'École historique française de Cujas.

D'après l'historien américain Donald Kelley, Troplong serait le grand artisan de l'introduction de cette nouvelle méthode historique dans le champ des études juridiques, et l'article précité marquerait un tournant dans l'histoire de l'utilisation de l'histoire par la doctrine française.[34] L'adoption de cette méthode s'établit certes sur la conviction

[31] Reinhart Koselleck, « Historia magistra vitae ». De la dissolution du « topos » dans l'histoire moderne en mouvement, in: Le futur passé, trad. française J. et M.-C. Hoock, Paris (Ed. Ehess) 1990, pp. 37 à 63.

[32] C'est pourtant un lieu commun à l'époque. Cf. Motte, Savigny (n. 9), et Motte, Lettres inédites (n. 2).

[33] A qui il reprend, de même que Savigny, l'argument selon lequel il y avait à Rome, dès l'origine, un État, contre les doctrines contractualistes, cf. Troplong, Prescription (n. 15), Tome I, p. 7.

[34] Donald Kelley, Historians and the law in postrevolutionary France, Princeton (Princeton University Press), p. 48.

que l'histoire est bien le milieu dans lequel s'opèrent les développe-
ments progressifs et continus du droit, considéré comme une totalité
vivante, organique, mais c'est là une idée trop répandue dans la
première moitié du XIXe siècle pour l'attribuer à l'influence exclusive
d'un auteur particulier. D'autant que, lorsqu'il cherche à donner à sa
méthode l'autorité d'une philosophie de l'histoire, c'est moins vers
l'Allemagne que vers l'Italie et Vico[35] que se tournent ses regards, et
qu'aussi bien les références positives au Siècle des Lumières que la
revendication de la bannière progressiste semblent tout droit tirées des
œuvres d'Augustin Thierry, de Guizot (dont on sait que Troplong est
proche), voire de Michelet, qu'il lit avec attention, et parfois avec
scepticisme. Parlant de la nouvelle histoire, Troplong cite donc bien
Savigny[36] et ses collègues allemands, mais ni comme des précurseurs
ni comme des chefs de file, plutôt comme des parties prenantes d'un
vaste et unique mouvement de renouveau de la discipline. Il n'y a
d'ailleurs là rien d'étonnant: la philosophie dont se réclame Troplong
est l'éclectisme, aussi considère-t-il sans doute, comme l'écrit Théodore
Jouffroy, que tous les catéchismes, tous les codes, tous les système
particip[ent]

> « donc plus ou moins de la vérité, et tous plus ou moins de l'erreur: à la vérité par la nécessité de leur origine; à l'erreur, à cause de la faiblesse humaine. »[37]

Entre Vico et Herder, Kant ou Savigny, il n'y a donc pas lieu de choisir
mais il convient bien plutôt de s'inspirer de ce qu'il peut y avoir de vrai
dans les pensées de chacun d'entre eux.

Troplong fait par conséquent de Savigny un usage éclectique. Il lui
emprunte certains arguments, parfois même certains traits de sa
vision du monde: il prend ainsi parti – contre Sismondi – en faveur
du rôle des légistes dans l'histoire et reprend la thèse du maître de
Berlin selon laquelle c'est le développement du romanisme qui a permis
d'humaniser quelque peu la barbarie de l'époque féodale;[38] mais

[35] Sur l'influence de Vico en France, on consultera la thèse de GEORGES NAVET, L'usage de Vico en France, Reims 1987.

[36] FRÉDERIC CHARLES DE SAVIGNY, Histoire du droit romain au Moyen Age, trad. française Charles Guenoux, Paris (Alexandre Mesnier) 1830, Tome IV, p. 10.

[37] THÉODORE JOUFFROY, L'éclectisme en morale, in: Globe, 1 (1825), p. 427. Reprint THÉODORE JOUFFROY, Mélanges philosophiques, Paris (Fayard) 1997, pp. 289–295.

[38] « Mais vienne l'âge du développement et de l'intelligence, et cette dure organisation féodale, il faudra bien que des sentimens plus humains l'amollissent et décomposent. C'était au XIIe siècle, les écoles de droit venaient de s'ouvrir et Bologne de donner le signal »; TROPLONG, Quelques aperçus historiques sur l'influence d

semble bien plus que ce dernier marqué par la rhétorique progressiste des Lumières, de sorte qu'il peut écrire, avec des accents que Savigny n'aurait certainement pas eus, à propos de la féodalité:

> « du point de vue de civilisation où nous sommes aujourd'hui, ce système d'institutions est monstrueux sans doute; cependant il n'est pas possible que dans son temps il ait été meilleur, et il y aurait peu de philosophie à juger la barbarieavec les idées des temps de lumières et de progrès. »[39]

Si Troplong se réclame donc de « l'École historique », entendue dans son acception la plus large, s'il fait siennes ses revendications sur la rénovation de l'enseignement ou sur l'ouverture de la science juridique à ses méthodes, et s'il joue dans cette ouverture un rôle tout à fait central et pionnier, il désigne par cette expression une large nébuleuse, un courant aux contours peu définis et aux références nombreuses, parmi lesquelles Savigny occupe une place centrale et respectée, mais certainement pas exclusive.

Aussi, si l'un et l'autre partagent des conceptions très voisines de l'histoire et de sa place dans la théorie de l'interprétation, leurs jugements sur la nature de leur époque les séparent. Là où Savigny estime la science trop faible pour que soit entreprise la codification en Allemagne, Troplong estime à l'inverse que le Code civil réalise – ou peu s'en faut – le droit naturel: ainsi, considère-t-il à la fois que:

> « quoique dans son essence le droit soit un et invariable, il apparaît cependant à l'humanité sous des formes plus ou moins claires, plus ou moins larges, suivant qu'une époque se soutient à l'état de progrès, ou s'abaisse à l'état de décadence. Le droit ne peut rester dans son idéal, il faut qu'il se réalise par des institutions formulées; ces institutions empruntent leur caractère à l'esprit contemporain, »[40]

légistes sur la civilisation française, in: Revue de Législation et de jurisprudence I (1834) p. 404.

Contra, Laboulaye, pourtant, en général, plus directement inspiré de Savigny: « N'est-ce pas d'ailleurs un étrange abus d'attribuer au droit romain les idées civilisatrices du christianisme? (...) On est trop disposé à reporter aux lois romaines le juste tribut d'éloges qu'on doit à ces grands jurisconsultes, à ces admirables stoïciens exprimant en un si beau langage ces principes d'équité qui ont mérité le nom de raison civile de tous les peuples. Mais combien ces belles théories étaient-elles emprisonnées dans une législation capricieuse, formaliste, étroitement ridicule et basée sur le système de la plus égoïste personnalité, c'est-à-dire sur l'esprit le plus opposé à celui du christianisme qui est un esprit de fraternité universelle »; Édouard Laboulaye, Histoire de la propriété foncière, Paris (L'Auteur, A. Durand et G. Remmelmann) 1839, Introduction, p. 50.

[39] Troplong, Aperçus (n. 38), p. 403.

[40] Raymond-Théodore Troplong, Aperçus (n. 38), p. 402.

et que l'esprit des temps actuels est supérieur, du point de vue des progrès de la civilisation, aux temps passés, aussi bien antiques que médiévaux.

Ce point de désaccord avec le chef de file de l' École allemande est lourd de conséquences sur le terrain de la science juridique, particulière quant à la place que doit occuper le droit romain dans la théorie de l'interprétation.

IV

L'actualité du droit romain, question politique

Selon Savigny, le droit romain constitue la référence centrale indispensable à l'interprétation des Codes modernes, y compris du Code civil français. L'injonction de rendre compte du présent par le passé a pour corrélat essentiel de chercher à éclairer les dispositions légales modernes par les institutions romaines, et ce bien qu'il se défende de faire du droit romain un droit naturel:

> «Des codes nationaux ont de nos jours complètement transformé les sources du droit dans une grande partie de l'Europe (...) Le caractère exclusif de ces codes donna, quant à la forme, une nouvelle base au droit positif, car, les textes une fois promulgués, l'application directe du droit romain devient nécessairement impossible; mais quant au fond, les règles et les principes qui découlent des anciennes sources du droit, continuent de subsister dans les lois nouvelles. Pour en avoir l'intelligence complète, il faut les ramener à leur origine.»[41]

Savigny cherche-t-il à ramener le Code à sa seule source romaine? Les institutions du droit romain doivent-elles être considérées comme les références ultimes à partir desquelles interpréter les législations européennes, y compris le Code Napoléon? La réponse à cette question engage une lecture de l'ensemble de l'œuvre de jurisconsulte, et dépasse largement les limites de ce travail, pour lequel il suffit de remarquer que les lecteurs de Savigny au XIXe siécle, parmi lesquels Troplong, ont cru pouvoir répondre positivement à la question.

Un examen attentif des textes contraint certainement à une réponse nuancée, et variable selon les institutions en question. Savigny accorderait en effet volontiers que toutes les institutions juridiques ne sont pas d'origine exclusivement romaine, que certaines d'entre elles ont été

[41] Savigny, Traité (n. 11), Tome I, p. 101.

plus sensibles que d'autres à l'esprit particulier de chaque peuple, et que leur histoire est donc celle d'une différenciation continue qui les éloigne de leur lointaine origine romaine. Une chose est certaine cependant, selon Savigny l'institution de la propriété est essentiellement romaine.[42] Or, c'est précisément sur ce point que Troplong commente dans le détail l'œuvre du juriste allemand, en faisant de lui un défenseur inconditionnel du droit romain.

Pour les premiers commentateurs du code désireux de faire appel à l'histoire, la difficulté est donc celle-ci: quelles sont les sources des institutions actuelles, quelle histoire faut-il mobiliser pour rendre compte du Code civil? Cette question se prolonge dans l'alternative suivante: cette histoire est-elle celle du droit romain ou celle d'un droit français qu'il faudrait dégager des coutumes et de l'œuvre des juristes nationaux à partir du XVIe siècle?

Sur ce point, la position de Troplong est claire. Il reproche à Savigny de vouloir appliquer le droit romain alors que le droit français a connu un développement original qui l'en a éloigné sur de nombreux points, et il ajoute que ce développement trouve son couronnement dans la codification de 1804.

C'est ce qui explique la référence faite dans une précédente citation (cf. *supra*, citation référée note 18) à une concurrence entre le Code civil et le droit romain: il faut, selon Troplong, connaître le droit romain, mais pour se mesurer à lui et non pour s'y soumettre, dès lors que le Code civil français représente un droit cohérent, et supérieur au droit romain. Ce qui ne veut pas dire, comme on l'a vu qu'il n'y ait rien de romain dans le Code – apprendre le droit romain reste donc nécessaire, de même qu'il est nécessaire de réformer son histoire et de revaloriser son enseignement, mais quoiqu'il en soit, le droit romain n'est pas la seule clef du Code civil.

[42] «La théorie du droit des biens est intégralement celle du droit romain. Mais l'on sait que le droit romain des biens repose sur deux concepts fondamentaux, à savoir le droit des choses et celui des obligations, et chacun sait à quelle précision et rigueur les Romains étaient parvenus pour ce qui est de ces concepts». C'est sur ce constat qu'il assoit l'essentiel de sa critique technique du Code civil français: «Or ces concepts fondamentaux, ici [dans le Code Napoléon], ne sont tout simplement définis nulle part, ce que je ne saurais leur [les rédacteurs du Code] reprocher; seulement ils ne les connaissent absolument pas au sens général, et cette méconnaissance répand sur toute l'œuvre plus d'obscurité que ce que l'on aurait pu croire»; F.-C. von Savigny, Vom Beruf (n. 19), p. 135.

La dispute s'inscrit donc à la fois dans le cadre d'une différence d'appréciation quant à la Révolution française et plus généralement quant aux Lumières, mais aussi dans la vieille querelle politique que l'École historique française du XVIe siècle faisait aux légistes impériaux, en conservant cependant le sens des nuances qui interdit de faire de Savigny un héritier des théoriciens du Saint Empire Romain Germanique, et de faire de Troplong un nationaliste obtus: l'un et l'autre révèrent la science de Cujas, et Troplong considère que Hotman devient mauvais historien quand sa haine du droit romain le conduit à ne pas faire justice à l'œuvre de Tribonien. L'un et l'autre sont d'abord et avant tout hommes de science. Reste qu'en opposant l'originalité du droit français aux solutions romaines, Troplong fait le choix politique de valoriser l'originalité du droit national, dans la continuité de la tradition de l'humanisme juridique et de l'École historique française.[43]

V

La question de la nature juridique de la possession

C'est sur le terrain de la définition de la nature juridique de la possession que se déroule la dispute.

Savigny comme Troplong accordent que la possession est le fait de la détention qui découle du droit de propriété. Mais Savigny considère que, en droit romain, certains effets de la propriété ne peuvent être rattachés au droit de propriété. C'est le cas des interdits possessoires. En conséquence, il faut donc accorder l'existence d'un véritable droit de possession distinct du droit de propriété. Ce droit de possession est à classer dans les obligations parce que son fondement n'est précisément pas lié à la propriété de la chose, mais à l'ordre public.

Troplong refuse à la fois de discuter la question pour ce qui est du droit romain (quoiqu'il défende Savigny contre une attaque de Blon-

[43] Sur ce point, voir Pierre Legendre, La France et Bartole, in: Ecrits juridiques du Moyen-Âge occidental (Variorum reprints), London 1988, pp. 133–172; Donald Kelley, Le droit in: James Henderson Burns (dir.) Histoire de la pensée politique moderne, Paris (PUF) 1997, pp. 60–87 (première édition (Cambridge, Cambridge University Press, UK, 1991), qui comporte une importante bibliographie, et Donald Kelley, Foundations of Modern historical Scholarship: Language, Law and History in the French Renaissance, New York (Columbia University Press) 1970; Jean-Louis Halperin, Entre nationalisme juridique et communauté de droit, Paris (PUF) 1999.

deau sur ce point – ce qui confirme la haute estime qu'il porte à l'historien),[44] et de considérer cette solution valable en droit français.

> «M. de Savigny qui de tous les écrivains est celui qui a le plus profondément pénétré dans cette matière soutient que les interdits possessoires n'étaient pas, à Rome, l'effet d'une présomption de propriété. (...) Quant à moi, je ne veux pas discuter de ce point, assez obscur, des antiquités romaines: je craindrais de n'y trouver que des abîmes pour la science la plus exacte. Je me contenterais de faire remarquer que dans le droit français il en est autrement, et qu'il n'est pas un seul auteur, ancien ou moderne, qui n'enseigne que notre possession annale (inconnue du reste des romains, comme nous le verrons infra) est, pour le possesseur, la source d'une présomption de propriété qui le dispense de toute preuve jusqu'à ce que le contraire apparaisse clairement. C'est là une base qu'il ne faut jamais perdre de vue pour ne pas s'égarer en comparant notre système de la possession avec celui des Romains.»[45]

Selon lui, il n'y a pas de droit de possession, la possession n'est jamais qu'un fait. Le droit, c'est la propriété.

Selon Donald Kelley, cette opinion serait l'expression de l'adhésion explicite de Troplong à ce qu'on appellera plus tard le positivisme légal.[46] Pourtant, comme on l'a vu, et dans la lettre de la citation précédente, si Troplong s'abstient de jouer le droit romain contre la loi positive, c'est-à-dire de corriger le Code grâce à la connaissance de l'histoire du droit, ce n'est pas tant parce qu'il lui faudrait être en tout cas et nécessairement fidèle au Code - au titre du respect dû aux textes en vigueur - mais bien plutôt parce que celui-ci incarne à ses yeux la synthèse de l'histoire du droit français. Il n'oppose ainsi pas la théorie romaine à la loi en vigueur, mais deux élaborations concurrentes parmi lesquelles il choisit celle qui lui semble être une création originale du droit coutumier français, qui correspond mieux par là même au droit français, et qui a été pour cette raison préférée par les rédacteurs du

[44] «M. Blondeau lui [Savigny] en fait le reproche; mais a-t-il parfaitement saisi l'idée de M. de Savigny? On pourrait en douter.» TROPLONG, Prescription (n.15), note 3, p. 394, n° 193.

[45] TROPLONG, Prescription (n. 15), p. 394.

[46] «Other french jurists, perhaps most of them, inclined to a narrower – a more national ad hoc – approach that approximated what the Germans and English (though not the French) would later term legal positivism (...) It was the articulated premise of perhaps the greatest jurist of the July Monarchy and successor to Henrion as Premier Président of the Cour de Cassation, Raymond-Théodore Troplong (...)»; KELLEY, Historians (n. 34), p. 119.

Code. C'est moins de positivisme légal que de revendication du caractère national du droit dont il est ici question, revendication qui au demeurant n'est pas incompatible avec la théorie savignienne de la particularisation du droit originaire en nations. C'est d'ailleurs en usant d'arguments qu'on retrouve très fréquemment sous la plume du jurisconsulte allemand que Troplong justifie son choix:

> « Savigny a fait un livre tout romain, il n'a pas voulu dévier de l'horizon de Caïus, d'Ulpien et de Tribonien: le nôtre est fort différent. En passant à travers le moyen âge, le droit français a conquis des développements originaux dont il s'est fait une propriété trop intime pour les abandonner. Le droit a ses variétés comme la langue a ses idiotismes: il n'est pas donné à un type unique de les enfermer dans des formes immuables. »[47]

On sait depuis les travaux d'Alfred Dufour que le développement original des droits nationaux aussi bien que l'analogie du droit avec la langue figurent parmi les thèmes favoris de l'École historique, et se retrouvent sous la plume de Savigny lui-même. Troplong joue décidément Savigny contre Savigny pour écarter l'interprétation romaine.[48] Il n'y a pas dans la dispute relative à la possession de quoi étayer la thèse d'un positivisme de Troplong, et *a fortiori* pas de quoi y voir, comme l'affirme Donald Kelley, l'origine de la décadence de la jurisprudence française moderne.

La possession du Code civil ne serait donc pas d'origine romaine, il conviendrait plutôt d'y voir une institution coutumière, en l'occurrence la saisine:

> « si une année s'est écoulée et que la possession ait été paisible, publique, continue et à titre de propriétaire, il en est tout autrement. Dans l'absence de droit de propriété qui est ignoré, la possession en prend les couleurs et la loi suppose que celui qui a cultivé, recueilli les fruits, joui de la chose pendant une année entière n'aurait pas agi ainsi s'il n'eût été propriétaire. Une présomption de propriété s'attache donc à sa durée et aux qualités qui la distinguent. Le possesseur annal de

[47] Troplong, Prescription (n.15), préface, p. viii.

[48] Une autre citation à ce propos: « si celui qui donne des lois à un peuple n'était qu logicien, il aurait bientôt fait le désespoir de ses sujets, et les hommes qui ont formulé code bavarois et l'édit milanais avaient assez de lumières pour savoir que la meilleu législation n'est pas celle qui est la plus fidèle aux règles inflexibles du syllogisme ma celle qui s'adapte le mieux aux mœurs d'une nation. C'est en effet dans les vieux usag de l'Allemagne qu'il faut chercher la source du système dont nous venons d'esquiss les traits principaux. Elle est là toute entière et non dans des théories imaginées da le cabinet et déduites, la dialectique à la main, sans tenir compte de l'état des peuples Troplong, Privilèges (n. 13), Préface, p. XVIII.

> l'immeuble a ce que nous appelons en droit français la saisine, c'est à dire qu'il est saisi ou présumé saisi de la propriété. De là cette maxime de notre ancien droit, rappelée par Jean Demares: ‚*Saisine et possession gaignée par tenure paisible après ans et jour, trait à soy et gaigne la propriété de le héritage.*'»[49]

On connaît la célèbre dispute relative à la nature juridique de la saisine.[50] C'est tout particulièrement sur ce terrain que dans la première moitié du XIXe siècle se sont affrontés germanistes et romanistes. Pour les premiers, la saisine coutumière n'est rien d'autre qu'une possession «à la romaine»,[51] pour les seconds au contraire, il s'agit d'une institution originale, quelque chose comme une propriété relative et non exclusive,[52] c'est-à-dire une alternative à la conceptualisation romaine dans le rapport des hommes aux choses. Au milieu du XIXe, une partie de la doctrine défend une position intermédiaire, qui fait de la saisine la forme d'un droit réel.[53]

L'ouvrage *De la prescription* dans lequel Troplong aborde ce problème date de 1835. A cette époque, les seuls travaux historiques sérieux disponibles sur le sujet sont ceux de Albrecht. Dans une thèse publiée en 1828, le juriste allemand offre la première formulation de la thèse «germaniste» relative à cette matière. Ces travaux sont connus en France grâce à un article de Henri Klimrath, jeune historien du droit dont on a pu écrire qu'il serait devenu le Savigny français si la mort ne l'avait emporté prématurément à l'âge de trente ans.[54] Cet article est publié dans la seconde livraison de la *Revue de Législation et*

[49] Troplong, Prescription (n.15), p. 390.

[50] Frédéric Joüons des Longrais, La conception anglaise de la saisine du XIIe au XIVe siècle, Paris (Recueil Sirey) 1925.

[51] Par exemple, Andreas Heusler, Die Gewere, Weimar (H. Böhlau) 1872. Cette thèse est reprise en France par Viollet et Brisseau. Ces travaux sont cités par Joüons des Longrais, Conception (n. 50), p. 2.

[52] Wilhelm Eduard Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg (Borntträger) 1828.

[53] C'est la théorie de la saisine, forme du droit réel. Cf. Eugen Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Bern (Buchdruck, Stämpfli) 1894 ou, en France, Ernest Champeaux, Essai sur la vestitura ou saisine, 1899 et Edmond Meynial, Formation de la théorie du domaine divisé, in: Mélange Fitting, 1908, II p. 409. Ces travaux sont cités et commentés par Longrais, Conception (n. 50), p. 2.

[54] Édouard Laboulaye, Histoire (n. 38), Introduction, p. 53: «Voilà, voilà celui qui sans la jalousie de la mort aurait donné à la France son Savigny.» Cf. aussi l'introduction à la publication posthume de l'ensemble de ses travaux, Henri Klimarath, Travaux sur l'histoire du droit français, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par M. L. A. Warnkoenig, Paris (Joubert) et Strasbourg (Levrault) 1843.

de Jurisprudence, cette même année 1835.[55] La présence de Troplong au comité de rédaction de la revue donne à penser qu'il a pu en avoir connaissance avant d'avoir achevé son propre ouvrage, ce qui expliquerait la très grande proximité des thèses défendues. En effet, il semble bien que quand Troplong parle de saisine, il pense à ce que Klimrath en a écrit.[56]

Klimrath, pour sa part, s'inscrit dans la voie tracée par les travaux de Albrecht, et oppose ainsi la conception romaine de la propriété à la *Gewere* germanique, en affirmant que les coutumes françaises sont restées plus fidèles à la saisine qu'elles n'ont été envahies par le droit romain. Selon lui, et Troplong le suit sur ce point, la saisine est la confusion de la propriété et de la possession par la technique de la prescription d'an et jour, inconnue des Romains mais très répandue dans les coutumes. Ainsi, dans la possession annale reconnue par le Code, Troplong est fondé à voir la preuve de l'originalité de l'esprit du droit français qu'exprime le Code civil, face au droit romain.

C'est bien la raison pour laquelle l'interprétation du Code civil ne saurait se faire à l'aune du seul système des institutions juridiques romaines. Outre son caractère synthétique, le Code est l'aboutissement d'une longue et lente évolution, et consacre l'originalité du droit français. Sans être en tout points opposé au droit romain, il est en cependant assez distinct pour pouvoir se présenter comme un système alternatif.

La conclusion qui s'impose est donc la suivante. Ce qui oppose Troplong et Savigny, c'est moins une divergence quant à la théorie de l'interprétation ou à la conception de l'histoire – à propos desquelles on ne peut au contraire que souligner les convergences, les emprunts et les références explicites qui, cependant, ne permettent pas d'identifier strictement les points de vue (comme on l'a vu, l'éclectisme de Troplong l'interdit), qu'une divergence essentiellement politique quant au choix

[55] Henri Klimarath, Étude historique sur la saisine d'après les coutumiers du Moyen-Âge in: Wolowsky (dir.), Revue de législation et de jurisprudence, Tome II, pp. 356–400. Cette étude est reprise avec quelques modifications de l'auteur dans: Klimarath, Travaux (n. 54), II, pp. 339–399.

[56] Il n'est pas impossible que Troplong se soit inspiré des doctrines de Klimrath non seulement quant à la saisine, mais aussi, plus généralement, quant à la conception de l'histoire et même de la philosophie du droit à laquelle ce dernier a donné un « Résumé de la philosophie du droit, d'après le point de vue historique, de Frédéric-Jules Stahl » in: Klimarath, Travaux (n. 54), II, pp. 441–536, qui synthétise quelques-uns des thèmes chers à l'École historique, particulièrement quant à la philosophie chrétienne.

du système qu'il convient de mobiliser pour garantir l'unité juridique de la France et de l'Allemagne. Comme le soulignent certains commentateurs, la prédilection de Savigny pour le droit romain s'explique avant tout par des considérations politiques guidées par le double souci de préserver l'unité juridique de l'Allemagne, et de refuser que cette unité soit assurée par un Code « à la française ». Dans le contexte de la première moitié du XIXe siècle, il apparaît à Savigny que seul le droit romain, enseigné dans toutes les Universités allemandes et qui constitue le socle culturel commun de tous les juristes allemands peut jouer le rôle d' « ersatz de ‚droit national' », selon la formule d'Olivier Beaud.[57] Troplong au contraire, bonapartiste convaincu, ne peut rien souhaiter de mieux aux nations d'Europe que d'adopter des codes civils sur le modèle du Code Napoléon, qui en de très nombreux points n'est pas seulement l'expression achevée du génie national français, mais l'expression la plus aboutie du droit naturel, la manifestation de la supériorité de la civilisation présente sur celles qui la précèdent. C'est la politique juridique, et pas la méthode scientifique, qui oppose les deux juristes.

Ces divergences politiques ne sont cependant pas de pure opportunité. Elles engagent non pas des théories différentes de l'interprétation, comme le laissait supposer Bonnecase, ou comme semble le soutenir Kelley, mais bien des conceptions fort distinctes en matière d'ontologie juridique, particulièrement quant à la conceptualisation des rapports entre droit et fait. C'est bien le statut de la positivité de la loi qui est en jeu, et c'est sur ce point que Troplong cherche le plus explicitement à se démarquer de Savigny.

VI

Le temps du droit: historicisme et droit naturel

C'est toujours à propos de la possession que Troplong discute l'ontologie juridique de Savigny, à partir de la question suivante: les faits peuvent-ils engendrer des droits?

Dans le *Traité*, Savigny consacre quelques pages aux événements qui créent ou détruisent des rapports de droit:

[57] Beaud, Savigny (n. 20), p. 180.

« J'appelle faits juridiques les événements en vertu desquels les rapports de droit commencent ou finissent. Ainsi tous les faits juridiques ont pour caractère commun d'apporter, dans le temps, un changement aux rapports de droit de personnes déterminées. »[58]

C'est la catégorie de faits juridiques, dont par ailleurs Savigny propose une typologie, qui permet de rendre compte, du point de vue ontologique, de l'articulation du fait à la règle de droit, particulièrement de la manière dont les événements de la vie réelle peuvent transformer le droit. Ainsi de la possession que Savigny considère comme un fait générateur de droit, ou de la technique de la prescription acquisitive par laquelle certains faits peuvent éteindre un droit de propriété.[59]

Troplong, pour sa part, refuse de considérer que des faits puissent avoir de tels effets sur les droits. Cette question est le nœud théorique du problème de la nature juridique de la possession. Discutant la position de Savigny, Troplong la résume de la manière suivante:

« la possession est tout à la fois de droit et de fait, de fait si l'on considère le fait de la détention, de droit si l'on fait attention que la puissance de la loi vient s'ajouter au fait. »[60]

La difficulté ne porte donc pas sur la possession qui conduit à la prescription mais sur celle qui est défendue par les interdits possessoires, c'est-à-dire la possession défendue par la loi même quant elle n'ouvre pas à l'accession à la propriété. Selon Savigny, ce droit n'ayant pas de rapport à la propriété relève du droit des obligations. Troplong ajoute que ce « système est soutenu avec le savoir ordinaire de l'auteur »,[61] qu'il juge immense, mais refuse cependant d'accorder que la possession puisse être considérée comme fait générateur de droits:

« je crois pouvoir soutenir qu'à toutes ses phases et dans tous ses moments, la possession n'est qu'un fait, c'est-à-dire qu'elle n'est que la manifestation d'un droit mais pas le droit lui-même ».

En effet, selon lui:

« Il arrive souvent que la loi s'empare de certains faits, en tire des inductions, et fait sortir de leur sein des présomptions d'un droit, mais

[58] Savigny, Traité (n. 11), p. 4.

[59] Sur cette question, Naoki Kanayama, La révolution et la prescription, la naissance du principe de l'imprescriptibilité de l'action en revendication en droit français, in: La Révolution et l'ordre juridique privé, Orléans (1988), II, pp. 733–742.

[60] Troplong, Prescription (n. 15), p. 15.

[61] Ibidem.

> les faits n'en restent pas moins des faits. Ils ne sont que la base de l'opération logique par laquelle on arrive de l'effet à la cause, ils sont les conséquences connues d'un principe caché qu'ils servent à mettre en lumière; mais on ne pourrait sans une incroyable confusion les transformer en cause. Ils doivent rester effet. (...)»

La conclusion s'impose donc:

> «La possession n'est donc que le résultat et l'expression d'un droit plus élevé qui en est la source. A la vérité, elle a été le point de départ du raisonnement qu'a fait la loi; et c'est par la possession que la loi est arrivée inductivement de la conséquence au principe, mais tout ce que la loi a mis en elle, c'est une présomption, c'est-à-dire un raisonnement, elle a placé le droit ailleurs; elle l'a vu dans la cause, dans la propriété. (...) Ce n'est donc que comme extérieur, servant de manifestation à la propriété que la possession a une valeur. En un mot, elle est le fait, la propriété est le droit.»

Cette conclusion est cruelle:

> «(...) Lors donc que l'on parle du droit de possession et de ses effets juridiques, l'on ne fait autre chose qu'une figure de rhétorique, on prend l'effet pour la cause, la conséquence pour le principe: c'est ce que les grammairiens appellent une métonymie. Mais en droit les tropes ne sont qu'une confusion.»[62]

Ainsi, selon Troplong, l'erreur de Savigny réside, *in fine*, dans la confusion entre la *ratio essendi* et la *ratio cognoscendi* du Législateur. S'il est vrai que le législateur part des faits et remonte au droit qu'il présume, et cherche à léxprimer de la manière la plus adéquate possible, dans l'ordre réel des choses, le fait de la possession est nécessairement second par rapport au droit de propriété. La loi, pour manifester le principe, va de l'effet à la cause, du fait au droit, mais le principe lui-même est de droit et ne saurait provenir du fait.

C'est donc sur un terrain authentiquement philosophique que s'engage Troplong, en portant le fer sur le problème suivant: que manifeste la loi? En termes savigniens, sa tâche est-elle d'expliciter, ou de rendre visibles, des rapports juridiques eux-mêmes soumis aux transformations des «rapports de la vie réelle»[63] ou bien d'exprimer

[62] Troplong, Prescription (n. 15), pp. 406 à 409, n° 236 et 237.

[63] La détermination de la nature de ces rapports est sans doute un des points les plus difficiles de l'ontologie savignienne: peut-être faut-il comprendre que ces rapports sont le substrat non explicité des rapports de droit, des rapports extra-juridiques mais dont la seule expression adéquate est celle qu'opère le langage juridique, de sorte que l'histoire du droit n'est pas une discipline spéciale, mais bien la science générale du développement social.

adéquatement des institutions juridiques archétypales? Et dans ce dernier cas, ces institutions doivent-elles être considérées comme naturelles ou comme historiques? Pour ce qui concerne Savigny lui-même, nul doute que les réponses à ces questions ne sauraient être philosophiques, c'est-à-dire anhistoriques, et qu'elles varient selon les époques, les lieux et les institutions juridiques considérées. Ainsi, pour ce qui concerne le droit réel de propriété, Savigny, quoiqu'il reconnaisse que chacun dispose licitement de ses capacités et facultés, refuse d'accorder que l'institution de propriété puisse être considérée comme de droit naturel, et inscrit par conséquent son étude entièrement dans la sphère des études historiques.[64]

Ainsi, au moins pour ce qui concerne la propriété et la possession, Savigny, en tout cas tel que Troplong l'a lu, accorde que le droit positif peut fort bien reconnaître certains faits comme générateurs de rapports de droit nouveaux, de même que d'autres faits sont susceptibles de transformer ou de détruire ces rapports de droit, de même que les institutions juridiques qui subsument et organisent ces rapports sont mortelles, en ce qu'elles ont une existence et une évolution entièrement historiques, que donne à lire le devenir du droit écrit.

C'est bien ce que ne peut accepter Troplong, pour qui les droits considérés archétypalement, sont immortels:

> « les droits considérés dans leur idéal sont impérissables et éternels, et le temps qui n'a de prise que sur ce qui est contingent ne peut pas plus les ébranler qu'il ne lui est donné de porter atteinte à Dieu même, à ce type universel et pur, dont il est le reflet et la manifestation. C'est en s'élevant à cette hauteur que Vico a rappelé cette règle de la jurisprudence transcendante: *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris*. Car le temps ne peut ni commencer ni finir ce qui est éternel et absolu. »[65]

[64] Cf. Savigny, Traité (n. 11), Tome I, p. 329. Savigny récuse l'idée d'une propriété de soi, pour considérer ensuite que la propriété est un droit acquis. Il ajoute: « on ne saurait méconnaître que l'homme dispose licitement de lui-même et de ses facultés. Il y a plus, tout droit véritable a ce pouvoir pour base et l'implique nécessairement. Ainsi par exemple la propriété et les obligations n'ont de sens et de valeur que comme extension de notre force personnelle; ce sont les nouveaux organes que l'art ajoute à notre force primitive. Mais cette possession de nous même n'a nul besoin d'être reconnue et définie par le droit positif » (p. 330). Ainsi: « les prétendus droits originels une fois écartés et notre recherche restreinte aux seuls droits véritables, les droits acquis, nous ne trouvons plus pour la volonté humaine que deux objets d'application possible, la nature non libre et les personnes étrangères » (p. 332).

[65] Troplong, Prescription (n. 15), p. 3.

Là où Savigny distingue les types idéaux entièrement historiques, telle que l'institution de propriété, de ceux qui correspondent à une vérité morale supérieure, Troplong ne retient qu'une seule catégorie d'institutions juridiques, à savoir la seconde. Surtout, cette éternité ne concerne pas seulement l'idéal des droits, elle est un attribut des droits eux-mêmes:

> «Si même de l'idéal nous passons au déterminé, si de Dieu nous descendons à l'homme, nous trouvons que le droit, en se mettant en action entre des êtres finis et imparfaits n'est pas moins à l'abri des injures immédiates du temps. L'homme vieillit et meurt mais ses droits lui survivent et forment l'héritage de ses descendans. L'humanité prise en masse a aussi ses droits et le cours des âges ne saurait les lui ravir. Ce sont là des fragments de ce droit inaltérable, éternel et divin, tombé dans l'humanité et qui dureront autant qu'elle.»[66]

Ainsi le droit positif de propriété, s'il manifeste adéquatement l'archétype idéal, est aussi éternel et absolu que ce dernier. Si l'on doit pouvoir considérer les raisons historiques qui permettent d'expliquer pourquoi, en un temps et en un lieu donné, une législation déterminée s'est hissée à la hauteur de l'idéal, il n'en reste pas moins que l'idéal est la cause de sa manifestation et qu'une solution inverse reviendrait à réduire l'idéal au fait historique, c'est-à-dire à nier son essence divine.

Ainsi, les raisons qui font que la possession ne peut être un fait générateur de droit sont d'abord morales, c'est-à-dire théologiques, puisque pour Troplong, le droit idéal, ou naturel, est divin et que sa reconnaissance réalise la morale chrétienne.

C'est au demeurant sur le fondement de la morale que Troplong défend la thèse selon laquelle la prescription est de droit naturel: elle sanctionne le défaut du propriétaire négligent. C'est dire que, pour Troplong, la propriété n'est pas seulement un droit dont on jouit absolument pourvu qu'on' en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements, comme dirait le Code civil, c'est aussi un devoir moral:

> «Le droit ne saurait jamais être séparé de l'idée du devoir. Comme les hommes sont égaux, il faut nécessairement pour que l'équilibrage subsiste entre eux, que chacun respecte dans son semblable les droits qu'il veut qu'on respecte en lui. Le devoir c'est l'idée du droit d'un autre envers nous. C'est aussi l'idée du droit du respect que les autres doivent avoir pour le droit dont nous jouissons.»[67]

[66] Troplong, Prescription (n. 15), p. 4.
[67] Troplong, Prescription (n. 15), p. 10.

En l'occurrence, ce devoir est une obligation d'entretenir le bien par son travail, de réaliser sa destination qui est de produire des fruits.

Mais cette obligation morale doit être aussi reconnue par le droit:

> « Il suit de là que d'individu à individu, il n'y a pas de droit parfaitement absolu. Tous les droits, soit d'un homme soit de tous, sont limités par un corrélatif; quiconque refuse de subir la loi du devoir, qui restreint sa liberté afin d'assurer celle des autres, s'expose à la perte de son droit. »[68]

Nous sommes ici très loin de Savigny. Non pas que Savigny ne soit pas chrétien, ou qu'il ne considère pas, lui aussi, que le but ultime du droit soit la réalisation des principes moraux du christianisme, mais, pour lui, ces principes ne sauraient être considérés de droit positif, il est sur ce point parfaitement explicite:

> « Les progrès de la civilisation fondée par le christianisme nous ont conduits à observer un droit analogue dans nos relations avec tous les peuples du monde, quelles que soient leurs croyances et sans réciprocité de leur part. Mais l'application de ces principes a un caractère purement moral et rien qui ressemble à un droit positif. »[69]

La conséquence de cette distinction forte – d'inspiration kantienne? – entre droit naturel et positif, morale chrétienne et lois humaines est que le droit de propriété relève, comme on l'a vu, tout entier du droit positif des peuples, c'est-à-dire de l'histoire. Il n'est donc pas question pour Savigny d'un devoir moral du propriétaire:

> « toutes les relations d'homme à homme ne rentrent pas dans le domaine du droit; toutes n'ont pas besoin et ne sont pas susceptibles d'être déterminées par une règle de ce genre. Ici, on peut distinguer trois cas: tantôt la relation est entièrement dominée par les règles du droit, tantôt en partie seulement, tantôt elle leur échappe tout à fait. La propriété, le mariage, l'amitié peuvent être donnés comme exemples de ces trois cas. »[70]

C'est cette perspective que refuse Troplong, qui ne peut accepter une telle historicisation du droit de propriété. S'il accorde une grande importance aux études historiques et se fait l'ardent partisan de « l'antique alliance » de Clio et de Thémis, l'élément philosophique, ou anhistorique, pour le dire en termes savignyens, reste pour lui déterminant, au sens strict du terme, là où il ne joue pour Savigny, en tout

[68] Ibidem.
[69] Savigny, Traité (n. 11), Tome I, p. 32.
[70] Savigny, Traité (n. 11), Tome I, p. 328.

cas dans les matières relatives au droit réel, qu'un rôle réfléchissant et, de surcroît, tout à fait indirect.

Troplong est donc bien un artisan central de la pénétration des méthodes et des résultats de la « nouvelle histoire » dans le champes de la science juridique française, mais il est néanmoins loin d'adopter les formules fondatrices de l'historicisme juridique qu'on trouve sous la plume du chef de file de l'École historique.[71] On comprend dès lors pourquoi, contrairement à ce que fait Savigny, Troplong s'interdit tout usage critique de l'histoire à l'endroit du Code civil. Non pas tant par légalisme positiviste que parce qu'on ne saurait opposer les faits de l'histoire à la manifestation des idéaux divins. Or, c'est en ce point que se construit la cohérence de sa position: le Code civil n'est pas seulement une synthèse historique réussie, un développement original du génie français, c'est aussi le meilleur système juridique disponible en ce qu'il est celui qui s'approche le moins inadéquatement des principes éternels du droit naturel, c'est-à-dire de la morale chrétienne.

VII

Code civil, code chrétien

Pour défendre cet argument, Troplong se voit obligé, tout d'abord, de montrer, contre Savigny, que l'apogée du droit, l'époque qui a produit le type achevé de tous les systèmes juridiques positifs, n'est pas la Rome classique des IIe et IIIe siècles. Troplong consacre à cette question un ouvrage entier, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*,[72] dans lequel il ne cite pas Savigny; mais qui écrit en 1843 ne peut manquer de savoir que l'objet de sa démonstration va contre certaines des thèses les plus connues du jurisconsulte allemand. La question posée est la suivante: le christianisme a-t-il influencé le droit civil des Romains? Faut-il considérer ce droit comme chrétien ou comme païen?

Troplong nous dit que

> « les opinions sont assez diverses sur cette question. M. Hugo, dans son histoire allemande du droit romain, a pensé que l'établissement du

[71] Sur la conception savignyenne de l'histoire, et particulièrement sur la compréhension de l'historicisme savignyen, Alfred Dufour, Histoire (n. 17).

[72] Raymond Théodore Troplong, De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains, Paris (Hingray) 1843.

christianisme n'exerça pas sur le droit romain une influence aussi considérable qu'on aurait pu l'attendre. Au contraire Montesquieu a dit: ‚Le christianisme donna son caractère à la jurisprudence, car l'empire a toujours du rapport avec le sacerdoce (...).' D'autres sont allés plus loin encore que Montesquieu. Frappés de la sagesse des lois romaines, ils les ont considérées comme étant une émanation divine.»[73]

Dans ce débat, Troplong se range aux côtés de Hugo:

«La religion chrétienne eût sans doute marché beaucoup plus vite dans le droit civil, si elle l'eût trouvé accouplé, comme dans l'âge de la pure République, aux autres éléments de la civilisation dont elle était maîtresse. Mais une sorte de séparation s'était déjà opérée; le droit avait son existence indépendante; il était arrivé à l'état de science philosophique, à l'état de système énergiquement et rationnellement formulé. C'est pourquoi le christianisme a eu tant de peine à le dominer, et l'on peu même dire qu'il ne se l'est jamais assimilé aussi pleinement que dans les temps modernes.»[74]

Savigny partage lui aussi ce point de vue. Mais n'en tire pas du tout les mêmes conséquences. Là où Troplong voit dans cette indépendance le signe de moindre valeur du droit romain, Savigny pour sa part le défend contre les accusations de cruauté. Ainsi, dans sa polémique contre Hegel à propos du droit romain de la famille, et particulièrement de l'institution de la puissance paternelle, il ne cherche pas à présenter un droit romain en accord avec les principes du christianisme, il accorde au contraire la dureté des lois romaines, mais ajoute qu'elles étaient tempérées par les mœurs sans lesquelles on ne comprend pas le sens des lois. Ici encore joue à plein la distinction du droit et de la morale. Pour Savigny, le droit romain n'avait pas à être moral, et sa moralité ou son amoralité – qui se confond pour tous les auteurs avec la question de son degré de christianisation – est indifférente pour porter sur lui un jugement:

«je ne nie pas que la fidélité et le dévouement des époux, l'obéissance et le respect des enfants n'appartiennent à l'essence du mariage et du pouvoir paternel; mais ces éléments, malgré leur importance, reposent sous la tutelle de la morale, non sous la protection du droit: ainsi encore on abandonne aux mœurs la noblesse et l'humanité qui doivent accompagner l'exercice de la puissance paternelle (...) Ainsi le droit d'une nation, pris isolément et sans égard pour les mœurs qui le complètent, donne une idée très imparfaite des rapports de famille

[73] Troplong, Influence (n. 72), p. 10.
[74] Troplong, Influence (n. 72), p. 3.

chez cette nation. Dans les temps modernes, plusieurs auteurs méconnaissant cet accord ont injustement condamné le droit de la famille romaine comme une tyrannie dénaturée. Par exemple Hegel, Naturrecht, § 175.»[75]

Si Troplong et Savigny s'accordent donc à considérer que le droit civil romain classique n'est pas chrétien, c'est pour en tirer des conclusions inverses. Selon Savigny en effet:

«De toutes les parties de la vie publique, le droit civil était celle où la vieille Rome se retrouva davantage. Les cœurs des vrais Romains y reconnaissaient la patrie, et les plus nobles forces lui tombèrent en partage. Tout se réunit donc pour élever la jurisprudence à cette hauteur où nous la voyons au second et au troisième siècle; hauteur qu'elle n'atteignit jamais chez aucun peuple ni dans aucun temps.»[76]

Le droit romain classique est bien le sommet, jamais atteint depuis lors, de la perfection juridique, de sorte que la christianisation tardive du droit romain, à partir de Constantin, coïncide, pour Savigny, et du point de vue de la science du droit, avec le début de la fin; tandis que pour Troplong:

«si le christianisme a imprimé au droit une forte impulsion civilisatrice, le mouvement n'a cependant atteint le but qu'après avoir reçu du moyen âge le contre coup qui l'a poussé jusqu'au Code civil. Aussi la conclusion de mon travail sera celle-ci: le droit romain a été meilleur sous l'époque chrétienne que dans les âges antérieurs les plus brillants; tout ce qu'on a dit de contraire n'est qu'un paradoxe ou un malentendu. Mais il a été inférieur aux législations modernes, nées à l'ombre du christianisme et mieux pénétrées de son esprit.»[77]

Un système juridique se mesure en effet selon lui, comme on l'a vu, à sa plus grande proximité avec les principes éternels du droit naturel, qui sont les principes du christianisme. De ce point de vue, indifférent à la force de ce que Savigny appelle «l'élément politique», le Code Napoléon est la plus grande réussite de toute l'histoire du droit.

Ainsi s'éclaire la nature des limites de l'historicisme de Troplong. La vie du droit est bien tout entière dans son histoire, mais dans cette histoire 1804 constitue une rupture sans précédent avec les époques antérieures, dans la mesure où cette date marque l'avènement d'un système juridique tout aussi cohérent que le système du droit romain,

[75] Savigny, Traité (n. 11) Tome I, p. 344.
[76] Savigny, Histoire (n. 36), Tome I, p. 5.
[77] Troplong, Influence (n. 72), p. 10.

mais moralement supérieur, car plus empreint des principes du christianisme. Là où Savigny cherche donc à faire du droit romain le droit commun de l'Allemagne pour éviter que ce droit commun ait pour modèle le Code français, Troplong défend l'universalité de ce dernier au titre qu'il est plus chrétien que le droit romain.

VIII

Conclusion

Il devient possible de conclure. Troplong connaît et discute très sérieusement Savigny. S'il partage avec lui de larges pans de sa conception de l'histoire, et de la place qu'elle devrait occuper dans les études juridiques ainsi que dans l'art de l'interprétation des lois, il s'oppose cependant au jurisconsulte allemand quant à l'importance politique et théologique à accorder au Code Napoléon. Les deux juristes sont sans doute l'un et l'autre des « conservateurs réformistes », et l'un comme l'autre identifient progrès de la civilisation et réalisation des valeurs du christianisme. Mais parce que l'un est allemand et l'autre français, le premier cherche dans le droit romain à se soustraire à l'influence d'un Code dans lequel le second voit le joyau de l'histoire juridique de l'Occident. Si, sur le terrain de l'analyse historique, les arguments présentés en défense du code sont de facture savignienne, sur le terrain ontologique, là où Savigny fait sienne une stricte opposition entre le droit et la morale, Troplong la dépasse en faisant du Code la réalisation des principes éternels du christianisme.

La posture de Savigny est, en Allemagne, politiquement conservatrice, dans la mesure où elle cherche à protéger le pays de l'influence révolutionnaire française, mais cette posture, et particulièrement dans l'idée que les faits peuvent engendrer des droits, et que les systèmes d'institutions juridiques sont les produits de l'histoire, Troplong la considère comme potentiellement très subversive, particulièrement en ce qu'elle interdit la défense du droit de propriété au nom du droit naturel identifié à la morale chrétienne, dans une période où grandit la contestation de la légitimité du droit que consacre l'article 544. A ce droit - ce « terrible droit » – certains opposent la communauté des biens, d'autres, comme Pierre-Joseph Proudhon, la possession, plus réelle et plus juste. Or les arguments de ce dernier viennent pour une large part de la subversion des ouvrages que Savigny et ses disciples, particulièrement Laboulaye, ont consacré à la question.

Si Troplong se sépare donc de Savigny, ce n'est pas parce qu'il confondrait le droit et la loi, mais bien plutôt parce que, en distinguant droit et morale, en considérant que l'institution de propriété est tout entière dans l'histoire, Savigny nourrit indirectement une critique révolutionnaire du Code civil. Or pour Troplong, une telle critique n'est pas seulement politiquement dangereuse, elle est aussi immorale. On le voit, Troplong pourrait bien partager la même conception de l'histoire du droit que Savigny s'il n'était obligé, pour des raisons théologiques et politiques, de s'arrêter en chemin, en assignant un terme à cette histoire, ou en considérant 1804 comme l'avènement du premier grand Code civil chrétien de l'histoire.

Nous sommes décidément très loin du positivisme légal supposé de l'École de l'Exégèse. Pour Troplong, le Code civil ne puise pas sa légitimité en lui-même, comme droit positif; mais en référence à Dieu et aux principes éternels qu'il porte en son sein: si Troplong n'est pas savignien jusqu'au bout, ce n'est donc pas parce qu'il est positiviste, mais parce qu'il tend à confondre les droits reconnus par le Code et la morale chrétienne.[78]

[78] Dans ce sens, MICHEL TROPER écrit: «pour les positivistes, le droit positif serait juste pour cette seule raison qu'il a été posé par une autorité réputée juste. Telle a bien été la thèse des juristes français de l'École de l'Exégèse. L'exposé du Code Napoléon n'était pas seulement une description du droit civil. C'était aussi une exaltation de la sagesse du législateur. Cependant, un tel jugement ne découle pas du positivisme de l'École de l'Exégèse, mais en marque en réalité la limite, car le code civil n'est considéré comme juste que parce qu'il incorpore les principes du droit naturel»; article «Positivisme juridique», in: PHILIPPE RAYNAUD et STEPHANE RIALS (dir.), Dictionnaire de philosophie politique, Paris (PUF) 1996, p. 498.