



Tracés. Revue de Sciences humaines

17 (2009)

Que faire des institutions ?

Pierre Thévenin

L'institution, la casuistique et l'historien. Hommage à Yan Thomas

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le Cléo, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique

Pierre Thévenin, « L'institution, la casuistique et l'historien. Hommage à Yan Thomas », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 17 | 2009, mis en ligne le 30 novembre 2011, consulté le 02 janvier 2013. URL : <http://traces.revues.org/4260> ; DOI : 10.4000/traces.4260

Éditeur : ENS Éditions
<http://traces.revues.org>
<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne sur : <http://traces.revues.org/4260>

Ce document est le fac-similé de l'édition papier.

© ENS Éditions

L'institution, la casuistique et l'historien. Hommage à Yan Thomas

PIERRE THÉVENIN

Historien du droit romain et fondateur, en 1989, du Centre d'étude des normes juridiques à l'EHESS, Yan Thomas (1943-2008) n'a eu de cesse de plier les constructions de la pensée juridique et les architectures institutionnelles à une analyse aussi informée d'anthropologie, de philosophie et d'histoire que soucieuse de bénéfice critique. Sa disparition à l'automne dernier, privant la communauté intellectuelle d'une voix précieuse et sans pareille, l'aura empêché d'apporter sa propre contribution à un numéro dont l'inspiration devait pourtant en bonne part à l'exemple de ses travaux.

Ce que nous comprenons, ce sont les institutions.
Heiner Müller, *Mommsens Block*.

Que les catégories rugueuses du droit, qui plus est ancien, qui plus est romain, puissent offrir à la pensée l'occasion de saisir tout autre chose qu'un défilé de formes creuses ou qu'une série de chicanes en cascade, c'est là une surprise dont sont sans doute encore frappés les nombreux historiens, anthropologues et philosophes qui ont poussé la porte du séminaire de Yan Thomas à l'EHESS. On y découvrait en effet, en apprenant à déplier l'appareil de notions juridiques abusivement systématisées par l'historiographie traditionnelle¹, la liaison intime de l'invention d'une solution de

I Encore aujourd'hui, l'histoire du droit romain dépend étroitement de la tradition du pandectisme allemand, soit la forme prise au XIX^e siècle par l'étude des « pandectes », compilation byzantine des textes de l'ancien droit romain. En poursuivant l'idéal d'une présentation systématique de ce droit, le pandectisme s'appliquait à « légitimer une politique juridique », pour laquelle le droit devait dans son principe rester supérieur à la législation politique. La jurisprudence romaine était dès lors tournée en modèle d'un droit « vivant » acquérant spontanément l'unité d'un système : « des solutions énoncées [par la jurisprudence romaine] au gré de la pratique et dans l'apparent désordre des cas, s'inférait un échafaudage cohérent de notions abstraites » (Thomas, 1986, p. 152). Le travail de l'historien du droit doit consister à repérer et à démonter de telles inférences.

droit à la configuration d'une culture. On s'y étonnait de la signification de ce moment où s'impose la nécessité pratique de projeter un cas d'espèce concret dans le monde abstrait des normes. Ces mêmes normes, présentées d'ordinaire sous leur jour le plus hiératique et le plus impeccable, en ressortaient marquées d'une sorte d'inquiétude où se disaient l'agitation de la vie sociale et les violences de l'histoire. Leur cohérence allait jusqu'à éclairer les faits, permettait parfois même de les établir par induction². Sous la surface des dispositions juridiques particulières se révélaient enfin, cas par cas, l'irruption du droit dans le cours des événements et les ressorts à la fois conceptuels et pratiques de leur mise en forme abstraite.

S'il s'agissait bien d'élargir l'intelligence du droit au-delà des questions de doctrine qui forment l'ordinaire de la réflexion savante des juristes, il n'était pas question de rabattre le droit au rang d'une simple pratique sociale. On n'entendait pas ajouter aux développements de la sociologie du droit qui pensent pouvoir faire à moins de toute analyse dogmatique. L'exercice consistait plutôt à atteindre ce niveau d'interprétation où il devient possible, pour le dire avec Bruno Latour, de découvrir « plus de société romaine dans les concepts du droit romain que dans la société qui les entoure et qui prétendrait les expliquer » (Latour, 2002, p. 271, à propos de Thomas, 1973). Les formes du supplice pouvaient alors révéler une « image du corps dans la cité » (Thomas, 1984b, p. 6). Le statut des enceintes de la ville devenait la clé permettant de comprendre comment la loi pouvait être « violée » et son infraction « sanctionnée » (Thomas, 1988b). Les procédures d'évaluation judiciaire des biens révélaient les ressorts d'une véritable « construction politique de la marchandise » (Thomas, 2002b, p. 1448). Dans tous les cas, le mot d'ordre était de « décrire les effets pratiques de toutes les médiations formelles par lesquelles le droit s'interpose entre les sujets et eux-mêmes » (Thomas, 2002a, p. 1425).

Il s'agissait toujours en effet de descriptions, et l'on gagnerait assez peu à abstraire une poignée de thèses ou de points de méthode de l'œuvre de Yan Thomas³. À la façon des fragments de la jurisprudence romaine qu'ils prenaient pour objet, ses textes signalent par leur extrême densité le carac-

2 C'est là « l'intuition mommsénienne » qu'avait transmise à Yan Thomas son maître André Magdelain (Thomas, 1996, p. xii, 1984a, p. 35).

3 Yan Thomas a constamment préféré la forme de l'article à celle du livre. À part une étude serrée de Theodor Mommsen (Thomas, 1984a) et un pamphlet théorique retentissant sur l'affaire Peruche cosigné avec Olivier Cayla (Thomas et Cayla, 2002), son œuvre se répartit essentiellement en une soixantaine d'articles dont on pourra trouver la liste sur le site de l'EHESS [URL : <http://lodel.ehess.fr/cenj/document.php?id=63>], consulté le 11 juillet 2009. On n'en attend qu'avec plus d'impatience la publication à titre posthume d'un important ouvrage sur les choses sans maître.

tère toujours situé et précis de leur propos. Jamais leur charge théorique ou leur originalité méthodologique n'y sont dissociables de l'analyse d'un dossier donné : la vengeance judiciaire, les tombeaux, le sujet, le collectif, l'origine, les marbres, l'aveu, le sexe, etc. L'analyse philologique, toujours très pointue et exigeante, l'érudition historique y servent d'outils de pensée indispensables à l'excavation archéologique de l'un de ces points de croisement où la pensée juridique paraît s'emparer de la réalité pour la réengendrer sous une forme inédite.

Le cas d'espèce qui illustre peut-être le mieux la manière de telles analyses concerne l'idée juridique de la nature. La dialectique du naturel et de l'artificiel et la thèse d'une institution juridique de la nature ne figurent pas par hasard parmi les thèmes de prédilection de Yan Thomas. Elles cristallisent en quelque sorte la radicalité de sa réflexion sur l'héritage romain et son analyse de ce que veut dire, en droit, *instituer*⁴. Jamais le terme d'institution ne prend d'abord pour lui le sens substantif d'un « élément de l'organisation sociale », qui « forme corps et s'oriente vers l'individualité vivante et la personnalité morale », ce sens qui était premier pour Maurice Hauriou (1910, p. 126). Là où ce dernier opposait en effet les organisations (au premier rang desquelles figurait l'État) aux « simples moyens de la technique du droit », ce sont au contraire ces moyens mêmes qui, pour Yan Thomas, faisaient toute la « substance » des organisations et sont seuls à en éclairer la genèse. Ainsi la cité elle-même, l'organisation par excellence, reçoit-elle la première forme de son individualité par le jeu du droit civil, lorsque celui-ci la fait figurer comme partie dans des actions de droit privé⁵. Le jeu pratique des nécessités procédurales précédant toujours l'ordre philosophique des notions, c'est à leur niveau qu'il faut redescendre pour analyser celles-ci. Ainsi reconduite au détail des décisions dont la nature jurisprudentielle des sources romaines assure la perception, l'institution prend alors un double sens, dans les deux cas pragmatique et désacralisé, à la fois de purs expédients juridiques et de résultat performatif de leur mise en œuvre.

C'est bien de ce point de vue qu'il faut comprendre l'idée paradoxale d'une institution de la nature : la nature n'est au fond, pour les juristes romains, qu'un moyen d'atteindre certaines décisions. Qu'on mesure la

4 De 1988 à 1995, une série d'articles portent un titre de la forme « l'institution de X » (l'origine, la majesté, la cité, le sujet...). Le premier des objets ainsi étudiés fut la nature (Thomas, 1988a).

5 À propos du principe *civitates loco privatorum habentur* : « Ce n'est pas du point de vue de leur ordre politique interne, de leur structure propre, que les cités furent d'abord pensées comme des monades juridiques, comme des unités titulaires de droits. Le point de vue qui imposa cette construction est externe : il est celui des affaires de gré à gré. » (Thomas, 1993, p. 24)

charge polémique de cette affirmation ! Dirigée contre les contemplateurs du « droit naturel classique » qui répètent, après Michel Villey, que « le droit naturel n'est pas résultat, [qu'il] est l'objet dont on discute [et qu'il] se situe au commencement des travaux de la science du droit » (Villey, 1984, p. 206), elle renverse l'image romaine de la nature au point de mettre en avant son inscription dans le cercle des moyens du droit positif.

Voyons comment procède la démonstration. Elle commence par opposer soigneusement les déclarations générales qui, dans les textes didactiques de droit romain, rappellent les principes stoïciens et cicéroniens d'une primauté du droit naturel sur le droit civil, à la casuistique des invocations techniques de ce même droit. À ce dernier niveau de pertinence, la nature en effet n'apparaît tout d'abord que comme un simple obstacle physique, et non comme une source d'obligation. C'est par exemple sur la nature que se fonde l'incapacité à être juge pour les sourds et les muets ; c'est elle encore qui empêche que plusieurs enfants sortent en même temps du ventre de leur mère, « de sorte que, même chez les jumeaux et les triplés, l'ordre des naissances distingue entre aînés et cadets » (Thomas, 1988a, p. 30). Lorsqu'elle est invoquée positivement, ce n'est pas pour plier le droit positif à une norme supérieure, mais au contraire pour étendre son application en dehors des lois. Ainsi « un esclave peut être accusé de parricide, quoique légalement il n'ait ni *parentes* ni *cognati* : car, écrit Saturninus, même si les esclaves ne sont pas touchés par la lettre de la loi, la loi les atteint "puisqu'elle la nature est commune" » (*ibid.*).

Par-dessous les déclarations de facture cicéronienne se révèle donc l'absence de toute idée de subordination du droit de la cité à un droit naturel qui n'est invoqué que pour étendre son champ d'application et qui ne remplit jamais la fonction de source supérieure d'obligation. Le récit d'un âge d'or auquel la guerre, l'esclavage, la propriété et les cités étaient inconnus, sert de « trompe l'œil » derrière lequel « le juriste a renversé l'ordre apparent des choses », et « introduit la fiction que dans le droit s'inscrit la nature » (*ibid.*, p. 34). Le droit naturel définit-il des choses communes à tous et d'usage public, comme l'air, la mer et ses rivages ? Il faut n'y voir rien d'autre qu'un modèle que les juristes, fictivement, projettent dans la « nature » pour penser les choses qui, dans les cités, sont qualifiées de « publiques » et « d'usage commun » : fleuves, routes, places, théâtres, marchés. L'argument consiste ici à postuler que la jouissance commune de la nature « anticipe sur l'indivision entre citoyens ». De même les choses sans maître (*res nullius*) qui, d'après le droit naturel, appartiennent au premier occupant, servent avant tout de modèle pour penser l'acquisition civile de la propriété. En posant

que la capture d'une bête sauvage est un « vestige » de l'acquisition naturelle, les juristes ne reconnaissent pas la transcendance d'un droit qui précéderait la cité mais se donnent un moyen précis, à l'intérieur du droit institué, de penser l'origine des circuits de la transmission et de l'échange. Il s'agit de résoudre une question sans réponse : comment la propriété peut-elle avoir commencé, si l'appropriation d'un bien suppose toujours son transfert par un propriétaire antérieur ? En assimilant la capture d'une bête sauvage à un vestige du droit naturel, les juristes ne font que se donner le moyen « de penser un acte juridiquement impossible, mais nécessaire pour penser le droit » (*ibid.*, p. 38). Autre cas où les juristes romains mentionnent le droit naturel : pour faire de l'esclavage une institution du droit des gens (lequel est de droit positif). Là encore, un tel énoncé ne se comprend pas indépendamment de l'aménagement juridique, dans la cité, de procédures qui effacent l'esclavage et confèrent l'ingénuité. De manière plus radicale que dans le cas de l'affranchissement qui, en donnant la liberté, ne permet pas à l'affranchi de prétendre qu'il était né libre, l'empereur pouvait réintégrer l'affranchi « dans les droits de la naissance » (*restitutio in natalibus*). « Le mécanisme de cette procédure suppose qu'est rétablie la naissance originelle – celle de l'état de nature. » (*Ibid.*) Ce dernier, là encore et quoique d'une manière complexe, est « institué » par le droit civil.

Ces quelques exemples suffiront à comprendre le bénéfice d'une descente au niveau où se construisent les décisions, celui des cas, pour comprendre la signification, les ressorts et l'enjeu pratique de l'institution. On pourrait se risquer à le dire ainsi : si « ce que nous comprenons, ce sont les institutions » (la propriété, la cité, le mariage, etc.), ce que nous comprenons plus difficilement est le principe contingent de leur invention, l'institution au singulier. Celle-ci ne porte pas seulement à l'existence « les institutions » au sens où les expose la doctrine juridique, mais sur des référents culturels et symboliques : le corps, la nature, le sujet, etc. Cette institution-là, celle-là seule qui justifie de s'intéresser aux autres, Yan Thomas en a affiné l'analyse au fil des ans, radicalisant toujours davantage, nous semble-t-il, sa conception artificialiste du droit. Non seulement la nature est instituée, mais tout le droit civil romain procède en dernière instance d'une fiction, d'une invention de pensée par laquelle le droit, en prenant « ostensiblement distance à l'égard des faits », leur fait subir des « distorsions » « pour exercer son emprise sur [eux] » (Thomas, 1995, p. 19). Procédé technique consistant à poser comme vrai quelque chose que l'on sait faux, la fiction apparaît comme le principe de tout le droit civil romain. Elle révèle la nature foncièrement « subversive » du droit, non seulement « instituant » la nature mais la tournant à l'envers, la contrefaisant

sciemment pour « transgresser, en le fondant autrement, l'ordre même [...] des choses » (*ibid.*, p. 18). En faisant, selon les cas, comme si une parole valait une promesse, comme si un vivant était mort ou un mort vivant, comme si des procès tenus en Gaule avaient eu lieu à Rome, les juristes n'employaient pas seulement, faute de mieux, une astuce malheureuse, ils construisaient un droit fictif susceptible de gouverner les faits.

La place manquera ici pour détailler les implications comme les présupposés de ce tableau insolite d'une pensée juridique devenue « subversive ». Il faudrait pouvoir décrire la façon dont elle a renversé une historiographie imprégnée de préjugés modernes et dont un des vices a été de méconnaître l'écart essentiel des constructions du droit à la réalité. La compréhension, par ailleurs géniale, qu'Ernst Kantorowicz avait eue de la doctrine médiévale de la personnalité fictive des entités politiques, qui faisait la part belle à la théologie politique et à l'ontologie, se trouve notamment nuancée, et peut-être dépassée, par une telle approche casuistique. Loin que le droit s'appuie sur la théologie ou en accompagne le mouvement⁶, c'est depuis le droit lui-même qu'il faudrait comprendre les innovations institutionnelles médiévales comme celle de la « *persona ficta* » des canonistes, qui ouvrait la voie à l'idée de la personnalité morale de l'État (Thomas, 2005). Là comme ailleurs, le droit romain est présenté contre l'image que s'en sont faite les modernes en projetant sur lui des dogmes issus de présupposés théologiques sédimentés au Moyen Âge. Ainsi, la puissance de subversion d'un droit romain fondé sur la fiction est-elle bornée par les glossateurs médiévaux qui chercheront à la contenir dans les limites du « vrai », c'est-à-dire, en l'espèce, de l'ordre voulu par Dieu⁷.

Ce qu'une leçon comme celle de Yan Thomas proposait en tout cas, outre un fort exemple d'audace intellectuelle, c'était peut-être d'abord un protocole insolite d'exégèse des sources juridiques. Son application a pu faire espérer bien des nouvelles recherches. Elle a contribué à inspirer au *Débat* le ton prophétique sur lequel il annonçait, en 1993, un grand retour de l'histoire du droit⁸. Elle a épaulé les historiens assez aventureux pour passer le seuil des espaces normatifs⁹. Elle a aussi laissé espérer de pouvoir réin-

6 Voir par exemple la présentation que donne Kantorowicz des *universitates* comme des « personifications angélormorphiques », et l'idée que « les personifications des juristes étaient des fictions philosophiques relevant du champ de la spéculation » (« *the personifications of the jurists were philosophical fictions belonging to the realm of speculation* ») (Kantorowicz, 1957, p. 305).

7 Voir Thomas (1995, p. 51) à propos de l'adage de Balde : « L'autorité des lois ne peut abolir la vérité naturelle » (« *Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere* »).

8 Voir *Le Débat*, n° 74, 1993.

9 Je songe notamment, pour le Moyen Âge, aux travaux de Jacques Chiffolleau, de Marta Madero, d'Alain Boureau ; pour l'Antiquité, à ceux de Philippe Moreau et de Yann Rivière.

tégrer le droit parmi ce que Foucault avait appelé des « techniques de gouvernement ». Plutôt que de se demander comment, sous l'écran de fumée des normes légales, se sont déployées les techniques disciplinaires ou gouvernementales, la question devenait : pourquoi le droit lui-même ne fonctionnerait-il pas déjà comme une telle technique¹⁰ ? Les derniers travaux de Yan Thomas s'étaient d'ailleurs déplacés vers les marges du droit romain, dans l'univers normatif très singulier des premières règles monastiques. Celles-ci, d'une façon étonnamment analogue à ce qu'Hauriou, commentant l'essor du droit administratif au XIX^e siècle, appelait le « droit disciplinaire » par opposition au « droit statutaire », se constituaient hors de tout cadre légal au sens strict, sans qu'aucun écart n'apparaisse entre la règle et la vie même des frères. La question s'ouvrait des modalités par lesquelles pouvait se résorber l'écart de la norme au fait, si important, comme on l'a vu, pour le fonctionnement du droit. C'était là poursuivre la tâche, non seulement de faire gagner aux études d'histoire juridique une place réelle parmi les sciences sociales, mais d'élaborer une description des modes d'opération du droit qui permette de problématiser son opposition intellectuelle aux faits. N'est-ce pas ce dualisme qui justifie en effet, en dernière instance, de cantonner la culture juridique dans un au-delà du monde social et d'opposer en général les normes aux pratiques ?

Bibliographie

- AGAMBEN Giorgio, 1995 [1988], *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Le Seuil.
- HAURIOU Maurice, 1910, *Principes de droit public*, Paris, Sirey.
- KANTOROWICZ Ernst H., 1957, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press (*Les Deux corps du Roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, trad. J.-P. Genet et N. Genet, Paris, Gallimard, 1989).
- LATOUR Bruno, 2002, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte.
- MÜLLER Heiner, 1993, *Mommsens Block*, Berlin, Berliner Ensemble.
- THOMAS Yan, 1973, « La langue du droit. Problèmes et méthodes », *Archives de philosophie du droit*, n° 19, p. 103-125.
- 1984a, *Mommsen et l'« Isolierung » du droit. Rome, l'Allemagne, l'État*, Paris, De Boccard.
- 1984b, *Du châtimeut dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Y. Thomas éd., Rome, Collection de l'École française de Rome.

10 C'est là l'hypothèse exploitée dans les travaux de Giorgio Agamben à partir d'*Homo sacer* (1995).

- 1986, « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits*, p. 149-160.
 - 1988a, « L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 5, p. 103-128.
 - 1988b, « *Sanctio*. Les défenses de la loi », *L'écrit du temps*, n° 19, p. 61-84.
 - 1993, « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, n° 74, p. 23-45.
 - 1995, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, n° 21, p. 17-63.
 - 1996, *Origine et commune patrie. Étude de droit public romain*, Rome, Collection de l'École française de Rome.
 - 2002a, « Histoire et droit. Présentation », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, p. 1425-1428.
 - 2002b, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, p. 1431-1462.
 - 2005, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Penser par cas*, J. Revel et J.-C. Passeron éd., Paris, EHESS, p. 45-73.
- THOMAS Yan et CAYLA Olivier, 2002, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Peruche*, Paris, Gallimard.
- VILLEY Michel, 1984, *Philosophie du droit*, t. 2, Paris, Dalloz.