

JEAN-BAPTISTE BRISSAUD, UN JURISTE POSITIVISTE
ENTRE SOCIOLOGIE ET ANTHROPOLOGIE

HERVE LE ROY

À l'approche du vingtième siècle, Jean-Baptiste Brissaud, professeur d'histoire du droit à Toulouse, compose une vaste synthèse de ses activités d'érudition et d'enseignement. Appliquée à la France, mais avec ses renouvellements européens, l'histoire juridique qu'il décrit est marquée par les influences orientant sa réflexion depuis sa thèse¹. Montesquieu et Savigny, Tocqueville et Taine, Auguste Comte surtout, sont utilisés pour aboutir à un positivisme éclectique aux prétentions sociologiques qui peut s'accorder avec la mentalité des républicains « opportunistes » fondant la troisième République sous les yeux de Brissaud². Avec Esmein son émule, Brissaud appartient pleinement à cette première génération d'historiens du droit libéraux de conciliation évoquée par J. Poumarède³.

A travers les mille sept cent quatre-vingt-cinq pages consistantes de ses célèbres manuels parus de 1898 à 1904, nous nous bornerons ici à évoquer brièvement la logique interne de son œuvre, sans malheureusement pouvoir préciser ses sources, ses parallélismes philosophiques (ainsi avec Durkheim) et ses développements juridiques qui nécessitent des travaux beaucoup plus approfondis.

Inspiré par Aristote, Montesquieu et Comte, Brissaud montre d'abord, n'en déplaise aux « utilitaires » superficiels et paresseux, que seule une vaste perspective historique permet de connaître intimement les institutions contemporaines et leurs principes, « l'esprit des lois » selon son maître bordelais. Ainsi se découvrent les lois séculaires inexorables dont les formes juridiques ne sont, dans chaque civilisation, que des expressions adaptées aux contingences sociales particulières d'un moment donné⁴.

En invoquant, selon Burke, la plasticité du pragmatisme anglais grâce à son conservatisme affecté⁵, en citant Savigny et même Portalis⁶, Brissaud en profite pour

Maître de conférences à l'Université des sciences sociales de Toulouse.

¹ J.-B. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français* (sources, droit public, droit privé), Fontemoing, Paris, t.1, 1898, t.2, 1904.

² Cf. notice Brissaud, dans *Dictionnaire historique des juristes français*, sous direction ARABEYRE, HALPERIN et KRYNEN éds, à paraître.

³ J. POUMAREDE, « Penser l'absolutisme. Approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises », *De la Res publica aux Etats modernes*, Journées Internationales d'Histoire du Droit, Bilbao, Servicio Editorial de la UPV/EHU, 1992, p. 263-274.

⁴ J.-B. BRISSAUD, *Manuel [...]*, ouv. cit., p. 1, 3, 11.

⁵ *Ibid.*, p. 970, 973 et 974.

⁶ *Ibid.*, p. 411 et 412.

honnir la rigidité mécanique des systèmes *a priori* échafaudés par les théoriciens du droit naturel qui prétendent se dispenser de l'histoire et de ses leçons. Dans cette croisade contre l'artificialisme arbitraire, outrancier et dangereux, de la pensée des dix-septième et dix-huitième siècles, Brissaud, réfléchissant l'éclectisme de Comte sans idées préconçues et partisans, enrôle Burke et de Maistre avec Bentham, Savigny avec Hegel, Bonald avec Taine, leur méthode inductive les réunissant malgré des conclusions politiques très opposées⁷.

Mais appréhender dans toute sa complexité l'homme concret immergé dans une société, c'est aussi reconnaître, à côté des nécessités matérielles, l'importance des facteurs moraux de l'idéal collectif stimulant l'action. En ce sens, ramenées à leur rôle d'impulsion, de mythe selon la méthodologie platonicienne, comme l'avaient d'ailleurs compris les plus lucides de ses adeptes, les rêveries philosophiques du droit naturel n'en ont pas moins eu des effets puissants et objectivement bénéfiques en poussant à des réformes devenues nécessaires dans une nouvelle société individualiste, surtout si un relativisme réaliste est venu brider les risques recelés par un excès d'intellectualisme spéculatif⁸. Ici, les soubresauts momentanés mais déplorables de la Révolution Française, suscitant même parfois des aberrations régressives, sont opposés au sage pragmatisme anglais, garantissant une évolution plus tranquille et plus sûre. Trop schématique, comme l'a montré Taine, l'esprit français s'est alors laissé prendre aux divagations simplistes et pernicieuses de Rousseau⁹. Il en résulte tout un aspect confus, parfois criminel, et finalement stérile de notre Révolution qui cependant ne saurait éclipser, malgré les réactionnaires, son œuvre vraiment constructive, fondement de la nouvelle société, lorsqu'elle a fait aboutir des transformations séculaires ébauchées par cette vieille France dont elle procède, même à son corps défendant¹⁰.

Au vrai, s'affirmant progressivement parmi les hommes, l'idée de justice revêt des formes mouvantes très différentes selon les temps, afin de s'accorder avec les sentiments dominants du moment¹¹. Aussi, alors que peut advenir l'ère positiviste du vingtième siècle, le droit doit enfin devenir une branche de la science sociale annoncée par Comte, et donc se dégager de la tutelle que la philosophie vient de lui infliger en se substituant à la théologie moyenâgeuse. Le rejet des utopies faciles (poursuivies au dix-neuvième siècle par les socialistes prétentieux, pêle-mêle Saint-Simon, Fourier, Leroux, Proudhon, Lassalle et Marx, des théoriciens amalgamés avec dédain par Brissaud, germaniste mais ostensiblement ignorant du Marxisme et de ses prétentions à la scientificité) caractérise négativement le positivisme que prône notre historien du droit sur la lancée de Comte¹².

Sui generis maintenant, la méthode expérimentale, basée sur l'observation minutieuse et la comparaison raisonnée, permet de fonder rigoureusement la « science sociale » prophétisée par Auguste Comte ou « science de l'être collectif qu'on appelle société ». L'histoire et le droit doivent former des branches éminentes de cette « science des faits sociaux », aussi réels pour l'homme que les faits matériels,

⁷ *Ibid.*, p. 412.

⁸ *Ibid.*, p. 969 à 972.

⁹ *Ibid.*, p. 411.

¹⁰ *Ibid.*, p. 970.

¹¹ *Ibid.*, p. 1, 4, 5, 6, 13, 23.

¹² *Ibid.*, p. 413.

puisque, selon la leçon jadis donnée par Montesquieu, on peut y dégager des lois régulières qui se vérifient maintenant dans les statistiques et par les enquêtes¹³. La reconnaissance de la complexité d'ailleurs croissante des organismes collectifs souligne la spécificité irréductible de cette « sociologie », même si des comparaisons suggestives peuvent lui venir d'autres sciences, en particulier de la biologie étudiant les corps cette fois physiques et naturels¹⁴. D'ailleurs, l'histoire enquêtant sur des documents lacunaires et tendancieux doit se borner à révéler des orientations sur le long terme, qui, concrètement, permettront de mieux prévoir l'avenir et de tenter éventuellement de l'infléchir¹⁵.

Dans cette esquisse, nous évoquerons d'abord le développement intrinsèque de la société et de ses organes qui, dans son élan, peut entraîner des déséquilibres redoutables : des processus pathologiques risquent d'emporter même une civilisation incapable d'assimiler qualitativement, donc mentalement, sa croissance quantitative (Nisbet a montré l'angoisse des initiateurs de la sociologie). Puis nous évaluerons l'action logique du temps sur les hommes dont le milieu mental est forcément une résultante chronologique. Produit historique, comme le montre notre exemple national, le droit combine, selon des proportions changeantes, les exigences de l'esprit et des besoins des hommes d'une civilisation particulière, à un moment caractérisé de son destin. Auparavant Brissaud assouplit le déterminisme de son évolutionnisme positiviste en montrant l'essence cumulative du progrès qui se déploie en s'appuyant sur un passé orienté vers lui.

I – LE DÉVELOPPEMENT PÉRILLEUX DE LA STRUCTURE SOCIALE.

La cohésion du groupe doit supporter la hiérarchisation nécessaire à son évolution sans que son appareil central – étatique dans une société – ne s'hypertrophie. Suscitée directement par des besoins élémentaires, l'autonomie des acteurs sociaux s'affirme d'abord avant la coordination qui la mettra sous tutelle, au risque de la stériliser. En effet, les structures rigides chercheront fatalement à étouffer la spontanéité première qui atteste pourtant la vitalité des hommes et de leurs groupes.

Des lois sociales ambivalentes.

Récusant l'irénisme naïf de la théorie du contrat social, Brissaud observe d'abord les nécessités poussant impérativement les hommes à s'unir s'ils veulent subsister face aux périls qui les environnent¹⁶. Mais tout regroupement, pour rester efficace et viable, doit fatalement susciter une structuration en un corps dont une ferme discipline assure la cohésion, les volontés particulières ne pouvant y poursuivre des buts trop divergents. Ainsi apparaît le droit, contrainte que l'organisme collectif impose aux individus qui le composent. Cet impératif appelle une hiérarchie pour garantir la norme indispensable¹⁷. Cette loi sociologique d'airain est vérifiée par Brissaud dans des cas très divers mais l'autorité y est d'abord calquée, plus ou moins directement, sur le modèle patriarcal apparu en premier dans la cellule familiale

¹³ *Ibid.*, p. 2, 6, 7, 8, 10, 11, 399, 403, 410.

¹⁴ *Ibid.*, p. 12, 467, 468 et 472.

¹⁵ *Ibid.*, p. 9, 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 465-466, 470, 604.

¹⁷ *Ibid.*, p. 465, 470, 604, 631, 632, 698, 753.

élémentaire pour y assurer l'unité du commandement¹⁸. En effet, dans les débuts de l'histoire, l'insécurité est si prégnante, avec un État très embryonnaire, que chacun reste complètement soumis à sa communauté familiale, lui sacrifiant sans regret une indépendance invivable pour obtenir protection et nourriture¹⁹.

Ainsi se forme un esprit communautaire qui connaît son apogée au Moyen Âge lorsqu'il se ramifie dans toutes les activités humaines (selon l'école allemande où Gierke annonce Tönnies) comme le démontrent spontanément les communautés d'habitation taiseuses, les corporations de métiers, les collectivités locales, villes surtout mais aussi déjà villages, les sociétés commerciales encore fraternités issues de « l'intuitus personae », l'Église avec ses évêchés et ses ordres religieux²⁰. À chaque fois, des groupes caractéristiques doivent d'abord s'affirmer dans un milieu hostile.

L'unité nationale elle-même, et la centralisation qui l'exprime, constituent aussi une réaction face aux périls extérieurs qui pèsent sur la France depuis la guerre de Cent ans. Mais cet État, en s'imposant, va saper les communautés qui pourraient lui disputer sa primauté sur ses nouveaux sujets²¹. Assailli partout, le gouvernement révolutionnaire du Salut public n'a fait que tendre à l'extrême le ressort déjà employé par son prédécesseur monarchique (une idée bien sûr venue de Tocqueville)²². Enfin, la défense du corps social joue aussi en son sein ce qui justifie la sanction et même l'expulsion des éléments devenus indésirables ; d'où l'émancipation rejet hors de la famille, la mise hors la loi du forban durant les époques archaïques, l'excommunication de l'Église, les bannissements et les confiscations de l'Ancien Régime²³.

En se développant grâce à l'ordre externe et interne qu'il assure, le corps social suscite des organes particuliers qui vont se spécialiser de plus en plus étroitement pour remplir la tâche spécifique qui leur est dévolue désormais. C'est la loi fondamentale de division du travail. Tout à la fois elle atteste et permet le progrès puisque, dans les sociétés primitives, les hommes et leurs travaux sont complètement interchangeable. De même, en biologie, le déploiement et l'efficacité d'un organisme exigent la spécialisation conjointe des fonctions et des organes correspondants²⁴.

Pour Brissaud, les applications de cette nécessité sont variées puisque le processus de différenciation peut toujours se raffiner par des subdivisions de plus en plus poussées. La structuration de l'État, système nerveux de la société, en est forcément l'exemple le plus abouti : ainsi, l'archaïque *Curia regis* des premiers monarques se clive d'abord en une formation large, germe des futurs États Généraux, et en un Conseil du roi plus restreint. À son tour, celui-ci se divise, mais de façon tripartite, puisque les fonctions judiciaires et financières tendent à se spécialiser d'où la formation du Parlement et de la Chambre des Comptes. Le Parlement lui-même va répartir sa tâche entre plusieurs chambres spécifiques...²⁵. Autre grand appareil bureaucra-

¹⁸ *Ibid.*, p. 1454-1455.

¹⁹ *Ibid.*, p. 1002 à 1006.

²⁰ *Ibid.*, p. 615, 750, 1454, 1457, 1706, 1774, 1775.

²¹ *Ibid.*, p. 773, 807 et 1755.

²² *Ibid.*, p. 983.

²³ *Ibid.*, p. 9, 470, 481, 632, 637, 1763.

²⁴ *Ibid.*, p. 12, 466 à 470.

²⁵ *Ibid.*, p. 816, 817, 869 à 875.

que, l'Église offre un phénomène comparable de hiérarchisation complexe et poussée, alors pourtant qu'elle provient du « magma originel » des commencements apostoliques où s'ébauchait tout juste la première distinction entre clercs et fidèles²⁶. Toute la société médiévale est caractérisée par sa trifonctionnalité fondamentale qui englobe bien des statuts particuliers²⁷.

Avec la modernité, répercutant au plan général cette nouvelle mentalité, l'opinion publique va maintenant exiger l'autonomie fonctionnelle des grandes activités humaines. Ainsi s'expliquent la séparation des pouvoirs politiques, donc la liberté individuelle; la séparation de l'Église et de l'État, donc la liberté de conscience; le cantonnement de l'État hors de la sphère économique, donc la prospérité selon les libéraux²⁸. Mais cette évolution fatale n'est pas sans redoutables effets pervers. L'hypertrophie de l'organe dirigeant est le premier péril car elle ne peut s'épanouir que par l'atrophie corrélative des autres groupements infériorisés dans leur rôle propre et dans leurs valeurs originales²⁹. Le despotisme de la structure familiale dans les temps primitifs, la superbe théocratique de l'Église au Moyen Âge, l'étatisme tentaculaire du Bas-Empire romain ou des États modernes, constituent de bonnes illustrations de cette irrésistible propension d'expansion jadis aperçue par Montesquieu et redoutée par Tocqueville, avec sa nécessité d'anémier toute forme possible de contre-pouvoir qui pourrait lui résister. Évidemment, cette rupture de l'équilibre ou « balancement » organique de la société, va entraîner des processus redoutables comme l'atteste le précédent romain.

Le second écueil vient à l'inverse de la parcellisation des tâches : un groupe particulier oublie sa finalité sociale supérieure pour se complaire dans un égoïsme séparatiste. Il s'approprie définitivement des privilèges même au détriment de l'intérêt général : les castes en Inde, la noblesse ou les corporations de l'Ancien Régime illustrent cette dérive³⁰. Plus subtilement la professionnalisation des personnels d'exécution leur fait acquérir une mentalité typique qu'ils essaieront de faire prévaloir plus ou moins discrètement : si le roi est proclamé absolu, il se repose par la force des choses sur ses secrétaires d'État qui eux-mêmes se bornent souvent à entériner les propositions de leurs commis³¹. Ainsi s'affirme la bureaucratie qui, selon ses vues, inverse la transmission de l'autorité. Parfois même, les subordonnés spécialisés peuvent graduellement déposséder leur supérieur de ses pouvoirs, jusqu'à lui ôter toute substance, comme le montre l'histoire des baillis ou des grands officiers³². Il est vrai qu'ils bénéficient alors de l'aval du souverain pas mécontent de rabaisser un lieutenant aux prérogatives finalement trop larges. C'est que, dans une société complexe où l'équilibre global repose sur un dosage subtil des intérêts, la mission de souple coordination dévolue à l'organe central devient délicate : il lui faut diriger sans caporaliser, supporter des groupements intermédiaires sans céder à leurs revendications corporatistes, maintenir l'intérêt national et les libertés locales.

La monarchie d'Ancien Régime n'y est parvenue qu'assez imparfaitement : une

²⁶ *Ibid.*, p. 603 à 612, 633.

²⁷ *Ibid.*, p. 239.

²⁸ *Ibid.*, p. 466, 485 et 486, 1192.

²⁹ *Ibid.*, p. 472 et 638.

³⁰ *Ibid.*, p. 737.

³¹ *Ibid.*, p. 485 et 547.

³² *Ibid.*, p. 829, 841 et 842, 890 et 891.

certaine confusion n'a pas cessé de régner dans ses principes de gouvernement donc dans l'action de ses services et dans ses finances³³. Sans véritable plan d'ensemble l'enchevêtrement y a régné mais cependant l'indistinction des pouvoirs peut aussi parfois servir l'autorité centrale : ainsi, le Conseil du roi a fait respecter une certaine homogénéité dans le gouvernement, l'administration et l'application des lois en se substituant parfois à des services spécialisés comme la Justice³⁴. L'État contemporain devrait être plus rationnel, donc plus efficace, puisqu'il bénéficie de préceptes constitutionnels qui définissent assez précisément la répartition des grandes fonctions sociales. Le régime parlementaire anglais le prouve en réalisant au profit du premier ministre l'unité de commandement du gouvernement qui avait moins manifestée, va opposer la base, fidèle à la spontanéité plutôt « démocratique » des origines, et ses élites qui, de biais, veulent faire prévaloir leurs tendances oligarchiques de plus en plus exclusives. Cette confiscation de l'autorité se vérifie souvent manquée à la monarchie vermoulue, nonobstant ses déclarations de principe³⁵.

Le progrès étant la différenciation, donc la hiérarchisation, une rivalité, plus ou dans l'évolution de l'Église, des villes, des corporations, des procédures collectives de justice et d'administration de l'époque franque et même des formes de propriété souvent accaparées par les puissants. Mais cette sélection sociale s'exaspérant, la discorde sévit dans la communauté, menaçant son fonctionnement sinon son maintien, et il faut faire appel à la tutelle d'une puissance extérieure, ainsi le roi vis-à-vis des villes.

Malgré ses prétentions sociologiques Brissaud reste un libéral bon teint et ne cède pas à la tentation collectiviste qui ne pourrait susciter qu'une forme de socialisme d'État, les communautés traditionnelles étant irrémédiablement déclassées. Les hommes constituent les cellules élémentaires, le tissu vital de l'organisme social : sa santé dépend donc de leur activité créatrice donc de leur liberté³⁶. Or, fatalement, avec sa dynamique de force sociale, l'État cherche à les assujettir, les infantiliser³⁷. La modernité se caractérise par une course poursuite à l'issue incertaine entre deux expansionnismes, l'individualisme et l'étatisme³⁸. Comme à l'accoutumée chez Brissaud, la solution doit être transactionnelle entre l'État, les groupements intermédiaires et les individus qui doivent respecter chacun leur autonomie dans leur sphère propre, selon la leçon de Tocqueville³⁹. Mais cet équilibre est difficile à maintenir, d'où la nécessité de garantir fermement les droits individuels face à l'invasion de l'État.

La ruine de la classe moyenne a provoqué l'effondrement de l'empire romain et l'étatisme bureaucratique qui a sa part de responsabilité, n'a pas su y remédier quoique Brissaud reconnaisse équitablement qu'en maintenant l'ordre, il a parfois atténué la décadence, en particulier dans le domaine byzantin⁴⁰. Aussi, pour nous, le legs romain est sous le signe de la dualité : son droit public conforte l'étatisme

³³ *Ibid.*, p. 819, 828, 834 et 835, 942, 961 et 997.

³⁴ *Ibid.*, p. 819.

³⁵ *Ibid.*, p. 835.

³⁶ *Ibid.*, p. 454, 516 et 750.

³⁷ *Ibid.*, p. 486.

³⁸ *Ibid.*, p. 486, 980, 1776, 1781.

³⁹ *Ibid.*, p. 1780.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 492, 495, 499, 503, 504, 515 et 516.

comme l'avaient compris les légistes du roi de France, mais son droit privé sauvegarde l'individu en lui conférant des droits protecteurs⁴¹. Exploitant les théories excessivement déductives d'Hobbes et de Bodin⁴², l'absolutisme monarchique a des prétentions de Léviathan, même s'il n'en a pas toujours les moyens⁴³. Partout il impose sa tutelle pesante et suscite un dirigisme ambiant⁴⁴. Contrairement à Tocqueville et à Taine, Brissaud pense que, globalement, la Révolution française puis la société libérale qui en est issue ont plutôt desserré l'étreinte qui oppressait déjà les Français en instituant des droits individuels clairs et vigoureux, ainsi de la propriété privée largement diffusée⁴⁵. Ces garanties sont d'autant plus nécessaires qu'en même temps les corps privilégiés ont été arasés au profit d'une administration désormais complètement fonctionnarisée. Ainsi, l'étatisme menace toujours et, en cette orée du vingtième siècle, peut se nourrir du socialisme et du militarisme qui se répandent insidieusement avec leur logique mécaniquement simpliste⁴⁶.

La spontanéité fragilisée.

Cette autonomie peut être volontaire, à l'origine individuelle, ou collective, émanée du groupe, d'abord conscience très agissante, comme on le voit avec la coutume. Enfin, la modernité entraîne une résolution nouvelle, éventuellement de rupture, pour agir selon une notion révolutionnaire de libre choix de l'individu ou du peuple. Mais ces formes d'affirmation sont menacées par les appareils dominants, issus de la modernité, qui cherchent à confisquer toute initiative.

En l'absence d'une autorité supérieure imposant l'ordre, les hommes comprennent assez spontanément qu'il est souvent plus judicieux de régler à l'amiable leurs différends plutôt que de courir les risques de guerres privées avec leurs vengeances sans fin. C'est ainsi qu'apparaît la justice dans les sociétés primitives lorsque les parties demandent l'interposition d'un arbitre dont le prestige incontestable fera respecter la sentence par tous⁴⁷ (un processus semblable joue pour les premiers chrétiens qui se défient de l'État païen et sont invités à consulter leur évêque pour régler leur litige selon la bonne foi prônée entre coreligionnaires⁴⁸). De même, à l'époque de Brissaud, dans la société internationale en gestation, des procédures de médiation tentent d'éviter une acrimonie dangereuse entre États⁴⁹ alors que la notion de droit international privé progresse⁵⁰. L'arbitrage s'imposant va tendre à susciter une véritable instance avec ses normes, longtemps empreintes de l'équité pratique originelle, et ses sanctions qui peuvent, comme il se doit, aller jusqu'à la mise en quarantaine par les adhérents. Au Moyen Âge, obligés à des échanges lointains, en particulier par mer, les commerçants européens créent ainsi, de fait, un souple droit commun spécifique particulièrement prégnant dans les ports et les

⁴¹ *Ibid.*, p. 1192.

⁴² *Ibid.*, p. 405 et 406.

⁴³ *Ibid.*, p. 750, 926, 1192.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 833, 1779, 1784.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 734 et 918.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 486.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 480.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 632.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 480.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 168.

foires : il va stimuler et garantir des pratiques bancaires audacieuses⁵¹.

L'homogénéité morale issue de l'unité religieuse fait éclore le droit des gens, d'abord pour limiter le mal et ses péchés au nom de l'humanité. Mais l'Église doit utiliser le bras séculier pour imposer – avec plus ou moins de succès – sa Paix de Dieu, germe du droit de la guerre⁵². Pour pallier la défaillance criante du pouvoir central, des seigneurs, des paysans, des villes et des villages, vont se liguier afin de réprimer les brigandages et garantir la sécurité des personnes et des biens⁵³. C'est finalement le roi, recouvrant sa prérogative justicière, qui va capter à son profit cette aspiration innée à la tranquillité⁵⁴ : son autorité s'imposera aux récalcitrants et viendra ainsi parachever, mais aussi fausser, l'œuvre pacificatrice entreprise assez spontanément.

Il appartient à deux auteurs médiévaux français, Pierre Dubois et Honoré Bonet, de précéder Grotius en réfléchissant, cette fois juridiquement, au droit international du futur⁵⁵ entraîné par les nécessités de la vie européenne. Mais, censée résulter de la spontanéité, la médiation n'est pas forcément la panacée car son efficacité dépend d'un contexte particulier : inspirés d'un sentimentalisme mièvre les « tribunaux de famille » des révolutionnaires ont connu l'échec : avec la modernité la famille large a définitivement fait son temps et les individus préfèrent s'adresser à la justice spécialisée de l'État⁵⁶.

Après les « Lois de l'imitation » de Tarde, Brissaud ne peut ignorer l'empire de la routine sur les mentalités. Mais s'inspirant de Burke, il montre aussi que la tradition n'est pas forcément néfaste : elle doit être évaluée en tenant compte de l'évolution historique. De toutes manières, elle forme un cadre rassurant pour l'action et même la pensée en évitant les interrogations qui risquent de les paralyser⁵⁷ : les juristes l'attestent, par exemple avec leur culte du droit romain au Moyen Âge : exalté dans une perfection intemporelle idéalisée, ses principes servent de référence au droit positif du temps⁵⁸. Le mimétisme explique la diffusion de formes juridiques même dans les coutumes⁵⁹ ; les institutions communales et les usages commerciaux de certaines villes emblématiques se sont largement répandus : à l'apogée de la Hanse, Lübeck les a essaimés jusqu'en Hollande et à Novgorod, sans parler de la fortune bien connue de fameuses chartes françaises⁶⁰.

Ainsi, à l'origine, dans le domaine juridique, est la coutume qui exprime spontanément le sentiment collectif d'une population, donc synthétise son existence comme l'avait établi Savigny : elle se trouve forcément en accord avec les tendances profondes du peuple, ce qui n'est pas toujours le cas de la loi imposée par un législateur spécialisé⁶¹ (même l'Église à son commencement n'en a pas fait

⁵¹ *Ibid.*, p. 314 à 316.

⁵² *Ibid.*, p. 147, 325, 662.

⁵³ *Ibid.*, p. 254, 328 et 663.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 663 et 776.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 325.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 991.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 195.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 286.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 253 et 269.

⁶¹ *Ibid.*, p. 21 à 25 et 359.

l'économie)⁶².

Entre Savigny et le code, entre coutume et loi, Brissaud refuse d'établir un classement de valeur intrinsèque. Fidèle à la tradition éclectique française, illustrée parmi les juristes par Klimrath, il veut concilier les deux grandes sources du droit autour d'une même notion de nécessité sociale qui, selon les temps, prendra une forme plus ou moins consciente, donc volontaire ; simplement l'évolution historique tend à substituer la loi à la coutume, même si, ponctuellement, celle-ci devrait garder des positions pour déployer ses qualités⁶³. Issue pragmatiquement de tâtonnements qui ont permis de sélectionner la solution la plus adaptée au milieu, la coutume, malgré son apparence parfois archaïque, bénéficie d'une souplesse qui lui permet d'accompagner la modernité aussi bien que la loi, comme le prouve suffisamment l'exemple anglais⁶⁴ (les Britanniques lui doivent aussi leur fameuse constitution politique coutumière⁶⁵) : suggestivement, les usages commerciaux forment maintenant sa matière de prédilection⁶⁶. Les coutumes de nantissement ont donné l'exemple de la publicité foncière⁶⁷. La coutume n'a d'ailleurs pas tout à fait disparu du droit français⁶⁸.

A la fin de la période franque, c'est l'empire exclusif de la coutume locale qui a fusionné les diverses populations sous son égide⁶⁹. Un phénomène curieux s'est alors produit : les lois barbares et les capitulaires ont dégénéré en matériaux des nouvelles coutumes⁷⁰. Composite, le droit coutumier glane un peu partout des suggestions et ne dédaigne pas les droits savants même s'il les assimile à sa manière⁷¹. C'est aussi que la matière coutumière est vite interprétée donc déformée par les juristes qui l'appliquent en la fixant⁷². S'imposant dès que l'écrit est suffisamment répandu sa rédaction va aussi dans ce sens juridique. Elle peut cependant être une mesure de survie pour la coutume menacée de se diluer dans un substrat indigène ce qui expliquerait la rédaction des coutumes ancestrales lors de l'installation des peuplades germaniques en Gaule⁷³.

La coutume pâtit trop de son incertitude, donc de son arbitraire, pour que sa fixité ne soit pas souhaitée par les justiciables et les praticiens. Ce besoin de rédaction se fait sentir dans toute l'Europe et donne finalement lieu à des recensions fidèles⁷⁴. On arrive alors au deuxième âge coutumier lorsque s'établit le contrôle du pouvoir législatif qui cautionne les règles traditionnelles qu'il va faire appliquer, tout en leur maintenant un aspect populaire, les praticiens et les assemblées représentatives jouant quand même un rôle moteur dans cette promulgation⁷⁵. Évidemment, la

⁶² *Ibid.*, p. 129.

⁶³ *Ibid.*, p. 241 et 360.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 24, 163, 279, 1410.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 770.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 314.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 1291 à 1293.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 248.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 62, 150, 166.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁷¹ *Ibid.*, p. 240 et 281.

⁷² *Ibid.*, p. 26, 27 et 246.

⁷³ *Ibid.*, p. 76 et 107.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 22, 26, 271 et 362.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 242, 265, 362, 363 à 365.

coutume se rigidifiant ainsi perd une partie de sa plasticité, mais conserve une certaine souplesse, puisque des corrections peuvent être introduites dans sa rédaction puis sa réformation⁷⁶. Sous l'influence indirecte des doctrines ambiantes, elle tend ainsi à s'unifier au plan régional sinon national.

La liberté de conscience est un symbole essentiel de la modernité car elle manifeste l'autonomie de l'individu face à la société et à son État. Aussi a-t-il fallu la grave crise des guerres de religion pour qu'elle commence progressivement à s'affirmer, lorsque des conciliateurs « politiques » et sages, souvent juristes, prônent le calme et préparent le pacificateur Édit de Nantes⁷⁷. Mais c'est seulement la Révolution française qui la consacra définitivement. Jusque là, l'esprit d'intolérance reste encore trop fort : les religions persécutées – protestante comme catholique – n'attendent que leur revanche pour devenir persécutrices à leur tour⁷⁸. Les autorités laïques, tels les parlements ou Louis XIV, prétendent maintenir une uniformité devenue anachronique. L'échec de cette fiction est vite patent. Outre la déperdition économique, il provoque une radicalisation de la contestation du pouvoir monarchique qui en s'élargissant, prend une connotation politique moderne et participe à l'idéal des Lumières⁷⁹. Un jour même les mesures de déchéances prises contre les insoumis seront décalquées contre les aristocrates émigrés⁸⁰. Exploitant les instincts les plus bas, l'antisémitisme a été créé artificiellement par la stigmatisation d'une population que des lois discriminatoires ont cantonnée dans des activités usuraires forcément impopulaires⁸¹. Au total, la séparation de l'Église et de l'État est bien la seule solution adaptée au progrès : la neutralité publique garantit la liberté de chacun comme le montre la souple organisation du mariage et la loi annonciatrice de l'An III. Sarcastique, Brissaud invoque ici Saint Ambroise réclamant la déconfessionnalisation de l'État païen⁸².

A la confluence d'une logique étatique, de l'inévitable poids des traditions, mais aussi d'une ambitieuse détermination à changer la société par elle-même, la Révolution puis l'Empire napoléonien trouvent leurs réussites dans la combinaison de ces facteurs. Ainsi seulement sont désormais assurés l'ordre et le progrès corrélatifs selon Comte. Selon le credo des positivistes, « la nature ne fait pas de saut », Brissaud montre qu'au plan des tendances structurelles, malgré leurs excès momentanés, les nouveaux régimes sont dans la continuité de l'Ancien Régime⁸³. Déjà le règne de Louis XVI est pré-révolutionnaire en ébauchant des réformes que la Révolution n'aura plus qu'à consacrer⁸⁴. Mais comme l'avait magistralement marqué Tocqueville, la commotion essentielle, avec sa volonté de réformes logiques, permet de faire aboutir le travail que l'ancienne France ne parvenait pas à achever en s'empêtrant dans son passéisme affiché. Ainsi est-il bien connu que Napoléon a

⁷⁶ *Ibid.*, p. 366.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 403 et 643.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 403, 640, 644 et 645.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 645.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1756.

⁸¹ *Ibid.*, p. 646 et 647.

⁸² *Ibid.*, p. 640, 1012 et 1772.

⁸³ *Ibid.*, p. 2, 1772.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 387 et 814.

repris et amélioré les principes de l'organisation publique absolutiste (en calquant par exemple les grandes ordonnances de Colbert)⁸⁵. Au plan religieux, n'en déplaise aux royalistes, la tutelle de l'État sur l'Église est aussi lourde sous la Monarchie que sous la République ou l'Empire (seule une séparation rendra sa liberté à la foi)⁸⁶.

Le droit nouveau, contenu dans le Code civil, n'est qu'une synthèse des anciens usages souvent coutumiers et des idées nouvelles déjà esquissées sous l'Ancien Régime⁸⁷. Ainsi, la Révolution abolit-elle une féodalité civile déjà résiduelle depuis Richelieu pour conclure le processus millénaire de libération du tenancier jouissant enfin d'une propriété complète⁸⁸. Les coutumes égalitaires sont la référence du droit successoral issu de la Révolution d'où la défaveur du testament⁸⁹. L'idée du mariage-contrat est déjà bien connue des anciens juristes⁹⁰. Enfin, la publicité des hypothèques vient concrétiser franchement les pusillanimes vellétés du gouvernement monarchique⁹¹.

II – LA SÉDIMENTATION DU CONCRET.

Rien de durable parmi les hommes ne peut s'établir sur la seule abstraction, déduction mécanique, puisqu'ils sont conditionnés par un milieu ambiant, même à leur insu. Si la raison, en s'affirmant progressivement, cherche à maîtriser la complexité de la vie sociale, elle ne peut s'affranchir du principe de réalité, même si elle doit vouloir canaliser son évolution.

La construction synthétique du droit français.

Durant la période franque, le processus complexe de cohabitation puis de brassage des nouveaux venus avec les indigènes, amène une société composite dans tous ses constituants, ainsi sa monarchie⁹². Cette empreinte de bigarrure passe à la féodalité et à son droit puis aux temps modernes qui mélangent cet héritage avec de nouvelles préoccupations éthiques⁹³. Pour maintenir des règles précises dans une époque de confusion, les rois germaniques font partout rédiger puis compléter les principales coutumes de leur peuple et le droit romain simplifié des indigènes⁹⁴. Avec ces lois barbares, la germanité des usages s'altère dans l'espace et le temps, suivant l'importance des autochtones latinisés et l'emprise croissante du Christianisme. Tout un dégradé s'aperçoit, des farouches Saxons aux Wisigoths vite ingérés dans le substrat local⁹⁵. Au-delà des traditionnelles compositions, les rois ambitieux doivent s'inspirer plus ou moins directement de la romanité⁹⁶. Mais dans la gésine d'une nouvelle société, cet abâtardissement est général puisque, désormais aban-

⁸⁵ *Ibid.*, p. 849 et 988.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 386, 654 et 1772.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 2, 240, 369 et 415.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 661, 686, 732, 981 et 1218.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 1525, 1572 et 1579.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 1028.

⁹¹ *Ibid.*, p. 1518.

⁹² *Ibid.*, p. 518 à 521.

⁹³ *Ibid.*, p. 240 et 656.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 53 et 67.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 78 à 82 et 102.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 79 et 83.

donné aux populations, le droit romain mue en une « coutume romane » variable selon les lieux⁹⁷.

Dès l'époque franque, le droit public au sens large rassemble les populations sous l'égide du roi assurant l'unité des grands services, ainsi des tribunaux et de leur procédure⁹⁸. Avec ses besoins similaires, la vie commune atténue la personnalité des lois et entraîne la territorialité égalitaire des coutumes. Mais cette avancée vers la nation est entravée par le morcellement féodal et la partition juridique de la France⁹⁹. En bon aquitain, Brissaud relativise ce clivage, malgré sa prégnance attestée par la langue¹⁰⁰ : les pays de droit écrit ont eu leurs coutumes, même si elles ont tendu à s'effacer ; des variations locales sont confortées par des jurisprudences distinctes¹⁰¹. Même discuté, le droit romain constitue une référence majeure dans les pays coutumiers ; un moment, comme en Allemagne, il aurait pu s'agencer avec les coutumes en un usage unitaire¹⁰². Des influences réciproques jouent et l'Église impose les mêmes prescriptions¹⁰³. Aussi pas de frontière rigide mais une gradation¹⁰⁴. Le Sud-ouest est plus réceptif, moins strictement romaniste que le Midi méditerranéen, comme le prouve sa société d'acquêts¹⁰⁵. Enfin, les nécessités socio-économiques poussent la pratique à des résultats similaires, malgré les apparences affichées ; ainsi, pour la puissance paternelle ou pour les gains de survie de la femme¹⁰⁶.

A une époque de sensibilité régionaliste, Brissaud valorise le Midi : issu du droit civil romain son individualisme libéral s'est exercé en faveur des Juifs¹⁰⁷ et des femmes dont le régime dotal a préservé l'autonomie¹⁰⁸. La féodalité inégalitaire a été bridée d'où l'émancipation pacifique des villes et une taille réelle équitable¹⁰⁹. L'allodialité a été défendue d'abord face aux seigneurs puis contre l'Absolutisme¹¹⁰. Mais c'est surtout son Sud-ouest qui tient au cœur de Brissaud, comme le prouvent ses nombreux comptes rendus consacrés à ses coutumes et à ses chartes. De l'Aragon et la Navarre, jusqu'à Bordeaux et Toulouse, autour des Pyrénées occidentales, conservatoire de traditions immémoriales, aurait perduré le filigrane d'une certaine singularité des pays jadis soumis aux Wisigoths¹¹¹. Brissaud ouvre une lignée de professeurs toulousains passionnés par les coutumes du Sud-ouest comme Paul Ourliac et Jacques Poumarède. Et il ne pouvait manquer de chercher à disculper son université de la prétendue rebuffade infligée à Cujas ! ...¹¹².

Admirable, le droit romain constitue le seul système juridique se perpétuant avec

⁹⁷ *Ibid.*, p. 74.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 59 et 150.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 152.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 152, 256 et 257, 363 et 371.

¹⁰² *Ibid.*, p. 153, 156 à 159 et 366.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1633 à 1635.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 152 et 296.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1695 à 1697.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1101 et 1669.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 647 et 1753.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 151, 1081 et 1695.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 696 et 930.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 734.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 266, 1590 et 1696.

¹¹² *Ibid.*, p. 350.

un regain inouï hors du milieu qui l'avait enfanté, la civilisation antique. Sa survie protéiforme l'a vu à la fois source essentielle du droit religieux, droit populaire dans le Midi de la France et droit savant pour tous les juristes européens. Même sur les coutumes, il a agi indirectement mais puissamment¹¹³. C'est que la redécouverte de son *corpus* n'est pas fortuite mais correspond au besoin de posséder un cadre adéquat pour moderniser le droit et l'adapter à la modernité éclos¹¹⁴. Aussi, sa transcription pratique reste-t-elle très souple, ainsi avec les Bartolistes l'adultérant¹¹⁵, jusqu'à Cujas qui en le décantant le repousse dans l'histoire¹¹⁶. Mais l'Allemagne n'a pas connu cette bifurcation et elle s'est créé un usage original composite qui a influencé ses codes¹¹⁷. En permettant les comparaisons, la rédaction des coutumes, avec le prestige de la capitale Paris, suggère à la doctrine et à la jurisprudence la perspective d'un droit commun synthétique comme la *Common Law* anglaise¹¹⁸. De son côté, la monarchie réalise un droit uniforme dans les matières régies par ses ordonnances souvent pérennisées jusqu'à nos jours avec les codifications de Louis XIV¹¹⁹.

L'affirmation de l'organe législatif correspond à un progrès évident puisqu'au nom d'un intérêt général transcendant, le législateur peut imposer une politique globale en fonction d'un avenir souhaité et ainsi préparé¹²⁰. Ce pouvoir est tellement exorbitant qu'à son origine, dans les sociétés primitives, il revêt un aspect très démocratique¹²¹. L'action législative est inévitable à un certain stade de développement comme le montre l'Angleterre coutumière où les lois du roi puis du parlement jouent un rôle important¹²². Face à cette intrusion, la réserve de la population fait dépendre le pouvoir légiférant de l'emprise qu'exerce l'État sur la société¹²³. Jusqu'à l'avènement de la modernité, avec la Révolution, les rois, même des Carolingiens ou des Bourbons puissants, ne se hasardent guère à changer les règles du droit privé, malgré leurs grandes déclarations de principe et des textes abondants concernant l'organisation des services publics. Et ils agissent souvent sous couvert de foi et de religion, de paix et d'ordre public, de réformation du royaume¹²⁴. Même la codification du droit civil pourtant souhaitable (y compris en Angleterre !¹²⁵) et souhaitée reste inaccessible¹²⁶. Malgré l'exemple des grandes ordonnances de Colbert, l'intervention de d'Aguesseau reste fort ponctuelle et timide¹²⁷.

Que la Révolution débarrasse la France de ses scories médiévales et, concluant une longue histoire, le droit national unitaire, attendu depuis longtemps, pourra enfin

¹¹³ *Ibid.*, p. 153, 157, 171 et 213.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 194, 195, 1263, 1359 et 1360, 1510, 1590 et 1722.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 213.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 348.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 160 et 161.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 158, 243, 366 à 369.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 346 et 380.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 22 et 23.

¹²¹ *Ibid.*, p. 23.

¹²² *Ibid.*, p. 331 à 333.

¹²³ *Ibid.*, p. 106 et 327.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 109 et 110, 342 à 345.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 333.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 379 et 380.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 385, 1624.

advenir tant dans la législation que la jurisprudence¹²⁸. Ainsi, malgré son prestige, le code civil, comme toute élaboration humaine, doit être appréhendé dans l'époque qui l'a produit. Reprenant le travers jadis des Glossateurs vis-à-vis d'un droit romain figé dans sa perfection, ses premiers commentateurs trop exégétiques ont péché en éludant les effets inévitables de l'évolution sociale¹²⁹. De même, l'épuisement de cette première école juridique médiévale, noyée en des gloses infinies autour des mêmes textes, semble aussi faire allusion aux juristes français du milieu du dix-neuvième siècle : pour accompagner les transformations du progrès, le droit ne doit pas se scléroser, rabâcher, mais au contraire diversifier ses approches et ses références¹³⁰.

L'évolution du primitivisme

Issues de milieux assez similaires dans leur grossièreté primitive, toutes les sociétés balbutiantes présentent des traits analogues et, faute de données vraiment précises, le comparatisme se recommande forcément pour conjecturer leurs principes. Après Tarde, Brissaud est bien conscient des limites méthodologiques de ces rapprochements nécessaires, compte tenu aussi de la singularité de chaque civilisation qui va s'affirmer. Le caractère flou, lacunaire et tendancieux des informations oblige à la réserve, à présenter surtout des tendances, à refuser les grotesques rêveries plus ou moins rousseauistes qui ressuscitent les chimères de l'âge d'or mythologique dont se grisent les socialistes¹³¹. Au commencement, se devine l'indifférenciation des hommes, de leurs activités et de leurs biens ; la civilisation ne s'établira graduellement qu'avec les progrès de la division du travail social, de la spécialisation et donc de la distinction de ses agents¹³². D'abord seul pouvoir possible, la force physique va de plus en plus être contrôlée par la conscience sociale alors qu'une morale – d'abord de la réciprocité – s'établit en s'étayant de la religion puis du droit avant que l'organe étatique directeur ne s'impose¹³³.

La horde formerait le magma originel caractérisé par la promiscuité, le communisme des biens et l'anarchie sexuelle des personnes, sans crainte même de l'inceste (accouplements sacrés, hospitaliers, unions à l'essai, droit de cuissage en seraient des résidus¹³⁴). Fatalement, les individus sont groupés par génération¹³⁵. La parenté s'impose plus tard, en particulier chez les peuplades supérieures, sémites et indo-européennes. Elle entraîne la prohibition de l'inceste et suscite des unions stabilisées, bientôt des mariages, mais encore collectifs, polyandries et polygamies parfois conjointes¹³⁶. Avec ces fréquentations multiples, la parenté s'établit d'abord par la mère qui est donc le pivot de cette ébauche de famille : c'est le matriarcat dont, dans le sillage de Bachofen, certains auteurs ont conclu à la gynécocratie. Brissaud résume

¹²⁸ *Ibid.*, p. 348, 396 et 991.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 210.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 212.

¹³¹ *Ibid.*, p. 103, 417 et 418.

¹³² *Ibid.*, p. 466 à 470.

¹³³ *Ibid.*, p. 21 et 22.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 419 et 420.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 421.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 422 et 423.

ce fantasme féministe : malgré sans doute un certain prestige de la femme, la matrilinearité archaïque, vu la rudesse de l'époque, laisse le pouvoir à un homme, le frère de la mère, comme l'attesteront bien plus tard des relations avunculaires privilégiées chez les Germains¹³⁷. Cette perspective est d'ailleurs contestée par certains savants qui retrouvent la tradition biblique des patriarches¹³⁸.

Quoi qu'il en soit, la famille patriarcale prime inéluctablement à un certain degré de civilisation car son unité de commandement assure son efficacité (Contrairement à Fustel de Coulanges, pour Brissaud, le culte des ancêtres n'est qu'un adjuvant à cette prosaïque nécessité de la discipline). Cette densification de l'autorité tend à resserrer la famille domestique autour du couple dominant et la monogamie vient finalement achever le long processus de privatisation réciproque qui a graduellement réduit le nombre des conjoints. Le mariage individuel viendrait d'abord du rapt où la vaillance singulière d'un guerrier lui permet de s'arroger une femme exclusivement. Avec la pacification des mœurs, la violence deviendrait composition, puis arrangement, et la femme achetée, d'abord réellement puis de façon symbolique. Des traces de cette évolution se discernent dans le symbolisme du mariage¹³⁹.

Désormais, les institutions, au premier chef la famille, sont fermement constituées : l'âge d'une certaine raison commence à poindre pour des sociétés maintenant bien établies (que nous dirions protohistoriques). À la base de la tribu et de la peuplade, l'organisation clanique fournit l'ossature de la société, sans que l'on puisse trancher le problème de sa formation, soit par différenciation progressive au sein de la horde, soit par regroupement des familles élémentaires, bien que la leçon de Fustel de Coulanges tende à donner la priorité à ces dernières, au moins pour les populations indo-européennes¹⁴⁰.

Cimentées par un lien considéré comme génétique, à tort ou à raison, seules ces ligues d'assistance mutuelle peuvent assurer protection et sécurité de tous ordres en s'emboîtant sous forme large ou restreinte, alors domestique. Leur solidarité entraîne une responsabilité collective, pénale et pécuniaire, à moins d'une sanction d'exclusion, tel l'abandon noxal¹⁴¹. Ensuite, au rythme de l'affermissement progressif de l'État, les individus vont s'émanciper de cette tutelle pesante.

D'abord discrétionnaire sur les êtres comme sur les choses de son foyer, le pouvoir du chef de famille ne va cesser de s'atténuer, contrôlé de plus en plus par l'autorité religieuse et surtout étatique¹⁴². Cependant, dès le début, la femme, théoriquement ravalée à la totale soumission commune, bénéficie souvent dans les faits de son union sacralisée avec le père qui lui délègue en partie ses pouvoirs internes, tandis que sa famille naturelle peut agir sur son mari¹⁴³. Les civilisations émergentes maintenant, à côté de notations succinctes sur d'archaïques institutions hindoues, hébraïques et slaves, le droit originel romain, mieux connu, va surtout éclaircir le sens de certaines traditions germaniques, Brissaud refusant d'envisager un trop

¹³⁷ *Ibid.*, p. 425 et 426.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 419.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 427 et 428, 437 et 438.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 470, 471 et 473.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 1367.

¹⁴² *Ibid.*, p. 430, 439 à 442.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 429 et 430.

hypothétique droit celte¹⁴⁴.

Dans ces deux sociétés ancestrales, sont juxtaposées des pratiques marquant l'évolution de la vengeance instinctive, indistincte contre tout tort, aux compositions bientôt tarifées, avant d'aboutir aux peines publiques étatiques¹⁴⁵. Avec des obligations délictuelles analogues, la confusion du civil et du criminel, la justice privée, subsistent¹⁴⁶ : l'insolvable est vendu comme esclave pour échapper à la vengeance de son créancier¹⁴⁷. Liant des volontés souvent trompeuse, faute de sens moral, le formalisme offre un pouvoir de coercition nécessaire aux particuliers¹⁴⁸. Analogue à la *potestas* du pater, le *mundium* du chef de famille germanique se ramifie déjà dans ses attributs, premier signe de déclin¹⁴⁹. Au plan public, les premières institutions spontanément populaires déclinent au profit des aristocrates qui s'appuient sur leur clientèle. Décelable aussi en Grèce archaïque et en Gaule, ce processus naturel permet de récuser la précellence germanique qu'imaginaient les romantiques après Montesquieu¹⁵⁰.

Au total, partout dans son œuvre, Brissaud aime à montrer que toutes les institutions et les règles juridiques ont des origines disparates, d'où une cohérence variable. C'est le milieu particulier qui cristallise ces diverses composantes en une synthèse originale adaptée aux besoins sociaux du moment. L'organisation des pouvoirs publics mais aussi le régime de la propriété ou de la famille l'attestent à travers l'histoire.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 1361 et 1362, 1369 et 1370.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1214 et 1358.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 1487.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 1277, 1358, 1379 et 1389.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 1006 et 1007.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 479, 481, 483 et 486.