

La temporalité multiple des formes juridiques

Pierre Thévenin

► **To cite this version:**

Pierre Thévenin. La temporalité multiple des formes juridiques. Nicolas Laurent-Bonne, Xavier Prévost. Penser l'ordre juridique médiéval et moderne, L.G.D.J, 2016, : 978-2-275-04682-2. halshs-02313622

HAL Id: halshs-02313622

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02313622>

Submitted on 11 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Penser l'ordre juridique médiéval et moderne

*Regards croisés sur les méthodes
des juristes (I)*

Actes du colloque
organisé les 21 et 22 janvier 2016
École de droit de l'Université d'Auvergne

Sous la direction de
Nicolas LAURENT-BONNE
Professeur d'histoire du droit à l'Université d'Auvergne
et Xavier PRÉVOST
Professeur d'histoire du droit à l'Université de Bordeaux

LGDJ une marque de
lextenso

AUTRES OUVRAGES DES AUTEURS

Nicolas Laurent-Bonne

Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 6-7 juin 2013, Paris, Mare et Martin, 2014, 276 p.

Aux origines de la liberté de disposer entre époux, Paris, LGDJ, 2014, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », t. 28, préface de F. Roumy, XII, 376 p.

Xavier Prévost

Jacques Cujas (1522-1590). Jurisconsulte humaniste, Genève, Droz, coll. « Travaux d'Humanisme et Renaissance », n° DXLI, 2015, préface d'A. Rousselet-Pimont et J.-L. Thireau, 592 p.

DANS LA MÊME COLLECTION

A.-S. CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit, Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, 2014.

A.-S. CHAMBOST (dir.), *Les blogs juridiques et la dématérialisation de la doctrine*, 2015.

N. LAURENT-BONNE et X. PRÉVOST (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne, Regards croisés sur les méthodes juristes (I)*, 2016.

J.-J. SUEUR et S. FARHI (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit, L'épreuve du réel*, 2016.

Retrouvez tous nos titres
Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien
sur notre site
@ www.lextenso-editions.fr



© Lextenso éditions, LGDJ, 2016
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN: 978-2-275-04682-2
ISSN: 2275-5918

Le présent volume réunit les résultats d'un colloque tenu à l'École de droit de l'Université d'Auvergne, les 21 et 22 janvier 2016. Organisé par le Centre Michel de L'Hospital (EA 4232) et l'Institut de recherche Montesquieu/CAHD (EA 7434), le colloque a été coordonné par Nicolas Laurent-Bonne et Xavier Prévost et placé sous l'autorité du comité scientifique suivant:

Marie Bassano, professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Julien Boudon, professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Nader Hakim, professeur à l'Université de Bordeaux

Nicolas Laurent-Bonne, professeur à l'Université d'Auvergne

Xavier Prévost, professeur à l'Université de Bordeaux

Franck Roumy, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Anne Rousselet-Pimont, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Michel Troper, professeur émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Katia Weidenfeld, professeur à l'École nationale des chartes

Sommaire

PROLÉGOMÈNES

- Observations sur l'anachronisme des concepts**
Nicolas LAURENT-BONNE
Université d'Auvergne
Xavier PRÉVOST
Université de Bordeaux 5
- La temporalité multiple des formes juridiques**
Pierre THÉVENIN
École française de Rome..... 11

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'ORDRE JURIDIQUE

- Peut-on parler d'« ordre juridique médiéval » ?**
Nicolas WAREMBOURG
École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1..... 23
- L'ordre juridique: un concept historiquement situé**
Benoit FRYDMAN
Université libre de Bruxelles 43

DEUXIÈME PARTIE

L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

- Penser l'ordre juridique ecclésiastique**
Cyrille DOUNOT
École de droit de l'Université d'Auvergne..... 59
- La société des princes et le droit des gens. Réflexions sur la hiérarchie des normes et les lois fondamentales du royaume autour des renonciations de Philippe V d'Espagne (1712-1713)**
Frederik DHONDT
Vrije Universiteit Brussel (VUB), Fonds de la recherche scientifique – Flandre (FWO), Université de Gand..... 83

TROISIÈME PARTIE
LA NORMATIVITÉ

Épreuves d'histoire. La normativité, la juridicité
et la lente construction du droit moderne
Frédéric F. MARTIN
Université de Nantes..... 111

Comprendre le fait coutumier
Jean HILAIRE
Université Panthéon-Assas (Paris II)..... 147

QUATRIÈME PARTIE
LES MÉTACONCEPTS

Le métaconcept de hiérarchie des normes et son utilité
pour l'histoire du droit
Michel TROPER
Université Paris Ouest Nanterre La Défense..... 159

La distinction théorique entre règles constitutives
et règles contingentes est-elle opératoire en histoire du droit ?
Jean-Louis HALPÉRIN
École normale supérieure..... 173

CINQUIÈME PARTIE
LES CONTROVERSES

La controverse entre Michel Troper et François Furet
ou de l'anachronisme nécessaire des concepts
Julien BOUDON
Université de Reims Champagne-Ardenne..... 193

Apostille: brève réponse à Julien Boudon
MICHEL TROPER
Université Ouest Nanterre La Défense..... 205

La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif
au XII^e siècle: difficultés et valeur heuristique
d'un anachronisme conceptuel
Thierry SOL
Pontificia Università della Santa Croce..... 209

PROLÉGOMÈNES

avec fidélité. La réalité historique est équivoque et surtout inépuisable. L'anachronisme des concepts est alors un moyen pour atteindre le concret, pour cerner en concepts la diversité du passé.

La théorie du droit est par principe « anhistorique », donnant en effet une description des systèmes juridiques en des termes très généraux, quels que soient l'époque ou le territoire, au point que certains en viennent à évoquer « le temps intemporel de la dogmatique juridique »²¹. L'anachronisme est l'une des sources de la connaissance historique et présente, par là même, une indéniable valeur heuristique. C'est notamment ce que souligne Pierre Thévenin dans ces prolégomènes, lorsqu'il conclut que « la forme juridique, décontextualisée, serait prise dans cette temporalité à plusieurs bandes, dont l'historien du droit, à plus forte raison s'il est médiéviste, devrait bien pouvoir apprendre à cerner le mouvement, précisément, anachronique ».

Il est certain qu'il existe un décalage entre les réalités antérieures que l'historien cherche à décrire et la reconstruction conceptuelle qu'en font l'historien du droit et le théoricien du droit. Ce livre propose alors une réflexion sur les frontières et les porosités entre le travail de l'historien qui consiste à décrire un passé *vécu* et le travail du mythologue qui consisterait à construire un passé *voulu*.

21. M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique*, op. cit., p. 226.

La temporalité multiple des formes juridiques

Pierre THÉVENIN

École française de Rome

En plus de nous valoir l'agrément certain d'un accueil à l'université d'Auvergne, cette manifestation présente le caractère remarquable d'associer à l'enquête historique sur la physionomie du droit médiéval la réflexion générale sur le concept même de droit. La question qui nous occupe ici, de savoir si les situations juridiques médiévales s'inscrivaient ou non dans quelque chose comme un *ordre*, suppose en effet de consentir un double effort. D'un côté elle appelle à déchiffrer l'expérience juridique médiévale, pour en décrire certains caractères généraux. De l'autre elle suppose d'engager un travail de définition du concept même d'ordre juridique.

De quelque côté qu'on la prenne, cette combinaison des méthodes historique et conceptuelle ne va nullement de soi. Dans l'exposé qui suit, je commencerai par rappeler quelques-uns des obstacles qui sont susceptibles de s'opposer à sa mise en œuvre. Je présenterai ensuite la question de la temporalité des formes juridiques comme une manière de contourner ces difficultés tout en conjuguant deux exigences : celle de réarticuler tout d'abord les points de vue casuistique et dogmatique qui déterminent l'horizon contemporain de la théorie du droit ; celle ensuite de cerner la pertinence conceptuelle du droit savant médiéval, comme révélateur original et privilégié de ce que j'appellerais les vertus juridiques de l'anachronisme.

I - SAGESSE JURIDIQUE ET AMNÉSIE THÉORIQUE

Considérée sous le point de vue de l'histoire, la combinaison de la théorie et de l'histoire du droit présente une première difficulté. Elle risque en effet de fausser la perception du rapport que les juristes médiévaux entretenaient

à leur propre activité. Souvenons-nous de l'équation que les glossateurs avaient dressée entre « la sagesse juridique » et la « vraie philosophie ». « La sagesse juridique, écrit Accurse, représente la vraie philosophie, c'est-à-dire l'amour de la sagesse » (*civilis sapientia vera philosophia dicitur, id est amor sapientiae*)¹. Tirée d'une formule d'Ulprien, cette proposition avait longtemps fait paravent contre la tentation d'introduire dans le raisonnement juridique trop de philosophie. Il est vrai que certains doctes avaient invoqué Aristote ou Thomas pour penser l'articulation de la loi positive au droit naturel². De même certains professeurs comme Balde, d'après Dumoulin « le plus philosophe des professeurs de droit » (*iuris professorum philosophatissimus*)³, pouvaient passer pour aussi versés dans « les mystères de la philosophie » que dans « la sagesse juridique » (*cum civilis sapientia, tum philosophiae mysteriis instructissimus*)⁴. Malgré la constance de ces échanges intellectuels et culturels entre les facultés médiévales, un fait demeure cependant essentiel. C'est que le savoir juridique ne relevait pas d'abord de cette recherche qu'Aristote appelait « théorétique » et qui devait s'opposer aux savoirs poétiques et pratiques. Si la *theoria* pose le savoir comme une fin en soi, le droit, lui, se range avec l'art et la pratique. Il concerne la bonne manière de se conduire ou bien la production de lois utiles pour la cité, non la connaissance pour elle-même⁵. Aussi la philosophie première, la philosophie naturelle et la mathématique échappaient-elles non seulement à l'horizon ordinaire du juriste de métier – ce que les vicissitudes de la profession laissent aisément concevoir, mais encore à la majorité des plus instruits des juristes, les docteurs du droit romano-canonique.

De même s'il arriva que la philosophie influençât l'enseignement du droit, cette influence ne fut souvent que superfétatoire. Pour Ennio Cortese, l'intégration de la dialectique à la méthode des juristes apparaît comme une « marchandise française » (*merce francese*). Diffusée par les juristes de l'école d'Orléans, bien après la formation de l'école de Bologne et des écoles de Pise ou de Rome, c'est par l'entremise de Cino da Pistoia (1270-1336/1337) qu'elle est passée en Italie, *via* la Cour du royaume angevin

1. ACCURSIUS, *Gl. Nisi fallor*, in D. 1, 1, 1.

2. Sur ce point voir par exemple M. VILLEY, « Source et portée du droit naturel chez Gratien », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, ch. 9.

3. C. DUMOULIN, *Tractatus contractuum*, in *Opera Omnia*, Parisiis, 1681, t. 2, n. 11 (cité par N. HORN, « Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren, Baldus philosophus », *Ius commune*, t. 1, 1967, p. 104-149).

4. Ce sont les mots qui décrivent Balde dans l'adresse au lecteur d'une édition lyonnaise de son commentaire au Code justinien (B. DE UBALDIS, *Praelectiones in Codicem*, Lugduni, 1545, t. I, cité par N. HORN, *ibid.*).

5. La science théorétique recherche le savoir comme une fin en soi; les sciences pratiques ont pour objet la conduite et l'action vertueuse; la science poétique a pour fin la création d'objets beaux ou utiles (*Top.* 145a15-16; *Met.* 1064a16-19, b1-3; *EN* 1141b29-32).

de Naples⁶. Dans son *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, Savigny avait attribué cette intégration à Jacques de Révigny et Raymond Lulle. Il n'y voyait guère qu'un phénomène de surface, signant le déclin de la science juridique médiévale. Le *jus commune* n'aurait de fait absorbé la dialectique que pour « étouffer l'indépendance du talent par la régularité de formes adoptées généralement »⁷. L'un dans l'autre, la méthode dialectique ne devait rester, pour le droit savant médiéval, qu'un épiphénomène tardif, impropre à entamer la nature profonde ni surtout l'autonomie de l'exégèse des compilations romano-canoniques.

Si l'on se situe maintenant du côté des « métaconcepts » chers à Michel Troper, il faut remarquer à l'inverse la faible disposition des philosophes à sonder l'évolution historique des ordres juridiques – à plus forte raison de l'ordre juridique médiéval. L'indifférence à l'histoire semble même en ce domaine si répandue que Nicola Lacey reprochait récemment à la profession son « amnésie disciplinaire ». D'après la théoricienne britannique, l'histoire de la pensée juridique aurait subi une « marginalisation décisive et durable ». Cela serait le fait « d'une théorie analytique du droit qui n'a que faire de la généalogie du droit, ni de la sienne propre » (*an analytical jurisprudence which has no use for a careful analysis of either its own or law's genealogy*)⁸. Cette « amnésie » disciplinaire se présente schématiquement sous deux formes.

Du côté des philosophes *stricto sensu*, elle remonte à la dichotomie cardinale que le kantisme avait établie, entre deux types de connaissance du droit: d'un côté la connaissance historique, qui est une connaissance des normes particulières de droit positif (*cognitio ex datis*); de l'autre côté la connaissance rationnelle, définie comme une connaissance universelle qui procède par principes (*cognitio ex principis*). Au vu d'une telle distinction, toute connaissance d'une norme positive relève de l'histoire, en tant qu'elle suppose d'accéder à la considération d'une norme « donnée de l'extérieur ». C'est le sens large et classique du mot « histoire », que Kant définit en ces termes dans l'architectonique de la raison pure: « Une connaissance est historique (*historisch*) chez celui qui la possède, quand il ne connaît rien que dans la mesure où cela lui est donné d'ailleurs (*als ihm anderwärts gegeben*

6. E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, t. II, p. 411.

7. F.-C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohl und Zimmer, 1815-1831; *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, trad. C. Guenoux, Paris, Charles Hingray, 1839, t. IV, p. 191 et s.

8. N. LACEY, « Jurisprudence, History, and the Institutional Quality of Law », *Virginia Law Review*, t. 101 (4), 2015, p. 919-945, spéc. p. 920.

worden) et rien de plus que ce qui lui a été donné⁹. Surimposée à la théorie des sources juridiques (*fontes iuris*), la théorie des sources de la connaissance (*fontes cognitionis*) avait de fait redoublé la distinction classique des lois immuables et des lois arbitraires, pour borner aux premières le champ d'étude du philosophe¹⁰. Si le raisonnement du juriste comporte nécessairement un élément historique, dans la mesure où il doit prendre acte de normes effectivement consignées dans un code, commandées par le souverain, énoncées par le juge etc.; le philosophe ne prend des idées juridiques qu'une connaissance rationnelle, excluant toute considération des normes positives. Au fond cette ligne de pensée oriente encore le type de jusnaturalisme que cultivent les philosophes de l'école de Francfort, dont il semble que les rapports avec les historiens du droit – à commencer par ceux du *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte* – soient restés sporadiques.

Du côté des juristes, l'école positiviste a bien accordé un rôle central à la prise en compte de l'histoire même, mais ce rôle est resté tout à fait congru. Chez Kelsen, l'histoire intervient crucialement au fondement de l'établissement souverain d'un ordre juridique, c'est-à-dire d'un État, mais c'est pour s'éclipser aussitôt à l'arrière-plan du travail descriptif qui occupera dès lors exclusivement le théoricien des normes. Ce travail descriptif reste bien « historique » au sens large de Kant et de la tradition classique, c'est-à-dire au sens où il s'attache à la description de normes qui apparaissent essentiellement comme des faits positifs. Mais il n'est pas spontanément *historien*, au sens d'une enquête documentée sur l'origine et le développement des ordres juridiques singuliers.

II – CASUISTIQUE ET DOGMATIQUE

Voilà donc deux raisons, me semble-t-il, de nous réjouir du choix des organisateurs de cette rencontre. La question de l'existence d'un ordre juridique médiéval revêt le double intérêt d'inviter le juriste à poser à nouveaux frais la question des limites de la « vraie philosophie » – marchandise étrangère ou ressource incontournable – tout en amenant le théoricien à revenir sur les conditions historiques de son propre effort. Or il est sans doute une grande variété de manières de relever l'invitation.

9. E. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Meiner Verlag, 2010, AA, B 864, p. 863; trad. J. Barni, Paris, Folio Essais, 1990, p. 693.

10. Ce point est exposé dans l'ouvrage tiré de ma thèse de doctorat, *Le Monde sur mesure. Une archéologie juridique des faits*, à paraître chez Classiques Garnier dans la Bibliothèque de pensée juridique et dirigée par Olivier Beaud et Jean-François Kervégan.

On peut d'abord s'attacher à vivifier l'illustre mémoire du « temps des juristes lettrés », c'est-à-dire de la culture juridique du premier XIX^e siècle étudiée par Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin¹¹. Ainsi, le professeur Rials déplore-t-il la spécialisation excessive qui aurait frappé la profession de l'histoire du droit depuis que l'agrégation fut divisée en 1896, vantant à l'inverse la méthode d'un juriste comme Firmin Laferrière, qui sut « ordonner l'histoire et la philosophie l'une à l'autre et toutes deux à une dogmatique dès lors animée d'un impressionnant dynamisme »¹². Dans cette conception, l'histoire et la philosophie se trouvent rapprochées de la même manière, pourrait-on dire, que des couteaux et des fourchettes sur une table, c'est-à-dire à titre d'instruments complémentaires d'une entreprise primordiale et centrale : les agapes dogmatiques. Au titre général des humanités, la philosophie et l'histoire appuient le juriste de concert, pour accompagner l'exercice de sa seule mission significative : celle de veiller sur l'équilibre de l'ordre juridique.

Une manière différente d'agencer les rapports de la théorie et de l'histoire juridiques se trouve dans la perspective casuistique proposée par Benoît Frydman, dans le sillage de l'école de Bruxelles. À l'approche *macrojuridique*, qui privilégie l'étude du droit objectif au niveau de l'ordre juridique, il s'agit alors de substituer une approche *microjuridique*, qui détermine les droits subjectifs à l'horizon du cas. « L'ordre, d'un côté, le cas, de l'autre, tels sont les deux cadres dont l'histoire nous a dotés pour penser le droit »¹³. Relativisant les notions mêmes d'ordre juridique et de source de droit, l'approche « microjuridique » promeut de fait une démarche résolument casuistique. Les « dogmes » sur lesquels l'historien du droit braque habituellement son regard cèdent la place à une série ouverte « d'objets juridiques » pouvant se situer aux marges, sinon au-delà, de la normativité juridique traditionnelle.

III – SPÉCIFICITÉ DU LITTÉRALISME SCOLASTIQUE

La question de la temporalité des formes juridiques, que cette communication voudrait esquisser¹⁴, se présente comme une voie d'entrée diagonale dans cette grande polarité de la casuistique et de la dogmatique. Cette

11. F. AUDREN et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2013, ch. 2 « au temps des juristes lettrés ».

12. S. RIALS, « Dogmatique et humanités. Considérations françaises sur une séparation », *Droits*, t. 50, 2010, p. 189-220, spéc. p. 194.

13. B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-46 et 21.

14. Dans un ouvrage en cours de préparation, je prévois d'en donner la formulation plus complète.

question se justifie par deux biais. De manière générale, elle répond d'abord à la revendication d'anachronisme formulée par Nicolas Laurent-Bonne et Xavier Prévost. Suggérer que les formes juridiques possèdent une temporalité multiple, s'interroger à tout le moins sur leur comportement temporel, c'est ménager la reconnaissance de cet horizon d'éternité que réclame pour elle l'approche dogmatique, sans sacrifier pour autant la perspective de leur appréhension proprement historique. De manière plus spécifique, cette question permet de mieux comprendre la signification particulière de la renaissance du droit romain au XII^e siècle. L'un dans l'autre cette question offre donc un double avantage : elle apparaît comme une manière singulière de prolonger l'effort qui consiste à ouvrir la philosophie et l'histoire juridiques l'une sur l'autre, tout en donnant à l'expérience médiévale le statut d'un référent privilégié dans le renforcement de leur combinaison.

Cela suit de ce que la renaissance médiévale du droit romain n'a pas seulement induit une modification des méthodes d'enseignement du droit, ni une série de télescopes anachroniques entre les institutions romaines et les réalités juridiques médiévales, comme entre le colonat et le servage¹⁵ ou la lèse-majesté et l'hérésie¹⁶. Elle a également défini une gamme de pratiques exégétiques singulières qui ont permis d'ancrer durablement la culture de l'abstraction dans la profession juridique.

Le genre littéraire de la *glose* manifeste toute l'originalité de ce rapport médiéval à l'abstraction. En précisant le sens des termes de chaque *lex* du *corpus iuris*, par rapprochement et par comparaison minutieuse avec les autres *leges* de celui-ci, la méthode de la glose est en effet très éloignée de tout idéal systématique. Son littéralisme de départ l'ancre d'abord dans une casuistique particulière, qui la rend ponctuellement tributaire d'une série d'expériences historiques, là où l'idéal d'un système juridique organique, unifié et totalisant, tel qu'a pu le promouvoir la dogmatique juridique du XIX^e siècle, exige de s'appuyer sur des principes abstraits et généraux comme l'autonomie de la volonté privée. On pourrait dire que si la glose ressemble à une sorte de canotage, où l'interprète se transporte d'un cas à l'autre comme un canotier conduit son embarcation d'un point à l'autre de la côte, la dogmatique du XIX^e siècle ressemble à un voyage de long cours en pleine mer. La première procède par une myriade de petits bonds interprétatifs, traçant une maille complexe de circuits possibles entre des points fixés à l'avance par l'autorité du texte. La seconde s'épanouit comme un système

15. M. BLOCH, *Rois et serfs. Un chapitre d'histoire capétienne*, Paris, Champion, 1920.

16. J. CHIFFOLEAU, « Sur le crime de majesté médiéval », in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée. Approches historiques et anthropologiques des pratiques et des représentations : actes des tables rondes tenues à Paris les 24, 25 et 26 septembre 1987 et les 18 et 19 mars 1988*, Rome, École française de Rome, collection de l'École française de Rome, 168, 1993, p. 183-313.

des idées juridiques, certes ancré dans la tradition romaine par la pandectistique, mais d'abord soutenu par une architecture de principes idéels.

Rien ne fait mieux voir au contraire l'originalité du littéralisme scolastique de la pensée juridique médiévale que la méthode de l'allégation. On pourrait l'assimiler à une citation, mais elle n'en est précisément pas une : elle est l'indication d'un autre lieu du *corpus*, c'est-à-dire d'un autre point d'ancrage textuel du commentaire – ou pour filer notre métaphore marine, d'une autre escale pour le canotier. De même, elle n'est pas exactement un argument, au sens d'un raisonnement qui serait lui-même explicité. Elle possède certainement une force probatoire, au moins potentielle, mais cette force elle-même semble toujours l'effet incident d'une opération qui se déroule sur un autre plan que celui du syllogisme judiciaire ou de l'argument rhétorique. Avant toute chose, l'allégation consiste en effet à brancher un texte sur un autre, comme s'il s'agissait d'établir une sorte de connexion électrique entre plusieurs lieux du *corpus*. Quels sont alors les effets proprement sémantiques de cette série de branchements, destinés à ouvrir une série de passages interprétatifs, au sein du *corpus*, d'une loi à l'autre ?

Précisément, elles induisent un rapport singulier à la *forme* des normes romaines. N'étant jamais fondée sur une *idée* au sens moderne, la forme juridique émerge presque matériellement de ces « jeux fantasques avec la raison des normes », évoqués par Ennio Cortese¹⁷, dont l'allégation constitue le premier moyen. En ce sens la culture scolastique aura vu émerger une culture spécifique de l'abstraction juridique. En l'absence d'aucune codification politique proprement dite, le rapport aux formes n'y prenait pas l'allure de cette inclinaison rigoriste devant la volonté du législateur qui s'est développée au XIX^e siècle et que nous associons à ce « formalisme » attaqué par les divers courants du réalisme juridique. Tout en reposant essentiellement sur un littéralisme, la glose et le commentaire scolastique auront impulsé un mode de raisonnement lié à ce que je proposerai d'appeler l'*activation anachronique des formes*.

Il s'agit bien d'activation des formes, plutôt que d'application des lois. Des *leges* du *corpus* se tirent des règles (*regulae*) grâce au travail de l'allégation, qui est le moteur véritable de la glose. De proche en proche, la raison des lois émerge par conjonction des cas. Cette raison (*ratio legis*) se formule dans des adages, qui apportent au réseau casuistique dont ils sont le succédané une stabilité relative. Une fois réalisée cette sorte d'harmonisation littéraire par le bas, cette densification intertextuelle initiale, des formes apparaissent, comme l'*animus possidendi* ou la *fictio circa facti*, disponibles pour leur réactivation dans un contexte juridique ou dans un

17. « Accorti e fantasiosi giochi con le rationes delle norme », E. CORTESE, *Storia del diritto nel medioevo*, Rome, Galileo Galilei, 1995, t. II, p. 392 et s.

autre. Un répertoire formel se dessine alors, dans lequel le juriste aura tout le loisir de piocher pour résoudre les cas qu'on lui soumettra, soit lors d'un exercice scolaire (*quaestio disputatae*), soit à l'occasion d'une consultation tarifée (*consilium*). Ce travail de pioche possède bien un caractère *formel*. En ceci l'allégation se distingue du syllogisme, il ne s'agit pas seulement, comme pour un juriste contemporain, de trouver la bonne source à appliquer. Il s'agit plutôt, pour « consolider » une source donnée, d'y investir l'autorité formelle d'autres sources, par transmission littéraire et « électrique » du sens, à l'intérieur de ce grand vase clos que représente le *corpus*, et dont Accurse fait coïncider l'extension avec celle du monde lui-même¹⁸.

IV – PERTINENCE CONCEPTUELLE DU MODÈLE MÉDIÉVAL

Voilà bien toute l'importance philosophique de cette culture médiévale de l'abstraction juridique. Elle révèle une possibilité théorique remarquable : plutôt que d'explorer les seules marges de la régularité normative, infra-ou contre-juridiques¹⁹, il s'agit de maintenir en intérêt pour les *formes*, sans pour autant les référer à des « idées » juridiques. En effet les formes n'émergent ici qu'à la surface d'opérations exégétiques, comme des objets dont l'histoire permet de retracer la trajectoire. En détachant d'abord les formes du système, en les étudiant ensuite par une méthode historique, on formule bien une voie diagonale, qui retient du formalisme une attention à la dimension dogmatique du travail juridique, sans négliger la portée antisystématique de sa mise en œuvre casuistique.

Un paradoxe temporel résulte naturellement d'une telle tension. C'est pourquoi il convient de parler de « temporalité multiple ». Les formes n'ont pas un mais plusieurs registres de temporalité concomitants. Sans s'inscrire de manière univoque dans l'éternité – comme on voudrait croire que le font les dogmes, elles possèdent une capacité à survivre à leur premier

18. Sur le lien de l'adage « *quod non est in textu juris non est in mundo* » à la propension d'Accurse, et avec lui de toute l'École de Bologne, à « ignorer complètement les éléments étrangers au texte sacré avec lequel il travaillait », voir R. VAN CAENEGEM, « Law in the Medieval World », *Legal History: A European Perspective*, Rio Grande (Ohio), The Hambleton Press, 1991, p. 115-148, spéc. p. 124.

19. Je pense ici à l'étude juridique des normativités, qui a pu s'alimenter tour à tour à la source de l'analyse foucauldienne des relations de pouvoir – voir P. THÉVENIN, « Los infortunios de la infrajuridicidad. El análisis de las normas de Michel Foucault a Yan Thomas », *Glossae. European Journal of Legal History*, 2014 – et à l'étude des « objets juridiques non identifiés », aujourd'hui proposée par Benoît Frydman.

contexte d'apparition, pour accéder à un régime d'existence transversal à la « flèche du temps », définie comme ce mouvement dynamique qui assure la succession unidirectionnelle et continue d'un instant à l'autre²⁰.

Elles ressemblent en ceci aux images. Cette ressemblance ne tient pas à une quelconque correspondance sémiotique, par laquelle l'iconographie et la justice médiévales s'illustreraient réciproquement. Elle repose ici sur leur capacité commune à « anachroniser », comme disent les théoriciens de l'art médiéval²¹. Artistiques ou juridiques, les formes sont capables en effet de susciter le recouvrement dynamique d'un temps par un autre. Leur appréhension ne suppose-t-elle pas alors de dépasser le modèle philologique qui avait poussé les disciplines historiques du XIX^e siècle, dans leur analyse des langues et des civilisations, à promouvoir la représentation d'une évolution continue des cultures nationales, gagée sur la transmission unidirectionnelle et irréversible des traditions textuelles ?

L'idée même d'une temporalité multiple des formes juridiques invite en tout cas à interroger les limites du modèle chronologique qui détermine en sous-main l'appréhension commune des productions juridiques du passé. Au fond nos débats sur la légitimité de l'anachronisme en histoire du droit n'ont-ils pas ce modèle pour toile de fond ? En opposant termes à termes l'approche dogmatique – qui s'autorise à appliquer les concepts du présent *sub specie aeternitatis* aux phénomènes du passé, comme l'idée de hiérarchie des normes au droit médiéval – à l'approche historique – qui s'attache au contraire à respecter un strict principe de correspondance chronologique – ne se prive-t-on pas de considérer une troisième possibilité, qui consisterait à attribuer aux formes juridiques elles-mêmes un comportement temporel complexe ?

Il me semble que les historiens du droit gagneraient à rallier ici l'enseigne de l'histoire de l'art médiéval. Sans s'identifier tout à fait ni au dogme atemporel identifié par Stéphane Rials, ni à l'« objet juridique » qui s'apparente, pour Benoît Frydman, à un fragment d'expérience empirique, la « forme juridique » posséderait la capacité de s'affranchir non pas tellement du cas d'espèce concret dont elle a émergé, mais du moment, voire de l'époque, où celui-ci s'est présenté pour la première fois. Considérons par analogie le mouvement qui permet à l'image médiévale de se détacher formellement du support dont elle est l'ornement matériel et concret. En s'émancipant du contexte premier de sa production, l'image devient un

20. J. BOUVERESSE, « Les énigmes du temps », in *Essais III. Wittgenstein et les sortilèges du langage*, Marseille, Agone, 2003.

21. « The work of art anachronizes », in A. NAGEL et C. WOOD, *Anachronic Renaissance*, New York, Zone books, 2010, p. 10. Dans une même veine on peut voir K. MOXEY, *Visual Time. The Image in History*, Duke University Press, 2013, qui emprunte à la biologie le concept d'hétérochronie.

stéréotype répétable, un modèle ouvert à toutes les duplications et toutes les appropriations. Par exemple²², l'icône de la vierge connue sous le nom de *Salus Populi Romani*, qui se trouve dans la basilique de Sainte-Marie-Majeure à Rome, commence à être interprétée, à la fin du xv^e siècle, comme étant peinte de la main de l'apôtre Luc, celle-là même que Grégoire le Grand aurait brandi en 590 pour triompher miraculeusement de la peste. Il s'ensuivra une immense vague de reproductions de cette image – en réalité la copie, réalisée à Rome vers 1300, d'une icône byzantine de la moitié du xiii^e siècle – qui finiront par recevoir elles-mêmes l'aura de l'original antique, en réalité introuvable, auquel elles renvoyaient. Au fil d'une telle promotion formelle, l'image adopte un nouveau comportement temporel. Elle « pointe au-delà » (*points away*) du moment de sa création, à la fois « vers le passé (*backwards*), en direction d'une lointaine origine ancestrale, d'un artefact antérieur ou d'une origine divine hors du temps » et « vers l'avenir (*forward*), en direction de tous les récepteurs (*recipients*) futurs qui l'activeront et la réactiveront comme un événement significatif »²³. N'est-ce pas exactement de cette manière qu'une solution, un raisonnement ou un principe juridique, à mesure qu'il parvient à se détacher du cas d'espèce pour acquérir une valeur abstraite, prend l'allure d'une *forme* ? De même que l'image renverrait à la fois au passé qu'elle réitère et à ses réemplois futurs, de même la forme juridique, décontextualisée, serait prise dans cette temporalité à plusieurs bandes, dont l'historien du droit, à plus forte raison s'il est médiéviste, devrait bien pouvoir apprendre à cerner le mouvement, précisément, anachronique.

22. A. Nagel et C. Wood, *op. cit.*, p. 109 et seq.

23. *Ibid.*, p. 17.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'ORDRE JURIDIQUE