

La *lex mercatoria* contextualisée : tracer son parcours intellectuel

Résumé. – La *lex mercatoria* est bien connue de la théorie du droit et du droit international des marchés. Les discours et les arguments par rapport à cette notion sont en partie historiques : souvent la *lex mercatoria* contemporaine est reliée à un droit commercial médiéval de nature transnationale, comme son prédécesseur. Bien que des historiens du droit aient récemment douté de l'historicité d'un droit commercial médiéval de telle sorte, le trajet qu'a parcouru la notion de *lex mercatoria* n'a pas attiré beaucoup d'attention. Dans cet article, il est démontré que ce terme fut inséré dans la littérature juridique sur les marchés internationaux au milieu du vingtième siècle, suivant des manuels historico-juridiques anglais. Ceux-ci ont emprunté le concept de *lex mercatoria* à des textes datant du dix-septième siècle, qui – pour la première fois – le définissaient comme droit transnational, comme « *a body of law* ». Cet usage du terme, à cette époque, fut une réception créative des significations tardo-médiévales de la notion, qui à cette période-ci concernaient plutôt la procédure qui fut appliquée dans les tribunaux locaux de villes de marché.

Abstract. – *Lex mercatoria* is, as a label for contemporary transnational commercial law, well known in legal theory and from legal literature regarding international markets. Some arguments that are commonly uttered with respect to that concept have historical implications : a medieval body of commercial law is often considered to have been the predecessor of the *lex mercatoria* of today. Even though legal historians have recently questioned whether a medieval commercial law existed in a uniform sense in different locations, the intellectual history of the concept of *lex mercatoria* has, as yet, not attracted much attention. In this article, it is demonstrated that this notion was introduced in legal literature on international markets in the middle of the twentieth century, and that it was at that time borrowed from English legal-historical writings. The latter had taken a seventeenth-century concept as a description of historical facts, even though in the 1600s in England the late-medieval meanings of the term had fundamentally been changed. Originally, *lex mercatoria* described the procedure that was applied in tribunals of cities with market rights.

MOTS-CLÉS : LEX MERCATORIA ; DROIT COMMERCIAL MÉDIÉVAL ; LITTÉRATURE JURIDIQUE DU XX^e SIÈCLE.

La nature de la *lex mercatoria* est un thème récurrent dans la littérature de (théorie du) droit, ainsi que dans des publications d'historiens du droit¹. Depuis

1. Les paragraphes suivants sont basés surtout sur la littérature juridique et historico-juridique anglo-saxonne et allemande. Pour des vues critiques par rapport à la *lex mercatoria* contemporaine

quelque temps déjà des notions historiques portant sur ce sujet ont été liées à des débats contemporains. Dans les années 1960, Berthold Goldman et Clive M. Schmitthoff ont lancé la théorie d'un droit commercial sans frontières, en faisant référence à une *lex mercatoria* médiévale, renaissante à leur époque du vingtième siècle. Cette *lex mercatoria* fut considérée, et ce surtout par Goldman, comme une espèce de droit à part, existant hors les états. Les fondements de ce droit plutôt intangible furent concrétisés entre autres par une projection dans le passé.

Bien que l'historicité de la *lex mercatoria* ait déjà et maintes fois été nuancée², la généalogie intellectuelle et le contexte du trajet de l'approche historisante mentionnée sont davantage restés dans l'ombre, et ce surtout pour l'*ancien régime*. Dans cet article, il est démontré que les auteurs du vingtième et vingt-et-unième siècle, précités et d'autres, en utilisant les notions de *lex mercatoria* et *law merchant*, se sont basés sur des textes d'historiens du droit anglais de la fin du dix-neuvième et du début du vingtième siècle, qui faisaient mention d'un corps de droit médiéval surnommé *lex mercatoria*. Ces historiens du droit ont pourtant interprété ce terme tardo-médiéval sur base de connotations qui ne dataient que du dix-septième siècle. Ainsi, la notion de *lex mercatoria* fut à la fois « contaminée » et utile pour des discussions modernes, puisque les idées des années 1600 concernant un droit commercial global correspondaient à des aspirations qui étaient communes autour de 1900 et après la Deuxième Guerre mondiale. Au dix-septième siècle, en Angleterre, des écrivains d'inspiration politique ont en effet énoncé et élaboré le concept de la *old law merchant*. Suite à la popularité continuelle de leurs opinions, elles-mêmes postérieures aux temps médiévaux et fondamentalement différentes de celles qui avaient cours à cette époque, leurs vues se sont imposées dans des discussions d'aujourd'hui.

Bien qu'actuellement la *lex mercatoria* soit de moins en moins contestée comme droit ou comme source de droit, sa qualification juridique provoque toujours des discussions entre adeptes d'un pluralisme 'spontanéiste' du droit, et 'étatistes' ou positivistes³. L'argument central de cet article est qu'une vue

par des juristes français, voir P. LAGARDE, « Approche critique à la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1987, p. 125-150 ; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris 1984 ; M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1987, p. 373-385.

2. J. BART, « La Lex Mercatoria au Moyen Âge : mythe ou réalité ? », *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Paris 2000, 10-22 ; A. CORDES, « A la recherche d'une *Lex mercatoria* au Moyen Âge », *Stadt und Recht im Mittelalter. La ville et le droit au Moyen Âge*, dir. O.G. OEXLE et P. MONNET, Göttingen 2003, p. 117-132 ; E. KADENS, « The Myth of the Customary Law Merchant », *Texas Law Review*, n° 90, 2012, p. 1153-1206 ; A. KESSLER, *A Revolution in Commerce. The Parisian Merchant Court and the Rise of Commercial Society in Eighteenth-Century France*, New Haven 2007. Pour l'Angleterre, voir J. BAKER, « The Law Merchant and the Common Law Before 1700 », *The Legal Profession and the Common Law : Historical Essays*, dir. J.H. BAKER, Londres 1986, p. 341-368 ; J.E. BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism : a Late-Thirteenth-Century Treatise and its Afterlife*, Cambridge 1998 ; J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes. A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*, Cambridge 1995 ; S.E. SACHS, « From St. Ives to Cyberspace : the Modern Distortion of Medieval "Law Merchant" », *American University International Law Review*, n° 21/5, 2006, p. 685-812.

3. Th. SCHULTZ, « Some Critical Comments on the Juridicity of *Lex Mercatoria* », *Yearbook of Private International Law*, n° 10, 2008, p. 667-710.

d'ensemble du parcours des éléments figurant dans le discours « mercatoriste », aujourd'hui et dans le passé, met en évidence des processus de diffusion de concepts ainsi que les contextes déterminant les changements de leur signification par rapport à la notion de *lex mercatoria*. Par conséquent, le but de cet article n'est pas d'argumenter pour ou contre telle ou telle position dans le débat mentionné sur la *lex mercatoria*, comme idée de droit actuel. Il vise à souligner que les arguments historiques entourant la *lex mercatoria* moderne sont eux-mêmes le produit de discours spécifiques. L'angle choisi dans les prochains paragraphes peut se caractériser comme une recherche des contenus flexibles, changeants, du concept de *lex mercatoria*. Cette approche, qui s'inscrit dans les méthodes d'historiens culturels comme Peter Burke, est basée sur le bricolage inévitable de notions empruntées à des périodes antérieures. Ce processus comprend à la fois l'importation d'idées étrangères à l'époque et au milieu dans lesquels elles sont appliquées, et une adaptation d'éléments reçus aux besoins du receveur et à la situation dans laquelle celui-ci opère⁴.

Une première partie de cet article analyse le développement de la notion de *lex mercatoria* en Angleterre au bas Moyen Âge. Un deuxième paragraphe examine la réception de ce terme au début du dix-septième siècle. Puis, dans une troisième partie, les arguments du vingtième siècle par rapport à la *lex mercatoria* sont examinés en détail.

1. DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS LOCAUX À UNE JURIDICTION POUR HOMMES D'AFFAIRES (ANGLETERRE, TREIZIÈME-QUATORZIÈME SIÈCLE)

En Angleterre, au milieu du quatorzième siècle, les mots *lex mercatoria*, *law merchant* (*lei merchant* en *law French*) et *lei de l'estaple* (« droit d'étape ») se réfèrent à une juridiction sur les marchands. Dans son *Statute of the Staple* (1353), le roi anglais Edouard III accorda aux tribunaux locaux des villes de marché un pouvoir juridictionnel quant aux commerçants visitant ces lieux⁵. Cette loi formait le point final d'un développement qui s'était dégagé au cours de la deuxième moitié du douzième siècle. Suite à l'établissement de tribunaux royaux depuis le roi Henri II (1154-1189), la *lex mercatoria* devint progressivement à cette époque l'indication d'une manière ancienne de gérer les litiges, c.-à-d. peu formaliste et expéditive, puisqu'elle se répandit en réponse à la nouvelle *common law*, qui était plus lente et complexe. Dans les villes et les petites localités de marché, la *lex*, c.-à-d. les coutumes locales de procédure, furent mises en rapport avec des privilèges royaux concernant leurs marchés, qui avaient été attribués antérieurement. De cette manière, au cours des années 1200 et 1300, la *lex mercatoria* allait désigner également une compétence territoriale et, en liant cette notion avec les marchands qui visitaient ses marchés, aussi personnelle.

4. P. BURKE, *The European Renaissance. Centres and Peripheries*, Oxford 1998, p. 9-10. Burke s'est référé aux concepts de bricolage (Claude Lévi-Strauss) et de réemploi (Michel de Certeau). Très récemment, une telle approche a déjà été présentée aux lecteurs de cette revue. Voir L. KONDRATUK, « La réception d'un texte en histoire du droit : théorie littéraire et systématisations juridiques », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 89, 2011, p. 1-16.

5. *Statutes of the Realm*, vol. 1, p. 336 (27 Edw. III, stat. 2, c. 8).

À la fin du douzième et au début du treizième siècle, la pratique procédurale de petits tribunaux comme les *borough courts* et les *manorial courts* était comparable à la tradition des *assembly courts* du haut Moyen Âge. Celles-ci étaient des réunions d'habitants d'une région, et dans ces assemblées les procès se déroulaient de façon orale⁶. La nouvelle jurisprudence royale (*common law*) qui se développa dans les années 1100, s'inscrivait par contre dans une logique de procédure écrite et d'administration rationalisée. Les petits tribunaux mentionnés s'attachaient à une tradition médiévale de précédents, transmise d'une génération à l'autre. Cette manière de dire le droit s'assimilait à des prescriptions d'application générale. Les normes à suivre par la population furent confirmées dans les verdicts de ces assises. Aux douzième et treizième siècles, le mot « *lex* » se référait encore, sur le continent européen ainsi qu'en Angleterre, à la fois à la « procédure » et à ce type de droit non écrit, d'origine judiciaire et traditionnelle⁷.

Au treizième siècle, en Angleterre, les références à la *lex mercatoria* portaient sur le droit de procédure (au sens large) qui était suivi dans les tribunaux des lieux de marché. Depuis la fin du onzième siècle, beaucoup de localités, en Europe comme en Angleterre, avaient obtenu des privilèges de marché ou de foire. Ces chartes comportant des droits étaient accordées par le roi⁸. Puis, après quelques décennies, l'ancienne *lex* fut mise en rapport avec ces privilèges de marché (*mercatus*), au moyen du terme *lex mercatoria*, en guise de réaction à la popularité croissante des tribunaux royaux. De cette manière, les anciens usages pouvaient être conservés sous un sceau royal.

Devant les juges royaux, les litigants firent rapidement appel aux règles locales concernant la manière flexible de rendre justice, puisqu'elles étaient plus souples que les prescriptions de procédure de la *common law*⁹. Dans les années 1270 et 1280, il y eut une forte dispersion du concept de *lex mercatoria* dans les plaidoiries qui étaient soumises aux tribunaux centraux comme la *Court of the King's Bench* et la *Court of Common Pleas*. Avant 1270, l'expression de la *lex mercatoria* n'avait pas été répandue, et était même virtuellement absente, y compris au niveau local¹⁰. Les sources de cette époque renvoyaient seulement aux sources traditionnelles du droit anglais contemporain¹¹. Ce n'est que dans les dernières décennies du treizième siècle que l'expression est apparue dans des compilations de droit local comme le *Little Book of Bristol* (env. 1280) et dans les jugements de juridictions locales, ainsi que dans des manuels

6. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2007 (4^e édition), p. 26-27 ; SACHS, « From St. Ives to Cyberspace », *op. cit.*, p. 714-720 et p. 742-744.

7. La distinction entre droit matériel et formel était minime. Les praticiens du droit pensaient en termes d'actions judiciaires, et ne connaissaient pas les droits subjectifs ou le droit matériel. C'est là l'opinion majoritaire dans le riche débat sur la nature du droit médiéval. Pour un aperçu des points de vue, voir D. HEIRBAUT, « An Unknown Treasure for Historians of Early Medieval Europe : the Debate of German Legal Historians on the Nature of Medieval Law », *Rechtsgeschichte*, n° 17, 2010, 2. Voir également K. KRÖSCHELL, « Recht und Rechtsbegriffe im 12. Jahrhundert », *Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht*, dir. K. KRÖSCHELL, Berlin 1995, p. 290-292.

8. BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, *op. cit.*, p. 21.

9. SACHS, « From St. Ives to Cyberspace », *op. cit.*, p. 757 et p. 761.

10. BAKER, « The Law Merchant », *op. cit.*, p. 346, note 25 ; SACHS, « From St. Ives to Cyberspace », *op. cit.*, p. 691-694 et p. 730.

11. Un exemple est le *customal* de Bristol datant d'environ 1240, qui place le commerce sous *the custom of the town*. Voir SACHS, « From St. Ives to Cyberspace », *op. cit.*, p. 775.

de praticiens de droit comme *Fleta seu commentarius juris Anglicani* (env. 1290)¹².

Les allégations de la *lex mercatoria* devant les conseils du roi, qui étaient des demandes de faire application de la procédure souple connue des tribunaux des places de marché, à partir des années 1270, allaient main dans la main avec une opposition subtile de la part des sujets de droit. Les citoyens du pays cherchaient en effet à préserver leurs anciennes traditions. La *lex mercatoria* faisait office d'étiquette, afin de transporter les règles judiciaires locales au niveau royal¹³. Une stratégie comparable consistait en la définition de la *lex mercatoria* comme faisant partie de la *common law*. De cette manière, la procédure de marché fut enveloppée et protégée. Devant les juges royaux, les références mentionnées avaient pour but de faire apprécier l'affaire selon la *lex mercatoria, secundum legem mercatoriam*, ce qui impliquait une certaine flexibilité par rapport aux prescriptions précises appliquées par les tribunaux à Westminster¹⁴.

Une indication évidente du caractère local, et de la nature particulière, des règles camouflées sous ce terme de *lex mercatoria*, est leur diversité. La *fair court* de St.-Ives, qui était un petit village de marché près de Cambridge, imposa à la fin du treizième siècle d'autres règles que celles reprises dans les compilations *Fleta* et le *Little Book of Bristol*, qui datent de cette même période, bien que ces normes fussent toutes classées sous la dénomination de *lex mercatoria*. *Fleta* et *Little Book of Bristol* se référaient à la *lex mercatoria* par rapport à des règles qui facilitaient une certaine rapidité de procédure, mais quand on les analyse en détail, les différences sont frappantes¹⁵.

Des développements analogues eurent lieu sur le continent européen. Les activités de marché étaient, à cette époque des douzième et treizième siècles, considérées comme faisant partie des prérogatives royales, et les privilèges du trafic économique concernant les foires et marchés de villes étaient attribués par les autorités royales¹⁶. En Flandre et en Zélande, par exemple, des chartes accordées par le comte de Flandre et datant de ce temps contenaient des règles

12. BAKER, « The Law Merchant », *op. cit.*, p. 346 ; BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, *op. cit.*, p. 27-28.

13. Sachs fait allusion à une résistance des entités locales contre la juridiction royale, mais ne la relie pas à l'élargissement de la notion de *lex mercatoria*. Voir Sachs, « From St. Ives to Cyberspace », *op. cit.*, p. 750-751. La plupart des historiens anglais du droit (consultés) estiment aujourd'hui que le terme de *lex mercatoria* reflète une réalité médiévale plus ancienne de « procédure commerciale ». Ce n'est pas le cas. Le terme était nouveau à la fin du treizième siècle. Cependant, Sachs reconnaît à juste titre la continuité de fond des principes désignés en tant que *lex mercatoria* avec la pratique de procédure locale préexistante.

14. BAKER, « The Law Merchant », *op. cit.*, p. 346, note 25. Les requêtes ici mentionnées, à la *Court of the King's Bench* et à l'*Exchequer*, afin de juger selon la *lex mercatoria*, ont trait à la preuve et aux délais brefs. Certaines de ces requêtes concernaient « le commerce », mais pas toutes. Voir également BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, *op. cit.*, p. 31.

15. Dans les manuscrits du célèbre *De legibus et consuetudinibus Angliae* (première moitié du treizième siècle) de Henry Bracton, il y avait également un ajout ultérieur, de 1270 environ, visant à limiter les durées des procès. Voir H. BRACON, *On the Laws and Customs of England*, dir. S.E. THORNE, vol. 4, Cambridge (Mass.) 1977, p. 63 : *Item propter personas qui celerem habere debent iustitiam, sicut sunt mercatores quibus exhibetur iustitia pepoudrus,*

16. Par exemple, K. KRÖSCHELL, « Bemerkungen zum Kaufmannsrecht in den ottonischen-salischen Markturkunden », *Untersuchungen zu Handel und Verkehr der vor- und frühgeschichtlichen Zeit in Mittel- und Nordeuropa*, vol. 3, Göttingen 1985, p. 418-430. Voir aussi J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris 1986, p. 31-33.

spéciales pour les *mercatores*, et souvent elles concernaient l'expédition des procès. Des bénéfices typiques en ce sens étaient le sauf-conduit et de brefs délais de procédure¹⁷. Le contenu de ces normes différait, comme en Angleterre, de lieu en lieu, bien qu'elles fussent parfois désignées par le terme de *ius mercatorum* ou par d'autres termes semblables. Il n'y avait pas de droit commercial transnational sur le continent européen au Moyen Âge. Même les villes hanséatiques ont toujours fait usage de règles de contenu variable, par exemple par rapport au jet maritime, bien que dans certaines pièces de procédure, ces normes étaient qualifiées de 'coutumes de la mer' et 'droit de la mer'¹⁸.

2. LA *LEX MERCATORIA* EN TANT QUE DROIT TRANSNATIONAL, ET SON CONTEXTE POLITIQUE SPÉCIFIQUE (ANGLETERRE, 17^e-18^e SIÈCLES)

Au cours des seizième et dix-septième siècles, les avantages qui étaient repris dans ces privilèges de marché disparurent. Au début de la période moderne, sur le continent, le statut personnel des commerçants perdit son importance, tandis que les règles médiévales restaient importantes en Angleterre.

Sur le continent, après les années 1500, des termes comme *ius mercatorum* ne jouaient plus aucun rôle significatif. Le terme était généralement repris dans d'anciens privilèges, qui perdirent leur utilité après cette époque¹⁹. Par contre,

17. Le comte de Flandre se réserva parfois le droit de prendre en faveur des marchands des ordonnances qui s'écartaient des chartes accordées. Ex. *Coutumes des Pays et Comté de Flandre. Quartier de Bruges. Coutumes des Petites Villes et Seigneuries enclavées*, dir. L. GILLIODTS-VAN SEVEREN, vol. 1, Bruxelles 1890, p. 109, art. 107 (charte de Aardenburg env. 1187). Les chartes accordées à Gand et Bruges vers la fin du douzième siècle stipulaient que lorsqu'un marchand ou un étranger comparait en tant que défendeur dans un procès, le droit devait être dit dans les trois jours ou, en cas de traitement devant le collège des échevins au complet, dans les huit jours. Voir *Coutumes des Pays et Comté de Flandre. Tôme premier. Coutume de la ville de Gand*, dir. A.E. GHELDOLF, Bruxelles 1868, p. 387 (art. 21), et *Coutumes des Pays et Comté de Flandre. Quartier de Bruges. Coutume de la ville de Bruges*, dir. GILLIODTS-VAN SEVEREN, vol. 1, Bruxelles 1874, p. 192 (art. 19).

18. CORDES, « A la recherche », *op. cit.*, p. 130-132 ; E. FRANKOT, « The Practice of Maritime Law in the Town Courts of Fifteenth-Century Northern Europe. A Comparison », *The Dynamics of Economic Culture in the North Sea- and Baltic Region in the Late Middle Ages and Early Modern Period*, dir. H. BRAND et L. MÜLLER, Hilversum 2007, p. 136-152. Les recherches de cet auteur démontrent que des références au cours de procès aux « droit de la mer » (*waterrecht*), et ce dans des litiges qui se rapportèrent à des aspects de droit maritime, furent problématiques, puisqu'il fut difficile de déterminer les contenus de telles normes. Voir également E. FRANKOT, « Medieval Maritime Law from Oléron to Wisby : Jurisdictions in the Law of the Sea », *Communités in European History. Representations, Jurisdictions, Conflicts*, Pisa 2007, p. 151-172, particulièrement p. 158-163. Voir, par rapport au contenu local des notions *consuetudo mercatorum*, *stiel mercantiel* (« style mercantile ») et *costuyme van de Beurs* (« coutume de la Bourse ») à Anvers du seizième siècle, D. DE RUYSSCHER, « From Usages of Merchants to Default Rules : Practices of Trade, *Ius Commune* and Urban Law in Early Modern Antwerp », *The Journal of Legal History*, n° 33/1, 2012, p. 3-29 ; A. WIJFFELS, « Business Relations Between Merchants in Sixteenth-Century Belgian Practice-Oriented Civil Law Literature », *From Lex Mercatoria to Commercial Law*, dir. V. PIERGIOVANNI, Berlin 2005, p. 264-266.

19. Dans la doctrine allemande du dix-septième siècle, le terme de *ius mercatorum* était parfois utilisé en tant que concept global pour les faveurs accordées aux marchands. Voir H. MOHNHAUPT, « "Jura mercatorum" durch Privilegien. Zur Entwicklung des Handelsrechts bei Johann Marquard (1610-1668) », *Wege der europäischen Rechtsgeschichte. Karl Kröschell zum 60. Geburtstag*, dir. G. Köbler, Francfort-sur-le-Main 1987, p. 312-313. Cependant, à l'époque, les auteurs des

dans le droit anglais, basé sur la tradition, la notion de *lex mercatoria* ne cessa de resurgir aux dix-septième et dix-huitième siècles. À la fin du seizième et au début du dix-septième siècle, il y avait un besoin croissant de définitions de ce qui pouvait avoir valeur de droit en Angleterre, et ce terme ancien fut adapté à de nouveaux schémas. Cette évolution était intimement liée à un contexte politique particulier.

À la fin du seizième siècle, la position de la *civil law* en Angleterre, qui s'était graduellement renforcée depuis l'essor de la *Court of Chancery* et de la *High Court of Admiralty* après 1300, était vacillante. La *High Court of Admiralty* avait été instituée en tant que tribunal pour la criminalité en mer, mais au cours du quinzième siècle, elle élargit sa juridiction aux affaires commerciales. La *Court of Chancery* disait le droit *in equity*, mais dans la pratique, ce tribunal était dominé par des *civil lawyers*. Vers la fin des années 1500, les *common lawyers*, en réaction à la popularité sans cesse croissante des deux tribunaux susmentionnés, se mirent à promouvoir la *common law* en tant que droit général en Angleterre²⁰. Les *civil lawyers* répondaient à ces prétentions, et tout comme les *common lawyers*, ils écrivaient des textes sur le contenu et la nature du droit anglais. Les premiers défendaient la juridiction de la *High Court of Admiralty* dans les affaires commerciales, et ils soulignaient le caractère raisonnable et l'utilité de la *civil law* dans les relations internationales²¹. Le fait que des *civilians* comme John Davies et Gerard Malynes aient en fin de compte eu à élargir la notion de *lex mercatoria*, qui était typiquement anglaise et qui n'était pas connue dans les régions d'Europe où le droit savant fut important, constitue une évolution plutôt paradoxale²².

Au cours des premières décennies du dix-septième siècle, les royalistes anglais donnèrent une signification particulière à la notion médiévale de *lex mercatoria*. Les discussions sur la puissance du souverain anglais se mêlaient aux débats sur la place de la *civil law* en Angleterre, et tout cela amena les juristes à des interprétations novatrices. En 1603, le roi Jacques I^{er} avait succédé à la reine Élisabeth, et la relation entre le souverain et le Parlement se compliqua fortement. Jacques, qui était roi d'Écosse, et avait à y tolérer une assemblée des États moins forte, tenta d'importer à Londres son modèle absolutiste. Il s'entoura pour ce faire de juristes qui étaient formés à la *civil law*. Cela était également lié au fait qu'en Écosse – contrairement à ce qui se passait dans les tribunaux de *common law* en Angleterre – le droit savant continental était appliqué de façon subsidiaire. Ce n'est que plus tard, à partir des *Acts of Union* (1707), que la *common law* serait davantage introduite en Écosse²³. Au dix-

autres régions de l'Europe continentale ne parlaient presque jamais d'un *ius singulare* ou *ius proprium* pour désigner le droit qui s'appliquait aux marchands.

20. J. BAKER, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. 4, Oxford 2003, p. 210-215 ; BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, op. cit., p. 125-128 ; D. R. COQUILLETTE, *The Civilian Writers of Doctor's Commons, London. Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International Law*, Berlin 1988, p. 22-32.

21. COQUILLETTE, *The Civilian Writers*, op. cit., p. 97-119.

22. Puisque la *civil law* fut le droit commercial par excellence, et *lex mercatoria* un terme provenant des sources tardo-médiévales. Voir Basile e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, op. cit., p. 124 ; COQUILLETTE, *The Civilian Writers*, op. cit., p. 18, note 13.

23. J.W. CAIRNS, « Historical Introduction », *A History of Private Law in Scotland. I : Introduction and Property*, dir. K. REID et R. ZIMMERMANN, Oxford 2000, p. 71-74.

septième siècle, l'Angleterre et l'Écosse formaient encore une union personnelle, et non un pays unifié. À cette époque, il y avait aussi des *common lawyers* qui défendaient le souverain ; par contre, les *civilians* qui avaient une préférence pour les positions du Parlement étaient peu nombreux.

Dans son *The Question Concerning Impositions* (qui date d'avant 1619), le royaliste et *civilian* John Davies appliqua pour la première fois au droit anglais le discours de *civil lawyers* comme Alberico Gentili. Ce dernier avait défini, à la fin du seizième siècle, le terme de droit romain *ius gentium* comme étant le droit non écrit qui avait cours entre les peuples, mais il n'y incluait pas le droit en matière de commerce international²⁴. Davies, au contraire, le faisait, et il alla même plus loin dans la direction des positions des *common lawyers* en affirmant que la *common law* s'apparentait à la '*law of nations*', tout comme la '*law merchant*'. Davies estimait que cette dernière était une forme particulière de la '*law of nations*', mais que tout comme la *civil* et la *canon law*, elle faisait partie des '*lawes of England*' lorsque et pour autant qu'elle était appliquée dans les tribunaux anglais²⁵. Davies se servait de ces arguments pour étayer la compétence fiscale de Jacques I^{er}. Les '*laws of England*' n'étaient à cette époque pas de la *common law*, mais un droit particulier qui s'écartait de la *common law* et qui était reconnu par celle-ci. La *common law* ne pouvait que compléter lesdites *laws*. Si le pouvoir de Jacques I^{er} sur les marchands pouvait se baser sur un droit particulier au sein de la *common law*, il était cru que le souverain pouvait imposer des taxes sans que le Parlement ait son mot à y dire²⁶.

Davies ne se basait pas uniquement sur les vues de Gentili. En 1607, John Cowell avait déjà défini, dans son dictionnaire juridique *The Interpreter*, la notion de *law merchant* comme étant un élément du droit anglais, et aussi comme étant distincte de la *common law*²⁷. En considérant également la *law merchant* comme une variante du *ius gentium*, Davies croisait les conceptions de Cowell avec celles de Gentili, ce qui allait s'avérer d'une importance fondamentale au cours des décennies à suivre. Ainsi, un principe typiquement local comme la *law merchant* (*lex mercatoria*) pouvait être interprété plus largement, avec des références à un droit international. De plus, l'approche de Davies permettait de défendre la *civil law* dans le cadre du droit anglais, à une époque où celle-ci était de plus en plus considérée comme un droit étranger. Avant Davies, les *civilians* assimilaient encore tout simplement le droit commercial à la *civil law*²⁸. Après Davies, la voie était ouverte pour une distinction entre *civil law* et *law merchant*, qu'il avait pourtant toutes deux reliées au *ius gentium*.

24. COQUILLETTE, *The Civilian Writers*, op. cit., p. 63-71.

25. J. DAVIES, *The Question concerning Imposition*, p. 2-3, p. 10, et p. 29-30. Pour un résumé de ces points de vue, voir BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, op. cit., p. 132-139 ; Sachs, « From St. Ives to Cyberspace », op. cit., p. 753-755 et p. 797-799.

26. BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, op. cit., p. 133, et p. 138-139.

27. *Law of Merchants, Lex Mercatoria, Is Privileged, or special Law, differing from the Common Law of England, proper to Merchants, and summary in proceedings, ...* Voir J. COWELL, NOMŒTHES, *The Interpreter, Containing the genuine Signification of such obscure words and terms used either in the Common or Statute Lawes of this Realm ...*, Londres s.d., s.p., ad litteram L.

28. Un exemple est *A View of the Civil and Ecclesiastical Law* (1607) de Thomas Ridley. Voir BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, op. cit., p. 129.

Les partisans de l'indépendance parlementaire, et de la *common law*, ne reconnaissaient pas le lien entre *law merchant* et *ius gentium* – un terme issu de la *civil law*. Pourtant, sur d'autres points, les similitudes entre le discours des *common lawyers* et des *civilians* étaient très fortes. Les *common lawyers* étendaient fortement l'interprétation dans les textes médiévaux des *leges* ou *consuetudines Angliae*, qui – dans ce sens large – étaient liées au pouvoir des *peers of the realm*, dont était issu le Parlement. Tout comme Davies, ils considéraient tout droit, quelle que soit son origine, comme un droit anglais lorsqu'il était appliqué régulièrement dans les tribunaux anglais, mais aussi ils reliaient ce 'droit anglais' à la notion de *lex terrae*, et ce terme-ci au concept de *common law*. Le droit comme il fut appliqué dans les tribunaux royaux fut le noyau de la *lex terrae*. La notion de *lex terrae* apparaissait déjà dans la Magna Carta (1215). Pour cette raison, tout exposé juridique au sujet du droit anglais devait pleinement en tenir compte. Il s'agissait d'un 'droit de la terre', qui était une notion populaire à la fin du Moyen Âge, y compris sur le continent. Ce terme indiquait généralement un ensemble de principes juridiques qui étaient communs à un territoire déterminé²⁹. Par *lex terrae*, la Magna Carta désignait des règles communes de droit en Angleterre, que l'on pouvait retrouver dans les anciens privilèges (*charters*), dans la jurisprudence et dans les coutumes. En outre, les *common lawyers* mettaient l'accent sur la distinction entre *lex mercatoria* et *civil law*, comme l'avait également fait Davies. Dans les années 1620, le célèbre *common lawyer* Edward Coke définit le droit commercial en tant que *lex mercatoria* et en tant qu'élément de la *lex terrae*. Cependant, Coke approchait la notion historique d'une *lex terrae* comme un droit territorial, et comme étant l'ensemble du droit positif qui était en vigueur en Angleterre. De cette façon, il systématisait et élargissait les '*lawes of England*' auxquelles John Davies avait fait référence. Tout comme Davies, Coke considérait la *civil law* qui était maniée à la *Court of Chancery* et à la *High Court of Admiralty*, et le droit canon, qui était encore manié dans les tribunaux épiscopaux même après la Réforme, comme des éléments de la *lex terrae*.

Coke faisait une distinction nette entre la *civil law* et la *lex mercatoria*. Il maniait pour ce faire un critère territorial. Les affaires qui concernaient les commerçants nationaux, ou le commerce de marchands étrangers en Angleterre, ressortissaient à la *lex mercatoria*. Pour les autres affaires, relatives aux marchands étrangers en dehors de l'Angleterre, la *civil law* pouvait s'appliquer, par exemple à la *High Court of Admiralty*³⁰. Coke approchait le droit anglais à partir des sources historiques. Sa conception de la *lex mercatoria* était fondée sur les *charters* royales tardo-médiévales, principalement sur la *Carta mercatoria* de 1303³¹, et sur des compilations comme *Fleta*³². À cause du rôle important qu'avaient acquis les tribunaux de *civil law*, Coke se devait de

29. Ph. GODDING, *Le Conseil de Brabant sous le règne de Philippe le Bon 1430-1467*, Bruxelles 1999, p. 163-165 ; KRÖSCHELL, « Recht und Rechtsbegriffe », *op. cit.*, p. 300-302.

30. E. COKE, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, dir. S. SHEPPARD, vol. 2, Indianapolis (Ind.) 2003, p. 650 (*Institutes*, part 1, l. 1, ch. 1).

31. COKE, *The Selected Writings*, *op. cit.*, vol. 2, p. 650 (*Institutes*, partie 1, l. 1, ch. 1, contenant une référence à la *Carta Mercatoria*), II, 859 (*Institutes*, partie 2, l. 1, ch. 29), et vol. 2, p. 876 (*Institutes*, partie 2, l. 1, ch. 30).

32. Coke s'est souvent référé au texte de *Fleta*, aussi en incluant la *lex mercatoria* sous la *lex terrae*. Voir COKE, *The Selected Writings*, vol. 2, p. 650. Il s'est aussi basé sur le *Mirror des*

reconnaître le rôle de la *civil law* au sein de l'ensemble du droit anglais. Tant Coke que Davies acceptaient – chacun pour des raisons différentes – la *lex mercatoria* et la *civil law* comme des éléments du droit anglais. Le royaliste Davies était cependant suffisamment réaliste pour ne pas imposer de but en blanc l'ordre royal aux tribunaux de *civil law*. Sur base d'une approche plus historique, Coke n'y était pour sa part pas complètement opposé. Son application de la *lex mercatoria* aux procédures qui concernaient le commerce de marchands étrangers en Angleterre était en fait une extension du champ d'application du droit judiciaire anglais jusqu'à la *High Court of Admiralty* et la *Court of Chancery*³³.

En 1622 parut *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria* de Gerard Malynes, un commerçant anglais dont les parents étaient originaires des Pays-Bas (méridionaux)³⁴. Malynes, qui était très proche du souverain, parvint à merveille à concilier les contradictions des opinions contemporaines. Il n'était pas *civil lawyer*, ni même juriste tout court, mais ses idées étaient proches de la *civil law*. *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria* était écrit de façon habile. Malynes s'adressait à un public de commerçants, et décrivait la pratique du commerce, mais il intégrait également à son texte des propositions et conceptions politiques sur le droit³⁵. Pour cet aspect-là, il optait pour un discours de *common law*, qu'il complétait prudemment par des idées issues de la *civil law*. Par exemple, Malynes fulminait contre les 'chicaneries' des *civil lawyers*³⁶, mais cela lui permettait de critiquer, en tant qu'allié supposé, les arguments des *common lawyers* favorables au Parlement³⁷. Tout comme le *civilian* John Davies, il approchait la *lex mercatoria* comme un élément du 'droit de toutes les nations'³⁸. Sur le fond aussi, Malynes reliait de nombreuses normes commerciales à la *civil law*³⁹. Ce qui était nouveau, c'était sa conviction que la *lex*

Justices, qui fut écrit en *Law French* et qui data des années 1280. Ce document parle également de '*lei marchande*' (lib. 1, ch. 3) : '*... e qe de jour en jour se hastast droit destranges pleintifs en feires e marchiez cum pepoudrous solom lei marchande ...*' Sur le *Mirror des Justices*, voir : D.J. SEIPP, « The Mirror of Justices », *Learning the Law. Teaching and the Transmission of Law in England, 1150-1900*, dir. J.A. BUSH et A. WIJFFELS, Londres 1999, p. 85-112.

33. Surtout à la *Court of Chancery* plus d'attention fut attribuée à la conscience (*conscience*) du défendeur qu'à l'application de règles de droit. Voir BAKER, *An Introduction to English Legal History*, op. cit., p. 106-107 ; D.R. KLINCK, *Conscience, Equity, and the Court of Chancery in Early Modern England*, Aldershot 2010, p. 49-50.

34. Des données biographiques sont reprises dans P. GAUCI, « Malynes, Gerard », *Oxford Dictionary of National Biography*, dir. H.C.G. MATTHEW et B. HARRIS, vol. 36, Oxford 2004, p. 380-382 ; S. GIALDRONI, « Gerard Malynes e la questione della *lex mercatoria* », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* n° 126, 2009, p. 42-46.

35. Malynes est parvenu à leurrer ses lecteurs. Même certains auteurs modernes considèrent encore souvent son ouvrage comme un manuel de pratiques commerciales, alors qu'il avait également une forte orientation pamphlétaire et politique. Pour une qualification nuancée, voir P. GAUCI, « Malynes, Gerard », op. cit., p. 381 ; ROGERS, *The Early History*, op. cit., p. 88-93.

36. MALYNES, *Consuetudo, vel, Lex mercatoria*, vol. 1, Londres 1685, p. 5.

37. BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, op. cit., p. 141-142. Dans d'autres ouvrages, Malynes est rangé sans trop de nuance dans le camp des *civil lawyers*. Dans ces cas-là, on souligne bizarrement plutôt une parenté de ses idées avec celles de Ridley (voir note 28) qu'avec celles de Davies. Ex. COQUILLETTE, *The Civilian Writers*, op. cit., p. 133-140 ; CORDES, « À la recherche », op. cit., p. 124-125 ; K.O. SCHERNER, « Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, n° 118, 2001, p. 160-161.

38. MALYNES, *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria*, op. cit., vol. 1, p. 130.

39. Voir pour des citations de juristes continentaux : GIALDRONI, « Gerard Malynes », op. cit., p. 54, note 72.

mercatoria n'était pas simplement une branche de la 'law of all nations', comme chez Davies, mais qu'il était 'more naturally and properly' de désigner le *ius gentium* par le terme de *lex mercatoria*. Il ne voyait aucune distinction entre les deux. Selon Malynes, la *lex mercatoria* était la 'right reason', qui était propagée dans tous les pays, et qui était éternelle et immuable. De plus, cette *lex mercatoria* se composait de coutumes, qui s'appliquaient non seulement entre les États comme un droit contractuel international entre commerçants d'origines différentes, mais qui étaient également appliquées de la même manière par tous les marchands du monde entier, en tant que droit transnational⁴⁰. Pourtant, tout comme Davies et Coke, Malynes soulignait lui aussi le lien avec la constellation anglaise. En effet, en tant que droit raisonnable, la *lex mercatoria* était reconnue par tous les souverains⁴¹. En collant la notion de *common law* de la *law merchant* sur la *civil law*, Malynes parvint à ne pas se faire passer pour un partisan déclaré de la *civil law*, mais en même temps à aller plus loin, sur le fond, que les *civilians*. Une autre trouvaille de Malynes en ce sens était son choix de la *Court of Chancery* comme meilleur prétoire pour les affaires commerciales, ce qui ressortait déjà de son plaidoyer pour faire passer la 'reason', c'est-à-dire l'*equity*, avant le droit⁴². La *Court of Chancery* n'était pas une *common law court*, ni *stricto sensu* un tribunal de *civil law*, même si les *civil lawyers* y avaient la prédominance⁴³. Puisque le sort de la *High Court of Admiralty* semblait scellé, la *Court of Chancery* constituait pour Malynes une alternative valable. Cette assemblée juridique était plus proche de l'ordre royal, mais – sous couvert de la *lex mercatoria*, qui était identique, selon Malynes, à l'*equity* – la *civil law* pourrait continuer à s'y appliquer.

Les liens que faisait Malynes entre *lex mercatoria*, coutumes commerciales (*customs of merchants*), et *ius gentium* ou 'le droit de toutes les nations', furent considérés sans aucune nuance, dans la littérature des dix-neuvième et vingtième siècles, comme une preuve d'un droit commercial supranational et coutumier. Les auteurs de cette période ignoraient le caractère pamphlétaire et politique de l'œuvre de Malynes, et la considéraient comme un reflet objectif du droit commercial anglais et transnational. C'est ainsi que Malynes devint lui-même la source du futur lieu commun selon lequel la *lex mercatoria* constituait un « *body of law* », un ensemble de règles immuables et non écrites. Son affirmation que « *the customs of merchants are permanent and constant* » était pourtant un indice clair – mais qui fut néanmoins ignoré – de la nature peu descriptive de son œuvre⁴⁴.

Au fil du temps, les positions de Malynes devinrent courantes dans la doctrine anglaise. Ce succès découlait principalement de la visibilité accrue de la classe marchande dans l'Angleterre du dix-septième siècle⁴⁵. La qua-

40. MALYNES, *Consuetudo, vel, Lex mercatoria, op. cit.*, vol. I, introduction. Voir les commentaires sur ce passage dans BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism, op. cit.*, p. 139-141 ; COQUILLETTE, *The Civilian Writers, op. cit.*, p. 135-136 ; GIALDRONI, « Gerard Malynes », *op. cit.*, p. 50-54.

41. MALYNES, *Consuetudo, vel, Lex mercatoria, op. cit.*, vol. 1, lettre de mission.

42. MALYNES, *Consuetudo, vel, Lex mercatoria, op. cit.*, vol. 1, p. 468-470.

43. COQUILLETTE, *The Civilian Writers, op. cit.*, p. 30.

44. MALYNES, *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria, op. cit.*, vol. 1, p. 5.

45. P. GAUCI, *The Politics of Trade. The Overseas Merchant in State and Society, 1660-1720*, Oxford 2001, p. 160-180.

lification d'un droit commercial en droit coutumier transnational, qui était peu évidente à l'époque de Malynes, connut grâce à son œuvre une grande propagation. L'approche de Malynes, qui consistait à travestir des concepts de *civil law* sous un langage de *common law*, fonctionnait. Malgré le déclin de la *civil law* après 1600, les positions de Malynes connurent une forte progression. Le *Consuetudo, vel, Lex mercatoria* fut réimprimé à de nombreuses reprises, et même partiellement annexé à des manuels populaires de comptabilité et de droit maritime⁴⁶. Dans de nombreux traités de droit commercial et maritime, les mots de Malynes et les textes correspondants de juristes étaient cités⁴⁷. Au dix-huitième siècle, la réception de Malynes connut une accélération lorsque des tribunaux de *common law* se mirent à considérer des coutumes commerciales, qui devaient auparavant être démontrées, comme droit commercial applicable de plein droit. Cette tendance s'amorça dès les années 1680, lorsque les premiers jugements reconnurent les règles commerciales en tant que droit d'Angleterre, et comme étant davantage que des faits à démontrer⁴⁸. En 1757, Chief Justice Lord Mansfield († 1793) fit écho à Malynes en remarquant que « *the mercantile law is the same, all over the world* »⁴⁹. Blackstone († 1780) qualifia la *lex mercatoria* de « *system of customs* »⁵⁰.

3. LA *LEX MERCATORIA* SOUS DE NOUVEAUX ATOURS (VINGTIÈME SIÈCLE)

La réception des idées du dix-septième siècle à la fin du dix-neuvième et au début du vingtième siècle était à nouveau biaisée, tout comme la lecture des termes tardo-médiévaux dans l'Angleterre du dix-septième siècle. Vers la fin des années 1800, il y avait un besoin urgent d'un droit pour les contrats commerciaux internationaux. Les réflexions au sujet d'un *ius gentium* aux dix-septième et dix-huitième siècles n'avaient eu qu'une pertinence pratique très limitée. Ce n'est qu'à la fin du dix-neuvième siècle que les juristes furent confrontés à une pratique commerciale très complexe de dimensions mondiales. Tant les historiens du droit que les juristes se penchèrent sur la *lex mercatoria*. Initialement, ce sont les historiens du droit qui épousèrent trop volontiers les conceptions des textes du dix-septième siècle. La description de la « *law merchant* » dans le manuel d'histoire du droit anglais de l'historien du droit

46. GAUCL, « Malynes, Gerard », *op. cit.*, p. 381 ; ROGERS, *The Early History*, *op. cit.*, p. 89, note 55.

47. Ex. Ch. MOLLOY, *De jure maritimo et navali, or, A treatise of affairs maritime and commerce*, Londres 1722 (1^{re} édition 1676), p. 461 : « *The Law concerning Merchants, is called the Law Merchant from its universal Concern, whereof all Nations do take special Knowledge, and the Common and Statute Laws of England, takes notice of the Law Merchant, ...* ». On se référerait à des textes de John Davies. Voir également J. GODOLPHIN, ΣΥΝΗΓΩΡΟΣ ΗΛΛΑΣΣΙΟΥΣ : *A view of the Admiral jurisdiction*, Londres 1661 (1^{re} édition), p. 125 ; R. ZOUCH, *The Jurisdiction of the Admiralty of England asserted against Sir Edward Coke's Articuli Admiraltatis in chap. xxii of his Jurisdiction of Courts*, Londres 1663 (1^{re} édition), p. 7.

48. BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, *op. cit.*, p. 157-160 ; ROGERS, *The Early History*, *op. cit.*, p. 142-143.

49. Pelly v. Royal Exchange Assurance Co. (1757), mentionné dans J. OLDHAM, *English common law in the age of Mansfield*, Chapel Hill (NC) 2004, p. 124.

50. W. BLACKSTONE, *Commentaries with notes of reference...*, dir. S.G. TUCKER, vol. 4, Philadelphia 1803, p. 75.

renommé Frederic W. Maitland fut déterminante. En 1895, il affirma qu'avant la fin du treizième siècle, la « *law merchant* » constituait un système, un « *body of rules* » qui était distinct de la *common law*⁵¹.

Avec cette infiltration dans la littérature autorisée d'histoire du droit, les caractéristiques de la *lex mercatoria* en tant que concept historique étaient scellées. Même les auteurs au point de vue nuancé qui écrivirent sur ce problème après 1895 partageaient toujours de l'existence d'une *lex mercatoria* en tant que droit privé uniforme et coutumier⁵². En même temps, le sujet fut repris dans une littérature romantique, écrite par des praticiens du droit qui racontaient la riche histoire du droit commercial⁵³. Les juristes anglo-saxons se virent encore confortés dans leurs idées par la littérature continentale. Ils lisaient dans l'*Universalgeschichte des Handelsrechts* (1891) de Levin Goldschmidt, le premier ouvrage scientifique sur l'histoire du droit commercial, le caractère coutumier et international du droit commercial médiéval. Cependant, cela ne correspondait pas aux idées de Goldschmidt. Dans l'ouvrage mentionné, il soulignait le fait que le droit commercial était issu d'un mélange séculaire de coutumes, de doctrine et de législation⁵⁴.

Les idées de Maitland correspondaient bien au commerce international de la fin du dix-neuvième et du début du vingtième siècle, qui devenait de plus en plus atlantique en Europe occidentale. Pourtant, il y avait aussi d'autres voix à cette époque, qui ne parlaient pas d'un droit transnational en matière de commerce à part. En 1928, Édouard Lambert plaidait pour la reconnaissance d'un '*droit international corporatif*', qui se composait d'usages juridiquement contraignants par secteur professionnel, même au niveau international. Lambert reconnaissait certains aspects interprofessionnels du commerce international,

51. F. W. MAITLAND et F. POLLOCK, *The History of English Law before the Time of Edward the First*, vol. 1, Cambridge 1898, p. 467. Ailleurs, Maitland affirma cependant qu'il n'y avait que peu de données par rapport à la notion de *lex mercatoria*. Voir BASILE e.a., *Lex Mercatoria and Legal Pluralism*, *op. cit.*, p. 166.

52. Ex. W. MITCHELL, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge 1904, p. 1-2 et p. 7.

53. Ex. W.A. BEWES, *The Romance of the Law Merchant. Being an Introduction to the Study of International and Commercial Law with Some Accounts of the Commerce and Fairs in the Middle Ages*, Londres 1923 ; F.R. SANBORN, *Origin of the Early Maritime and Commercial Law*, New York 1930.

54. Encore de nos jours, Goldschmidt est souvent considéré à tort comme le premier représentant, voire même comme le père fondateur, de la doctrine de la *lex mercatoria*. Voir par exemple Sachs, « From St. Ives to Cyberspace », *op. cit.*, p. 688 et p. 694. Goldschmidt n'a jamais affirmé que le droit commercial constituait un système ou un « *body of law* ». Pour lui, ce n'était pas davantage un ensemble d'usages qui se serait développé indépendamment des autorités ou en dehors de la sphère d'influence des juristes. La monographie de Goldschmidt était le premier de trois tomes sur l'histoire du droit commercial. Cependant, son perfectionnisme sans bornes a fait en sorte que seul le premier tome soit publié, mais il constitue une analyse – inégalée jusqu'à ce jour – du droit statutaire et de la doctrine du Moyen Âge sur les questions commerciales. Voir L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts. Erste Lieferung, [Handbuch des Handelsrechts. Vol. 1 : Geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren]*, Stuttgart 1891. Le personnage de Goldschmidt et le climat intellectuel fascinant de la science juridico-commerciale allemande de la fin du dix-neuvième siècle – avec des protagonistes comme Wilhelm Endemann, Gustav Lastig, Otto von Gierke et Max Weber – sont décrits d'excellente manière dans G. DILCHER et S. LEPSIUS, « Einleitung », M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Schriften 1889-1894*, dir. G. DILCHER et S. LEPSIUS, Tübingen 2008, p. 57-95. Voir également K.O. SCHERNER, « Goldschmidts Universum », « *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert* ». *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, dir. M. ASCHERI e.a., Cologne 2003, p. 859-892.

mais il partait du principe d'une segmentation par industrie⁵⁵. Plus tard, en 1934, il relia ces notions à un droit commercial médiéval, qu'il qualifia de « *loi marchande* » internationalement applicable⁵⁶. En même temps, il considéra les interactions des organismes professionnels et des usages commerciaux avec les institutions et le droit positif des états, et il plaida pour une uniformisation du droit corporatif de forme modeste, avec des références aux milieux économiques et géographiques dans lesquels il serait appliqué⁵⁷. Quant aux aspects étatiques de son droit corporatif, Lambert était probablement inspiré par les écrits de Paul Huvelin, qui s'était rallié, dans son *Histoire du droit commercial* (1904), à la thèse d'Henri Pirenne. Pirenne et Huvelin affirmaient que des commerçants s'étaient établis sur des places de marché, et qu'ils en avaient fait des villes⁵⁸. Les points de vue d'Huvelin et de Pirenne étaient encore différents de celui de Maitland, puisqu'à leurs yeux, le droit du marché s'était intégré au droit de la ville, et plus tard de l'État. Au bout du compte, leurs idées n'eurent que peu de retentissement, et ce sont surtout les points de vue anglais sur un droit commercial en dehors de l'État qui allaient trouver un écho.

Après la Seconde Guerre mondiale, la *lex mercatoria* fut transférée de la littérature anglaise et américaine vers les institutions internationales. C'est Clive M. Schmitthoff qui s'y employa. C'était un juriste allemand, qui obtint son diplôme à l'université de Berlin, mais qui émigra en Angleterre après la prise du pouvoir par les nazis en 1933. Il y devint *barrister* et professeur. En 1964, il était conseiller à l'ONU, et il préparait les rapports de l'UNCITRAL, l'*United Nations Commission on International Trade Law*⁵⁹. Déjà auparavant, il était entré en contact, en étudiant l'ancien droit privé international anglais, avec les opinions juridico-historiques au sujet de la *law merchant*⁶⁰.

Schmitthoff reliait ces idées à ses positions de droit positif. Il le fit pour la première fois dans une conférence qu'il donna en 1957 à l'université d'Helsinki. Schmitthoff, qui n'utilisait pas initialement le terme de *lex mercatoria*, se montrait modérément sceptique envers les affirmations des dix-septième et dix-huitième siècles sur le caractère systématique et spontané du droit commer-

55. E. LAMBERT, « Préface », M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies, Les contrats-types américaine et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places*, vol. 1, Paris 1928, p. XXVII-XXXII.

56. E. LAMBERT, « Sources du droit comparé ou supranational, législation uniforme et jurisprudence comparative », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, vol. 3, Paris 1934, p. 498. Voir aussi Ch. DEL MARMOL, « Lex mercatoria », *JT* 1982, p. 164-165.

57. LAMBERT, « Sources du droit comparé ou supranational », *op. cit.*, p. 500-502.

58. P. HUVELIN, *L'histoire du droit commercial*, Paris 1904 ; H. PIRENNE, *Les villes et les institutions urbaines*, Bruxelles 1939. Ce dernier livre est une compilation d'articles sur ce thème, qui avaient paru entre autres dans les années 1890.

59. C.-J. CHENG, « Biography », *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, dir. in C.-J. CHENG, Dordrecht 1988, p. XIII-XV ; F. FABRICIUS, « Clive M. Schmitthoff : Leben, Beruf und Werk », *Law and International Trade. Recht und internationaler Handel. Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*, dir. F. FABRICIUS, Francfort-sur-le-Main 1973, p. 11-17.

60. Par exemple, dans M. RADIN, *Handbook of Anglo-American Legal History*, Berkeley 1938, p. 488, et dans W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Boston 1903-66. En 1963, Schmitthoff s'est de manière explicite référé à Holdsworth et Maitland comme précurseurs de ses idées, et aussi à A. N. SACK, *Conflicts of Laws in the History of English Law : Law, a Century of Progress, 1835-1935*, New York 1937. Voir C.M. SCHMITTHOFF, « International Trade Law and Private International Law », *Select Essays*, *op. cit.*, p. 537.

cial médiéval. Il conservait ce scepticisme dans son analyse de droit positif : pour lui, le droit commercial 'international' (en réalité transnational) englobait, outre des usages, également le droit des traités internationaux, et il décrivait le droit commercial anglais comme un mélange de *statutes* et de *common law*⁶¹. Dans des publications ultérieures, Schmitthoff approfondit les racines historiques du droit commercial transnational, qu'il commença à interpréter dans un sens plus coutumier. À partir de 1961, il écrivit qu'une *lex mercatoria* au sens d'un droit commercial 'international' existait déjà au Moyen Âge : il s'agissait d'un ensemble de règles principalement coutumières, qui s'étaient développées à partir des usages des marchands, avec une application internationale et un caractère raisonnable.

Dans la description concrète de cette *lex mercatoria* historique, dans des textes ultérieurs, Schmitthoff se montra néanmoins à nouveau plus nuancé. Il écrivait que la *law merchant* s'était morcelée au cours du Moyen Âge, et qu'elle ne méritait peut-être même pas du tout la dénomination de 'droit'⁶². Selon Schmitthoff, au début de la période moderne, ce droit coutumier médiéval portant sur le commerce fut inséré dans le droit national des nouveaux États, mais les normes en vigueur reflétaient encore à cette époque les anciennes caractéristiques d'universalité et d'équité⁶³. Enfin, pour Schmitthoff, le vingtième siècle vit la relance d'une nouvelle *law merchant*, qui différerait de son prédécesseur médiéval par une élaboration volontaire⁶⁴. L'analyse de Schmitthoff d'un développement de la *law merchant* en trois étapes était fonctionnelle : il soulignait que le droit commercial transnational positif revivait à sa propre époque, et qu'il n'incluait pas seulement des coutumes non écrites, mais également les pratiques qui étaient codifiées dans le droit des États⁶⁵. Nonobstant le regard historique assez nuancé de Schmitthoff, il doit être considéré comme le premier à avoir déplacé les idées du dix-septième siècle au sujet de la *lex mercatoria* vers la théorie juridique et le droit positif du vingtième.

Berthold Goldman était un contemporain de Schmitthoff, et il radicalisa les positions de ce dernier. Il mettait l'accent sur le caractère exclusivement coutumier et purement transnational de l'ancien droit commercial. En 1964, Goldman affirma qu'un droit commercial transnational, qu'il baptisa *lex mercatoria* à la suite de Schmitthoff, se distinguait des ordres juridiques nationaux par son caractère coutumier et privé : les normes du trafic commercial international sont apparues spontanément et en dehors de la sphère du droit étatique⁶⁶. En 1983, Goldman se pencha, dans un article, sur l'histoire, et il développa un

61. C.M. SCHMITTHOFF, « Modern Trends in English Commercial Law », *Select Essays, op. cit.*, p. 3-15, particulièrement p. 3-7.

62. C.M. SCHMITTHOFF, « The Unification of the Law of International Trade », *Select Essays, op. cit.*, p. 171.

63. C.M. SCHMITTHOFF, « The Law of International Trade », *Select Essays, op. cit.*, p. 220-223.

64. Voir, par exemple, SCHMITTHOFF, « The Law of International Trade », *Select Essays, op. cit.*, p. 220-223.

65. C.M. SCHMITTHOFF, « The Unification of the Law of International Trade », *Select Essays, op. cit.*, p. 206-210. Voir pour une analyse des arguments historiques de Schmitthoff N. E. HATZIMIHAIL, « The Many Lives – and Faces – of *Lex Mercatoria* : History as Genealogy in International Business Law », *Law & Contemporary Problems*, n° 71, 2008, p. 177-181.

66. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, n° 9, 1964, p. 177-182.

modèle cyclique. Dans sa théorie, le *ius gentium* constituait jusqu'au début du troisième siècle après J.-C. la première apparition de la *lex mercatoria*. Il englobait les usages commerciaux et des éléments moins formels du droit romain, qui étaient appliqués par le *praetor peregrinus*. La *Constitutio Antoniniana* de 212, qui conférait le droit civique à la plupart des sujets de l'Empire romain, signifiait selon Goldman 'la première mort' de la *lex mercatoria*. L'avènement des États nationaux à partir du seizième siècle amena une deuxième période de déclin, et aboutit à une « hibernation » du droit commercial transnational. Au début du vingtième siècle, le commerce international et les règles juridiques associées firent une nouvelle percée selon Goldman⁶⁷. Il définit la *lex mercatoria* comme un ensemble de pratiques ('*règles coutumières*', plus tard '*usages*'), et de principes, qui étaient non nationaux ou non étatiques, qui étaient apparus spontanément, et qui tiraient leur légitimité de la communauté marchande internationale⁶⁸.

Schmitthoff et Goldman utilisaient la terminologie et la littérature historique anglo-saxonnes pour approcher les problèmes de droit positif et de théorie juridique. Vers la fin du vingtième siècle, le débat sur la *lex mercatoria* prit une nouvelle ampleur. L'existence et le contenu d'une *lex mercatoria* devinrent un point d'affrontement entre 'positivistes' et 'pluralistes'. L'attrait académique d'un droit qui aurait évolué spontanément et qui serait apparu indépendamment de tout gouvernement a fait en sorte que des scientifiques d'autres disciplines se penchent également sur cet étrange problème. Les historiens du droit ont par exemple tenté de découvrir la continuité entre un ancien et un nouveau droit commercial transnational⁶⁹. Des économistes considèrent le phénomène comme une confirmation des idées de la *New Institutional Economics*. Des scientifiques comme Douglas North et Avner Greiff ont vu dans le droit commercial médiéval, qu'ils considéraient comme transnational et coutumier, un mécanisme de réduction des frais de transaction⁷⁰. Actuellement, dans toutes ces disciplines, on entend des notes critiques, et les articles d'historiens et d'historiens du droit qui tentent de nuancer les choses au sujet de la *lex mercatoria* sont de mieux en mieux acceptés⁷¹. Cependant, cela n'empêche pas pour l'instant qu'on entende encore, dans les discussions sur le pluralisme juridique et sur le droit commercial en contexte international, des arguments historiques dépassés.

67. B. GOLDMAN, « Lex mercatoria », *Forum international*, n° 3, 1983, p. 3-7.

68. HATZIMIHAIL, « The Many Lives – and Faces », *op. cit.*, p. 181-187.

69. H.J. BERMAN, *The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) 1983, p. 333-336 ; A. PADOA-SCHIOPPA, « Breve note storica sulla Lex Mercatoria », *Sociologia del Diritto* n° 35, 2005, p. 75-82.

70. D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge 1990, p. 126-130 ; A. GREIF, *Institutions and the Path to the Modern Economy : Lessons from Medieval Trade*, Cambridge 2006.

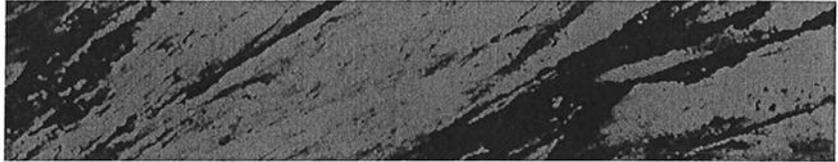
71. Voir, à côté des articles mentionnés de Cordes, Kadens et Sachs, N.H.D. FOSTER, « Foundation Myth as legal formant : The medieval Law Merchant and the new Lex Mercatoria », *Forum Iuris Historiae*, 2005, <http://www.forhistiur.de/zitat/0503foster.htm> ; E. KADENS, « Order within Law, Variety within Custom. The Character of the Medieval Merchant Law », *Chicago Journal of International Law*, n° 5, 2004, p. 39-66 ; KESSLER, *A Revolution in Commerce*, *op. cit.* ; J. EDWARDS et S. OGILVIE, « What Lessons for Economic Development Can We Draw From the Champagne Fairs ? », *Explorations in Economic History*, n° 49, 2012, p. 131-148.

CONCLUSION

L'histoire juridique des concepts est en premier lieu une histoire des idées. À cet égard, l'utilisation de notions issues de périodes anciennes doit toujours s'accompagner d'une grande prudence. Il peut être utile dans ce contexte de faire monter d'une attention accrue pour le mécanisme de réception, qui suppose toujours un certain biais de la notion reprise. La notion de *lex mercatoria* offre un exemple de la façon dont les significations peuvent se modifier au fil du temps. Une juste appréciation du contexte historique dans lequel les concepts naissent et sont reproduits est essentielle pour les comprendre entièrement. Les circonstances dans lesquelles des textes sont publiés sont cruciales pour saisir la portée et les connotations y compris des notions juridiques contenues dans ces textes. La réémergence de la *lex mercatoria* après la Seconde Guerre mondiale, et les liens qui ont été fait à cette époque avec le Moyen Âge tardif, sont caractéristiques d'un renouveau du commerce mondial. De même, à la fin du dix-neuvième siècle, lorsque la nécessité d'un droit commercial transnational se fit sentir davantage, la notion de *lex mercatoria* put s'imposer en ce sens. La menace qui pesait sur d'importants tribunaux anglais qui disaient le droit entre marchands, et en particulier sur la *High Court of Admiralty* ainsi que la *Court of Chancery*, et la relation houleuse entre le souverain écossais et le parlement anglais, expliquent pourquoi des auteurs tentèrent, au début des années 1600, de sauver le « droit commercial » et de lui donner des couleurs transnationales, tandis que d'autres l'ancrèrent dans des textes tardo-médiévaux. Cependant, ces sources des treizième et quatorzième siècles n'avaient pas le sens que lui attribuèrent les auteurs ultérieurs. Dans les années 1200 et 1300, la *lex mercatoria* était la façon de dire le droit là où était établi un marché, et le terme désigna également par la suite la juridiction de ces localités. Cependant, il ne désignait aucunement un droit commercial matériel, ni des règles de droit qui étaient apparues en dehors du gouvernement et appliquées uniformément sur le plan international, comme l'affirmait par exemple Gerard Malynes. Tout ceci peut amener à tirer la conclusion qu'une légitimation historique de la *lex mercatoria* moderne a peu de sens lorsqu'on porte un regard large sur le contexte et l'histoire intellectuelle. L'histoire est souvent explicative, et peut fournir des arguments, mais ce n'est bien évidemment pas toujours le cas.

Dave DE RUYSSCHER
Vrije Universiteit Brussel

Revue historique de droit français et étranger



DIRECTEUR

Joseph Méléze Modrzejewski

Revue soutenue par l'Institut
des Sciences Humaines et Sociales
du CNRS

