



HAL
open science

Les mots du droit. Archéologie du discours juridique

Soazick Kerneis

► **To cite this version:**

Soazick Kerneis. Les mots du droit. Archéologie du discours juridique. Helmis, Andréas ; Kalnoky, Nathalie ; Kerneis, Soazick. Vertiges du droit: mélanges franco-helléniques à la mémoire de Jacques Phylilis, L'Harmattan, pp.125-140, 2011, Droits et Cultures, 978-2-296-55638-6. hal-01523176

HAL Id: hal-01523176

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01523176v1>

Submitted on 8 Jan 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.

Copyright

Les mots du droit Archéologie du discours juridique

« Il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires »,
Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis

Résumé : Le droit est un langage mais il y a dans une langue plusieurs façons d'utiliser les mots pour leur faire produire un effet. Ainsi dans l'énoncé de la norme. On sait la dimension acquise par la science juridique romaine. Pourquoi notre vocabulaire juridique n'a-t-il pas emprunté au latin le mot *ius* pour désigner le système normatif ? Les *nomina* latins sont-ils « les mots » français, le *ius* est-il « le droit » ? L'évolution sémantique tient précisément à l'histoire. L'opposition *ius*/droit rappelle qu'à côté des catégories juridiques techniques dégagées par Rome, notre passé juridique a connu un autre mode de penser qui renvoyait à la vérité et au mythe. Il faut restituer cette opposition pour comprendre la construction du système normatif au début de l'histoire des nations européennes.

Qu'est-ce que le droit, aujourd'hui ? La question n'est pas seulement une préoccupation théorique. Un arrêté du 1er juillet 1996 indique que le numéro d'immatriculation d'une automobile doit être reproduit de manière apparente à l'avant et à l'arrière du véhicule sur une plaque d'immatriculation ; il précise ensuite que la face écrite de cette plaque doit être tournée vers l'extérieur¹. Notre droit en vient à préférer des évidences et l'inflation normative que nous connaissons conduit à une perte de valeur de la loi. Trop nombreux, les mots du droit perdent leur sens, lorsque ce n'est pas à dessein que la rhétorique du législateur s'attaque au vocabulaire².

Dans un article paru en 1998, intitulé, « Temps, Histoire et Droit : de quelques prolégomènes à une union sacrée », le doyen Jacques Phytillis observait que le système normatif européen était marqué d'une bizarrerie sémantique³. Pourquoi, lorsqu'on connaît l'importance acquise dans ce système par la science juridique romaine et par son vocabulaire, le mot « droit » qui désigne l'ensemble n'en dérive-t-il pas ?

¹ Arrêté du 1er juillet 1996 relatif aux plaques d'immatriculation des véhicules, (JORF n°165 du 17 juillet 1996 page 10784), article 1 : « Tout véhicule soumis à immatriculation en application des dispositions du code de la route est affecté d'un numéro d'ordre dit "numéro d'immatriculation" délivré par le préfet du département du domicile du propriétaire du véhicule... Le numéro d'immatriculation est reproduit d'une manière très apparente à l'avant et à l'arrière du véhicule sur une surface dite "plaque d'immatriculation"... Chacune des plaques d'immatriculation est constituée par une pièce rigide rapportée fixée au châssis ou à la carrosserie du véhicule d'une manière inamovible, la face portant le numéro d'immatriculation étant tournée vers l'extérieur. ».

² E. Dockès, « Perte du sens et effritement du droit du travail », *Ceras - revue Projet* n°302, Janvier 2008. URL : <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=2864> montre ce phénomène à l'oeuvre pour le droit du travail. L'hyperactivité législative conduit à l'accumulation d'exceptions qui remettent en cause les principes fondamentaux du droit du travail et pour justifier cette destruction, les mots sont faussés, des néologismes créés qui légitiment le nouveau discours.

³ J. PHYTILLIS, « Temps, Histoire et Droit : de quelques prolégomènes à une union sacrée », *Anthropologies juridiques. Mélanges Pierre Braun*, Pulim, 1998, p. 635-674 . La remarque est également faite par J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, p. 13.

Pour nommer ce que nous appelons « droit », les Romains parlaient de *ius*, sans doute rapproché de *jussus*, « l'ordre ». A l'origine, le terme signifiait la « formule religieuse à force obligatoire », puis il acquit le sens de « droit laïque » par opposition à *fas*, le « droit divin », qui a donné nos adjectifs « faste » et « néfaste »⁴. A partir de *ius* s'est forgé tout un vocabulaire qui passera du latin aux langues européennes avec la renaissance du droit romain : « juridiction », le fait de dire (*dictio*) le *ius*, l'acte du juge ; celui-ci est le *judex*, qui « dit le droit » ; « juridique », qui désignait ce qui touchait au juge et au procès, puis au droit en général ; « judiciaire » (*judicialis*), qui a suivi un chemin inverse ; « jurisprudence », la sagesse et donc la connaissance du *ius* ; « jurisconsulte », le juriste ; « justice », ce qui établit le *ius*, d'abord spirituellement - « la ferme et constante volonté d'attribuer à chacun son droit » -, puis matériellement - l'action de juger.

Le mot « droit » emprunte à une autre racine latine. L'adjectif *directum* – ce qui est droit, - dérive en effet de *regere* qui signifie « définir des régions dans le ciel en traçant des lignes immatérielles » pour prendre les auspices - ce qu'en son premier acte de *rex* fit jadis Romulus - ; puis plus prosaïquement, « diriger, faire aller en droite ligne ». La même racine a donné le mot *regula* qui est à la fois la règle du maçon et la règle au sens moral ou juridique⁵.

Mais à la fin de l'Empire, l'adjectif devient un substantif, et il est utilisé par la langue populaire pour remplacer le mot *ius*, désignant à la fois le droit et les droits. La norme, c'est ce qui n'est pas tordu, ce qui n'est pas biaisé. Dans la même langue populaire la *manus dexter*, la dextre, devient la main « droite », et la *manus sinistra*, la sénestre, devient la main « gauche », la main « maladroite ». Pour nommer leur système normatif, les nations européennes ne vont pas choisir *ius* mais *directum* : l'italien aura *diritto*, l'espagnol *derecho*, l'allemand *recht*.

Le legs du passé est donc ici plus complexe qu'il y paraît. Rome a certes fondé une science juridique, elle en a ordonné les termes (*verba*) ou les dénominations (*nomina*), elle a fait du *ius* un langage rationnel ensuite diffusé et imposé dans ce qui devenait un Empire. Mais au IV^e siècle, le bel édifice se lézarde, le système normatif et le vocabulaire juridique évoluent. D'abord, parce que les *nomina* du *ius* véhiculent maintenant la propagande de l'absolutisme impérial. Aussi, parce que s'installent dans l'Empire les débris des peuples du Nord et de l'Est de l'Europe, ceux que les citoyens romains nomment barbares à cause de leur langage prétendument inarticulé⁶. C'est alors que le *ius*, le discours juridique romain, cède le terrain au *directum*, « le droit », tandis que les *verba*, disons « les termes », sont remplacés par les *mutta*, « les mots », un autre terme de la langue populaire qui avait d'abord désigné les

⁴ A. ERNOUT & A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, réimpr. 1994, p. 329.

⁵ ERNOUT & MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, op. cit.*, p. 568. CARBASSE, *Introduction historique*, op. cit., p. 13 note que les termes *directum*, *diritto*, *derecho*, *right* et *recht* sont issus d'une même racine indo-européenne R-K, avec le sens de droit et de ce qui est droit.

⁶ A. CHAUVOT, *Opinions romaines face aux barbares au IV^e siècle ap. J.C.*, Paris, 1998 p. 8 note le caractère négatif du terme chez les Grecs ; le barbare est le bredouilleur (celui qui fait bar-bar).

grognements de l'animal ⁷. En français, seul Dieu aura encore un « verbe », et le terme ne survivra aux temps modernes que chez les grammairiens.

En hommage au doyen Phytilis, nous reprendrons ces deux temps de l'évolution des normes. D'abord celui, bien connu, de la construction de la science juridique romaine, la *iurisprudentia*, où le *ius* se dégage en partie du formalisme ancien pour devenir un système dans lequel les *uerba* sont ordonnés de façon rationnelle (I – Le *ius* et ses *uerba*). Puis celui, plus obscur, où cette science se dégrade lorsque le *directum* s'impose dans l'Europe des nations, lorsque les « mots du droit » prétendent exprimer une vérité simple et droite (II – Le droit et ses mots).

I – Le *ius* et ses *uerba*

A l'époque ancienne, l'oralité du droit semble bien attestée et c'est l'énoncé formel des mots qui fonde leur efficacité. Mais les conquêtes de Rome et l'élargissement de sa domination vont la mettre en contact avec les Grecs et leur philosophie. Alors s'opéra la modification capitale qui allait constituer le savoir juridique romain, la *iurisprudentia*.

- Formalisme et oralité juridique

Dans son ouvrage *Ius – L'invention du droit en Occident*, Aldo Schiavone restitue la part de deux modèles antagonistes dans la formation du droit à Rome, le *ius* proprement romain, ensemble de paroles et de rituels, un savoir ésotérique dont les gardiens étaient les pontifes, et la *lex*, publique et affichée, visant à l'isonomie de la tradition grecque ⁸. Aux temps archaïques, l'écart est grand entre les Grecs, passés maîtres dans l'art de la mythologie et de la cosmogonie qui ont réussi à penser la loi comme règlement politique, et les Romains, tributaires d'un « syndrome prescriptif », obnubilés par l'obsession du rituel pensé comme garant de l'ordre du monde. C'est dans l'accomplissement scrupuleux du geste, dans le prononcé exact de la parole qu'ils concevaient leurs rapports aux dieux, le maintien de l'ordre. La première tradition juridique proprement romaine fut donc un savoir ésotérique, rétif à toute forme de divulgation, que cultivaient les pontifes sous le regard des dieux. Que ce soit les *responsa* qu'ils dispensaient ou les *leges* visant à la mise en forme du temps, du règlement des temples ou du *foedus*, le *ius* était une parole solennelle, un verbe efficace dont le prononcé n'appartenait qu'à une élite capable de manipuler les choses du sacré.

⁷ ERNOUT & MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, op. cit., p. 426 définissent *muttio*, -iui comme un terme vulgaire dont le sens propre est « dire mu, souffler mot », *mu* étant le seul son dont sont capables les animaux. C'est encore ce terme qui stigmatise le barbare dans le propos de PRUDENCE, *Contre Symmaque* 2. v.816-817 : *Sed tantum distant Romana et barbara, quantum/ Quadrupes abiuncta est bipedi, uel muta loquenti.*

⁸ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, (Turin, 2005), trad. fr. Paris, 2008.

On sait comment au milieu du Ve siècle av. J.C. la sécession de la plèbe va finalement imposer dans la cité la divulgation du *ius* et l'égalité des droits entre patriciens et plébéiens. L'influence solonienne est manifeste, la *lex*, transfigurée, acquiert une portée politique, devient outil de réconciliation, gage de paix. Comme le dit bien Aldo Schiavaone, il s'agit de substituer à l'aristocratie *responsum*, la *lex* d'inspiration démocratique, une loi qui rende le *ius* accessible à tous ⁹.

Il est souvent affirmé que les XII Tables avaient été gravées sur bois ou sur bronze, leur écriture valant divulgation du droit, et scellant la fin du pouvoir arbitraire ¹⁰. Mais au milieu du Ve siècle av. J.-C., l'écrit est rare et encore au IVe siècle av. J.C., les quelques témoignages épigraphiques que l'on a pu retrouver révèlent un écrit fort maladroit. D'où la question parfois posée de savoir si les XII tables avaient réellement été mises par écrit dès leur origine. Sans entrer dans cette controverse, il suffit de constater que ses versets conservent une tradition orale et formaliste.

Prenons l'exemple de la disposition qui légitime la mise à mort par la victime de celui qui s'est introduit nuitamment chez elle : *Si nox furtum factum sit, si im occisit, iure caesus esto* qu'on pourrait traduire, en calquant le style, par : « Si la nuit vol est fait, si l'homme occis a été, soit tué à bon droit ». La mesure est remarquable à la fois par sa brièveté, son rythme et son archaïsme linguistique ¹¹.

Ces particularités procèdent de la tradition orale. La structure d'un énoncé normatif est différente selon que la règle est destinée à être dite ou écrite. La norme orale doit être formulée de telle façon qu'elle puisse être retenue par ceux qui ont en charge sa mémoire. D'où la brièveté mais aussi le recours au rythme, à l'accentuation, aux allitérations, tous moyens destinés à favoriser la mémorisation. Cicéron dit des XII Tables qu'elles étaient un *carmen* ; de fait, les versets ont un rythme, une cadence en deux ou trois temps, relief d'une époque où le *ius* se scandait ¹².

La différence entre l'oral et l'écrit n'est pas que de style ¹³. Les mots et leur agencement ont une valeur, un poids, une efficacité propres. Les linguistes parlent de la valeur performative de la parole ¹⁴. On entend par là un énoncé fondant l'acte qu'il énonce par le fait même qu'il est proféré. Prononcée dans un certain contexte, la parole agit par elle-même. Parfois de façon illégitime, tels les *carmina* maléfiques, ces incantations néfastes qui, dans la loi des XII tables, vont - la loi le dit bien - détruire la récolte du voisin, susciter sa maladie,

⁹ SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 105.

¹⁰ C'est encore la position de SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 105 : « Le recours à l'écriture – les Douze Tables étaient gravées sur bois ou sur bronze – accentuait encore l'importance de la rupture : d'un *ius* secret à une *lex* officiellement proclamée (selon une des nuances de sens du mot). Jusqu'au IVe siècle av. J.C. court un fil rouge qui relie, dans l'histoire romaine, écriture, droit et politique ... le mot écrit contre un usage exclusif et arbitraire de l'oralité patricienne ... ».

¹¹ Tab. 8.12 : *Si nox furtum factum sit, si im occisit, iure caesus esto*. S. KERNEIS, « Vol de nuit. L'abrogation de l'article 382-3 du code pénal ou la fin d'un « document de droit primitif », *RHDFE* 77, 1999, p. 281-309.

¹² CIC, *De leg.*, 2.23.59, cité par SCHIAVONE, *ibid*, p. 109 qui souligne le rythme de la prose décemvirale.

¹³ A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Rome, 1995, p. 67-111 insiste sur la puissance du verbe à Rome.

¹⁴ SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 111-112 rappelle que la notion de parole performative vient de J.L. Austin, *How to do Things with Words*, réimpr. Oxford, 1986, p. 53.

voire sa mort. Parfois, de façon légitime, telles les formules d'action qui encadraient le procès, formules qu'il fallait suivre scrupuleusement, énoncer au mot près, accomplir au geste près comme le rappelle Gaius dans son célèbre exemple d'un procès portant sur des vignes à tort coupées. La loi des XII tables donnait une action relative aux arbres coupés, *de arboribus succisis* ; alors même que par le biais de l'interprétation, on avait admis des plaideurs à agir pour des vignes coupées, le demandeur ayant prononcé le mot « vignes » (*vites*) au lieu du mot « arbres » (*arbores*) fut débouté ¹⁵. La formule de l'action où figurait le mot *arbor* était une phrase douée d'une valeur rituelle. La seule erreur dans l'emploi des termes suffit à faire échec à la demande. Le procès ne tend pas encore à l'expression d'une vérité ; il est d'abord une représentation rituelle, une mise en scène où la personne cède le pas, n'est qu'un masque astreint à jouer le rôle qui lui est fixé, quitte à y perdre sa cause, voire sa vie ¹⁶.

Quelles que soient les modalités de divulgation des XII Tables, la revendication plébéienne d'une transparence du *ius* était loin d'avoir été atteinte. La législation décemvirale n'avait fait que menacer le monopole des pontifes en matière juridique. Car le texte était complexe et bien vite s'était posé le problème de sa mise en œuvre. La compréhension des versets, leur interprétation avaient ramené les prêtres au premier plan. S'ils avaient subi la promulgation des lois, grâce au travail de digestion qu'ils en firent ils furent bientôt en mesure de réaffirmer leur mainmise sur le savoir juridique. Les XII tables n'étaient pas leur œuvre mais assurément elles le devinrent ¹⁷.

En outre, la divulgation du *ius* n'avait pas été totale puisque les formules étaient demeurées le monopole des pontifes qui conservaient ainsi la maîtrise du procès. C'est à lutter contre cette emprise que s'employa en 312 le censeur Appius Claudius qui fit promulguer par son scribe une compilation des actions de la loi et du calendrier judiciaire. Comme le remarque Michel Humbert, la révélation concernait sans doute, davantage que les formules même, la capacité technique de s'en servir ¹⁸. Un savoir fondamental qui touchait tout à la fois à l'organisation du temps, au statut des jours, au rituel judiciaire. Le *ius* avait-il alors définitivement perdu son caractère ésotérique et acquis la valeur démocratique que réclamait le peuple ?

« Mais il s'est trouvé [...] un certain greffier, nommé Cnaeus Flavius, qui révéla au peuple le calendrier afin qu'il puisse apprendre la nature de chacun des jours, et qui s'empara du savoir propre à ces jurisconsultes si précis. Ceux-ci, furieux, et craignant que la publication et la connaissance du calendrier ne permissent d'agir en justice sans leur assistance, combinèrent d'autres formules pour pouvoir intervenir dans toutes les affaires » ¹⁹. Ce passage du *Pro Murena* de Cicéron permet à Aldo Schiavone d'illustrer le réflexe aristocratique des jurisconsultes. Encore une fois, la même tendance de réappropriation du savoir juridique se manifeste. Au début du III^e siècle, les prêtres ont cédé la place aux

¹⁵ GAI, *Inst.* 4.11.

¹⁶ C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la République romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999 insiste sur l'enjeu fondamental du procès romain archaïque qui débouche sur la sacerté d'une des parties par le faux serment qu'elle aura prêté

¹⁷ Nous suivons ici encore SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 120.

¹⁸ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, 1999, p. 274.

¹⁹ CICERON, *Pro Mur.*, 11.25, cité par SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 130.

jurisconsultes mais demeure le souci de conserver la maîtrise du savoir et cette emprise passe par la perpétuation d'une culture orale et secrète, d'une lutte contre l'écriture révélatrice ²⁰.

Dans un premier temps, les *uerba* du *ius* valaient donc comme des énoncés rituels agencés dans une série particulière, qui agissaient par le fait qu'ils étaient correctement prononcés : des « incantations » au sens propre du terme. Les paroles solennelles de la norme sont ordonnées pour être scandées ou même chantées, elles résonnent dans l'espace du sacré. L'influence solonienne avait menacé cette représentation du *ius* en introduisant la *lex* comme source du *ius* dans le paysage politique de Rome. Dans le courant du II^e siècle, un autre événement va modifier le cours de la romanité juridique : la systématisation de l'écrit, l'intrusion à Rome de la culture grecque, la philosophie et la rhétorique.

– Philosophie et « jurisprudence »

La culture grecque marqua, on le sait, fortement la Rome républicaine. Des notions fondamentales pour le droit, comme celles de droit naturel, d'équité, font leur chemin. Ce n'est pas notre propos ici d'en discuter. L'influence grecque qui nous retiendra concerne le rapport à l'écriture du droit, à sa pensée aussi comme système de normes articulé autour de catégories, de mots désormais définis. *Ius est ars boni et aequi*, finira par dire Celse ²¹. La distance est grande entre l'héritage que nous venons d'envisager, d'un *ius* formaliste et ésotérique, et le projet de mettre le droit en *ars*, de parvenir à une science juridique ²². Comment opéra la systématisation du droit à Rome ? Le projet était-il si convaincant ? Voyons d'abord quels étaient les nouveaux concepts qu'introduisait la rhétorique stoïcienne, pour ensuite nous intéresser à leur réception par les jurisconsultes.

La rhétorique, *rhêtorikê* [tékhnh] était l'ensemble des « techniques » que maîtrisait l'orateur et qui lui permettait de persuader son auditoire tant par le langage que par ses gestes ou ses attitudes. Parmi les trois niveaux de connaissance, Aristote distinguait l'expérience (*empeiria*), connaissance des choses individuelles, l'art (*technè*), connaissance des choses universelles et au-dessus la science (*epistèmè*), centrée sur les causes premières et les principes des êtres ²³. La rhétorique empruntait à l'art car elle était une technique reposant sur une pratique expérimentée ; elle était aussi un savoir qui permettait de contrôler l'esprit par la parole. Les écoles philosophiques allaient la manier avec brio, notamment les stoïciens.

La raison stoïcienne avait fait siens un certain nombre de procédés philosophiques. Les stoïciens distinguaient la division proprement dite, qui était celle du genre en ses espèces ; la contre-division qui était celle d'un genre en ses espèces opposées ; la subdivision qui était la division d'une division ; et enfin la partition qui était le classement d'un genre selon les lieux ou domaines auxquels il s'appliquait. Ainsi pouvait-on s'affranchir d'une multiplicité désordonnée et saisir la forme première - la « catégorie » grecque, en latin le « genre » - en

²⁰ SCHIAVONE, *Ius*, *op. cit.*, p. 131.

²¹ Sur le sens de cette déclaration et la possibilité que Celse ait voulu confronter ce qui naturellement ne l'était pas, le *ius* d'un côté, de l'autre le *bonum et aequum*, exprimant ainsi son scepticisme vis-à-vis du droit pensé comme système. La déclaration de Celse sonnerait comme un oxymore, SCHIAVONE, *Ius*, *op. cit.*, p. 431-459

²² Sur *ars*, SCHIAVONE, *Ius*, *op. cit.*, p. 456 citant *Rhet. Ad Her.* 1.2.3 : *ars est praeceptio, quae dat certam viam rationemque dicendi.*

²³ Ce que rappelle MOATTI, *La raison de Rome*, *op. cit.* p. 225.

restituant l'essence d'un objet. Et une fois posés le genre, l'espèce et repérées les parties qui les constituaient, il était possible de se risquer à l'art de la définition dont Diogène le stoïcien disait qu'elle était « la restitution du propre » ²⁴.

L'influence grecque à Rome se manifeste donc par l'introduction de la dialectique, de la *diairesis*, des méthodes qui rompent avec la pensée archaïque en manifestant un goût pour l'abstraction ²⁵. Là où les Anciens s'intéressaient au cas particulier, les nouveaux penseurs s'efforcent de gommer le cas d'espèce pour dégager une généralité. De fait les IIe-Ier siècles av. J.C. sont traversés par la volonté d'organiser le savoir, une frénésie d'écriture qui se manifeste dans des domaines aussi divers que le politique avec le manuel de campagne électorale rédigé par le frère de Cicéron : « J'ai voulu te présenter en un seul coup d'œil et en un système rationnel (*distributione*) des idées qui dans la pratique apparaissent isolées et mal définies », l'architecture avec Vitruve : « il ne suffit pas d'entasser les pierres, il faut mettre de l'ordre – comme dans un discours », et l'agronomie où Columelle définit l'agriculture comme un *ars* ²⁶.

Le droit fut également affecté par cette « mise en formes technique », mais tous ne se laissèrent si facilement convaincre de renoncer à l'ancienne tradition. Certes les progrès de l'écrit obligeaient à récapituler l'héritage juridique de la Cité et à le présenter de façon cohérente. Mais plusieurs voies s'ouvraient, certains optant résolument pour les *res novatae*, d'autres tentant un compromis. Tels les dix-huit *Libri Iuris civilis* que compose après 95 Quintus Mucius Scaevola ²⁷. Si la structure du discours autour de *capita* énonçant une disposition du *ius civile* représente un effort pour penser le droit de façon abstraite, l'auteur se situe dans une perspective volontairement archaïsante, chaque *caput* conservant des séries casuistiques issues de l'activité des *responsa* et n'ayant en rien le caractère d'une construction systématique ²⁸.

L'attitude de Quintus Mucius Scaevola, défenseur de la *scientia* des *iuris periti*, peut être utilement rapprochée de l'échec qu'il subit dans une controverse qui l'opposa à Crassus, la *causa Curiana* ²⁹. L'année 93 l'a vu s'affronter au novateur Lucius Licinius Crassus comme nous le rapporte Cicéron dans une affaire de succession. Un testament avait été fait en faveur d'un enfant dont la naissance était présumée. Une clause précisait qu'en cas de mort de l'enfant avant sa majorité, l'héritage irait à un héritier substitué, le tuteur de l'enfant. L'enfant n'étant pas né, le tuteur réclama l'héritage. Scaevola plaida en droit strict que la naissance n'ayant pas eu lieu, la clause de la mort avant la majorité n'avait pu être observée et que le tuteur devait être débouté. Crassus plaida l'équité et la volonté présumée du défunt. L'enjeu

²⁴ MOATTI, *La raison de Rome*, op. cit., p. 234-235.

²⁵ La littérature est immense sur cette question dont nous ne pouvons ici rendre compte. La question de la portée de l'influence grecque a notamment été discutée par J. GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Archives de philosophie du droit*, 31, 1986 (= *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire*, Antiqua 62, Naples, 1992), p. 11-28.

²⁶ GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », op. cit., p. 17-18.

MOATTI, *La raison de Rome*, op. cit., p. 222.

²⁷ SCHIAVONE, *Ius*, op. cit., p. 189

²⁸ SCHIAVONE, *Ius*, op. cit., p. 209-239.

²⁹ Nous suivons ici, M. HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique », *Mélanges Félix Wubbe*, Fribourg, 1993, p. 191-206.

était de taille puisqu'il s'agissait de la valeur respective des mots ou de la volonté (*uerba et uoluntas*). Les centumvirs firent triompher l'équité sur le vieux *ius*. Crassus, paraît-il, les avait fait rire. Quintus Mucius Scaevola, choqué de cette désinvolture vis-à-vis des *uerba*, choisit de fonder l'autonomie du droit en refusant de laisser la logique de la philosophie dissoudre l'héritage des Prudents. Mucius croyait que le savoir ancien pouvait continuer à régler la société quitte à le régénérer en sacrifiant quelque peu à la mode diairétique³⁰.

A l'opposé, se situe Cicéron avec son ouvrage « Du *ius civile* qu'il faut reformer en ars » (*De iure civili in artem redigendo*)³¹. Il faut dépasser le savoir-faire traditionnel qui repose sur des expériences particulières (l'*usus*) et sur la mémoire, pour parvenir à bâtir un raisonnement qui travaille « comme pour une construction, un bâtiment », *quasi structura*. Et Cicéron propose de rassembler (*conglutinare*) les éléments dispersés du droit civil comme on recompose un manuscrit en recollant les morceaux³². Le projet est tout politique qui affirme le droit comme raison autonome face au pouvoir politique et économique. L'argument isonomique renvoie non plus à la *lex* mais au *ius* pensé comme règle égale pour tous, garante de l'uniformité juridique, une science juridique reformatée jusqu'à ressembler à un *corpus* doctrinal hellénistique³³. Mais le programme pouvait aussi porter les aspirations d'un pouvoir autocratique. Suétone rapporte que César aurait eu le projet de codifier le droit, acte dont l'ambition politique ne fait guère de doute. Sans doute est-ce la raison pour laquelle Cicéron reviendra finalement à une tradition plus proche de celle des juristes³⁴.

Finalement, l'adhésion des jurisconsultes pour construire un droit véritablement systématique reste dans l'ensemble limitée³⁵. Sans doute avaient-ils hérité de leur passé formaliste une certaine retenue par rapport à l'abstraction. La question qui se posait était celle de savoir comment opérer la révolution de la pensée juridique tout en conservant ce qui avait fait la spécificité du *ius*.

Certes les jurisconsultes vont accorder une grande importance aux définitions³⁶. Pour pouvoir mettre en œuvre la *divisio* et la *partitio*, il leur faut serrer au plus près les mots. Tel le jurisconsulte Labéon, dans son œuvre gigantesque (400 livres) qui s'efforce de définir les termes en partant des données de fait³⁷. Un exemple : « *Actum*, dit-il, est un terme général, que l'on agisse par des mots ou par la remise d'une chose, par exemple dans le cas d'une stipulation ou d'un versement d'argent. Le contrat crée une obligation réciproque. C'est ce

³⁰ SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 238-239.

³¹ CICERON, *de Orat.* 2, 23, 142.

³² Citations de Cicéron par MOATTI, *La raison de Rome, op. cit.*, p. 225.

³³ SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 303-306 et 326.

³⁴ SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 203-204 ; 326. La permanence du même mot *ars* dans le *De oratore* et *Brutus* ne doit pas dissimuler le changement de concepts. *Ars* ne renvoie plus à la notion de système mais simplement à la connaissance technique de la discipline.

³⁵ Constat de GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *op. cit.*, p. 11-28.

³⁶ Sur l'art de la définition, l'influence des grammairiens, MOATTI, *La raison de Rome, op. cit.*, p. 137-141

³⁷ Sur Labéon, SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 323-350 qui situe le personnage comme le maillon qui assure la transition entre « le passage du paradigme républicain, où les juristes se confondaient avec ceux qui gouvernaient, à la collaboration inédite entre princes et jurisprudence - alliés mais distincts - qui marquera plus tard l'apogée de l'empire ». Le choix fut celui de troquer la collaboration des juristes contre l'assurance de la perpétuité de la primauté de la jurisprudence dans la fabrique du droit. C'est ainsi que le Prince devint juriste parmi les juristes, un prince qui « donne des réponses » (p. 353).

que les Grecs appellent un *synallagma*, par exemple l'achat, la vente, la location, la société. *Gestum* désigne une chose faite sans parole »³⁸. Labéon distingue donc *actum*, *contractum*, *gestum* assignant à chacun des traits propres. Pour définir, le juriste rassemble les cas dispersés et élimine les textes normatifs inutiles. Certaines des définitions qui ont été proposées sont encore en usage. Mais dans l'ensemble, l'activité des jurisconsultes reste dominée par la pratique, et bien souvent ils préfèrent se borner à décrire. Au premier siècle de l'Empire, illustrant cette tendance sceptique, Javolenus va jusqu'à écrire : « toute définition est dangereuse dans le droit civil ; en effet, il est bien rare qu'elle ne puisse être renversée »³⁹.

Leur conception de la définition est plus large et moins précise que celle des philosophes, ils n'entendent pas seulement par là la détermination des éléments essentiels d'un droit ou d'une institution, mais aussi la formulation d'une règle, brièvement et exactement énoncée (*regula*). Ainsi toujours chez Labéon, où la solution juridique donnée à propos d'un cas concret, est réduite à ses éléments juridiques essentiels et prend la forme d'un type. La solution proposée vaudra pour d'autres cas analogues. Elle sera présentée sous forme de « règles » ensuite critiquées, adaptées ou modifiées. D'où cette formule donnée par le juriste Paul qui exprime bien la méthode : « la règle est un exposé bref du cas. Le droit ne vient pas de la règle mais la règle naît de la juste appréciation du cas »⁴⁰.

Une œuvre fait exception par son caractère plus systématique, le manuel des *Institutes* de Gaius, rédigés probablement sous Antonin, peut-être par un ancien pérégrin formé à l'hellénisme oriental⁴¹. L'ouvrage s'ouvre par une réflexion sur le droit en général fondé sur les lois et les usages. Du droit en général, on en arrive au *ius* romain en particulier. Vient alors le célèbre §8 sur la « division du *ius* » : « tout le *ius* dont nous usons concerne les personnes, les choses ou les actions ». Un plan d'une extrême simplicité qui fait fi de la tradition et repose sur l'observation de la vie juridique : au premier plan, l'homme qui agit en exerçant sa maîtrise sur d'autres hommes et sur les choses ; puis les choses, celles qui peuvent faire l'objet d'une appropriation ; enfin, parce que les actes de l'homme sont parfois source de conflits, les actions en justice. Dans le droit des personnes, l'exposé est bâti autour de trois divisions. La *summa divisio* en libres et esclaves donne lieu à un premier développement, puis vient celle en *sui juris* et *alieni juris* et enfin on passe à une autre division entre ceux qui

³⁸ D. 50.16.19 ; SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 338.

³⁹ D. 50.17.202 : *Omnis definitio in iure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti potest.*

SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 384 et 453. A l'opposé, Neratius convaincu de la nécessité de dégager la *scientia iuris*.

⁴⁰ D. 50.17.1 : *Regula est, quae rem quae est breuiter enarrat : non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur breuis rerum narratio traditur.* Commentaire SCHIAVONE, *Ius, op. cit.*, p. 358.

⁴¹ Littérature immense sur l'œuvre de Gaius recensée par D. LIEBS, « Jurisprudence », in *Nouvelle Histoire de la Littérature Latine 4 – L'âge de transition 117-284*, éd. K. SALLMANN, Turnhout, 2000, p. 164-165. M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, 1945 considère que la distinction marquée par Gaius entre les personnes, les choses et les actions remonte à un prototype d'inspiration grecque dont Cicéron s'est fait l'écho. Pour G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Turin, 2003, notre lecture des *Institutes* de Gaius est conditionnée par celle des *Institutes* de Justinien. Pour cet auteur, l'œuvre de Gaius a une portée toute pratique et se situe dans le prolongement d'œuvres républicaines, préoccupées du respect du formalisme (*Tripertita* de Sextus Aelius). Les *Institutes* de Gaius n'auraient pas pour objet de faire une présentation théorique du droit mais davantage de présenter les risques liés au non respect du formalisme dans la procédure – ce qui explique l'absence de référence à la *cognitio extra ordinem* -, ou les conditions nécessaires à l'efficacité des actes.

peuvent exercer leurs droits et ceux qui en sont incapables. Pour les obligations, encore une *summa divisio* : *ex contractu* et *ex delicto*. En bref, le souci est constant chez Gaius de classer, d'ordonner, de répartir par espèce et par genre⁴². Si dans un premier temps, l'œuvre de Gaius ne semble pas avoir été particulièrement remarquée, son succès s'imposera dans l'Antiquité tardive⁴³. Aldo Schiavone l'a bien montré : Gaius reconnaissait deux sources du *ius*, les juristes et le Prince mais c'est à ce dernier qu'il donnait la prééminence ; ce faisant, son œuvre annonçait l'Antiquité tardive, l'absolutisme impérial⁴⁴.

Quelques mots pour finir, sur la langue du droit, le style des jurisconsultes. Alors qu'une grande partie de la rhétorique antique avait développé le style abondant, les stoïciens préféraient un style modéré et sobre. L'ambassade des Athéniens à Rome en 155 avait vu le succès de Diogène le stoïcien⁴⁵. La prestation de Carnéade le sceptique avait été beaucoup moins appréciée par les sénateurs, choqués qu'il ait pu défendre un jour une opinion qu'il avait combattue la veille. Par cet exploit, Carnéade poussait jusqu'au bout la logique du système de l'*ars*, faisant passer la technique au premier plan. A Rome, cela ne pouvait qu'être mal perçu, attentatoire à la conception archaïque de la parole performative. Le style sobre fut préféré, plus proche de l'ancien laconisme des formules. Il faut éliminer le superflu, être bref, concis, en un mot élégant. Remarquons que ce style sobre sera repris dans le Code Civil napoléonien et fait encore l'admiration des juristes, alors même que domine administrativement un autre style juridique, abondant voire prolix, et obscur.

Mais le style abondant allait avoir sa revanche. Après la grande crise de l'Empire au IIIe siècle, s'ouvre la période de l'Empire tardif. Le *ius* va subir des modifications décisives et révéler plus nettement ce que Ernst Lévy avait appelé le « droit populaire », le *Vulgarrecht*, une évolution parallèle à celle qui affectait la langue.

II – Le droit et ses mots

Si, faute d'une traduction possible, il a fallu intituler la première partie « le *ius* et ses *uerba* », nul n'imaginerait de nommer la seconde partie, « le *directum* et ses *mutta* ». Ce latin-là, utilisé par le peuple, n'a pas survécu à la fin de l'Empire ; il est devenu le français.

Au fil des années, l'Empire avait évolué. Le pouvoir du Prince s'y était renforcé. A l'origine, le mot ne voulait dire que « le premier », « le président », on pouvait être « prince » d'un collègue d'artisan. Au IIIe siècle, « Ce qui plaît au Prince a force de loi » ; on sait que la formule sera reprise sans trêve par les juristes médiévaux pour devenir notre « fait du

⁴² Sur la présentation de Gaius et le caractère exceptionnel de son œuvre, GAUDEMET, « Tentatives de systématisation », *op. cit.*, p. 21-23.

⁴³ S. KERNEIS, « Rhétorique et droit en Gaule romaine. Les leçons du Gaius d'Autun », *Droit et Cultures Hors série*, 2010, p. 29-46.

⁴⁴ SCHIAVONE, *Ius*, *op. cit.*, p. 397 : « on respire déjà une atmosphère d'Antiquité tardive ».

⁴⁵ M. HUMBERT, « Le procès romain : approche sociologique », *Archives de philosophie du droit*, 39, 1995, p. 85.

Prince ». Désormais, le « prince » est *legibus absolutus*, son pouvoir est, au sens propre, « absolu », libre de toute entrave. Un siècle plus tard, le pouvoir impérial se christianise ; en 380, un édit impérial en fait la religion obligatoire. Mais en même temps l'empire se raidit et se militarise, les fonctionnaires sont assimilés à des soldats. On l'oublie parfois et pourtant cette Rome-là, autant que la République de Cicéron, influença les nations d'Europe.

Dans ce contexte, la rhétorique ne disparaît pas, au contraire, elle se renforce. Mais la rhétorique juridique recule au profit du politique et de l'apparat ⁴⁶. La langue juridique sert désormais à exalter la grandeur impériale, la Majesté. La norme devient une « loi droite » (*lex recta*) qui se décline au singulier, qui exprime la vérité. Dans le même temps, insidieusement, une autre façon de concevoir la norme se développe dans les communautés barbares établies aux marges de l'Empire. Pour un Romain, les barbares n'ont pas de *uerba* ou de *nomina*, ils n'ont que des *mutta*, des grognements, des « mots ». Mais eux-mêmes ont leur vérité, celle d'un discours solennel, d'un « Grand Parler » incantatoire, qui sonne d'une autre manière que le discours juridique de Rome car il renvoie au temps du mythe. Pris dans le carcan de l'Empire, certains éléments de leur coutume vont acquérir force de loi.

- Majesté et vérité du pouvoir.

La science du *ius* est en décadence au IV^e siècle. Elle ne suscite plus la sagacité des intellectuels de l'époque. Constantin est un soldat né dans les régions danubiennes. Il méprise les jurisconsultes et leurs controverses à son goût trop nombreuses ⁴⁷. Avec la reconnaissance du christianisme, la littérature hagiographique et les controverses théologiques prennent la place des traités juridiques et de la discussion des problèmes de droit. Le *ius* est délaissé en faveur de la théologie.

Le langage juridique a évolué parallèlement au pouvoir. Les discours que faisait le « prince/président » au Sénat pour suggérer un vote sont peu à peu devenus des « constitutions », c'est-à-dire à la fois des définitions et des institutions. Elles sont assimilées aux vieilles lois jadis votées par le peuple et *lex* devient leur appellation habituelle. Mais leur esprit est fort différent.

A partir du règne de Constantin, la divinisation du pouvoir a conduit à qualifier de « divin » ou de « sacré » (*diuus, sacer*) tout ce qui concerne l'empereur, qu'il s'agisse de ses domaines, de ses services ou de sa volonté ⁴⁸. La parole impériale est une « parole sacrée » car émanant de la « bouche sacrée » de l'empereur. Il est « loi vivante », *lex animata*. C'est chez un rhéteur du IV^e siècle qu'apparaît pour la première fois cette expression qui traduit le grec *nomos empsychos*, « la loi qui respire ». Là encore il faut y voir l'influence grecque, non plus

⁴⁶ Dans l'Empire, l'éloquence a déserté la place du *forum* pour se réfugier dans les écoles et les basiliques. La controverse politique a laissé la place à la controverse judiciaire et à l'éloquence d'apparat. Ce que beaucoup déplorent, tel Cassius Severus : « Juger un orateur d'après les controverses de l'école, c'est vouloir juger un pilote qui naviguerait dans une baignoire » (Sénèque, *ecrpt. Controv. III, pref.*).

⁴⁷ CTh. 1.4.. Constantin dépouille les Notes de Paul et d'Ulpian sur Papinien de toute autorité afin de réduire les difficultés suscitées par les opinions divergentes des juristes. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux I^e et II^e siècles*, Paris, 1979, p. 78 à qui nous renvoyons pour ce qui suit sur la loi à Rome dans l'Antiquité tardive.

⁴⁸ J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1982, p. 667-670.

la démocratie athénienne, pour nous parangon de l'hellénisme, mais l'empire alexandrin et la doctrine politique et philosophique selon laquelle le chef incarne la raison universelle, le *logos*, loi immanente.

Le christianisme renforce cette tendance. Saint Paul l'avait dit : « il n'est pas de pouvoir qui ne vienne de Dieu »⁴⁹. L'Eglise adopte la conception biblique de la justice : la justice est conformité à la volonté de Dieu, c'est-à-dire l'obéissance sans détours à sa Loi. Le caractère divin du pouvoir législatif impérial est rappelé dans les préambules des constitutions impériales. Justinien résumera : "Dieu a soumis les lois à l'empereur, envoyé par lui aux hommes comme loi vivante"⁵⁰.

Ce faisant, s'introduit une confusion entre la loi civile et la loi religieuse ; entre la justice des hommes et celle de Dieu, qui ne peut qu'être manifeste. Le droit impérial doit tendre à réaliser sur terre la justice divine. Parce qu'elle est sacrée, la *lex* impériale est *recta*, *directa*. Rompant avec la tradition républicaine, les lois se multiplient, des normes prescriptives qui entendent orienter le comportement des justiciables.

Sans doute l'abandon progressif du terme *ius* pour le terme *directum* a-t-il été facilité par cette évolution, par l'abandon de ce « métier », de cet *ars* qui avait été celui des grands jurisconsultes, au profit d'une nouvelle politique. Le « droit » est un outil de gouvernement aux mains d'un empereur qui « dirige » ses sujets au nom de Dieu. Comme la loi, le jugement évolue : il devient un acte politique, une décision rendue par des juges représentant l'empereur. En même temps il reçoit une valeur morale : il exprime une vérité, celle de la Majesté impériale dont le pouvoir ne peut venir que de Dieu.

Que sont les *uerba* pour ce nouveau discours juridique ? Désormais, c'est la rhétorique, non plus le *ius*, qui ouvre aux plus hautes charges dans l'administration. La rédaction des lois incombe au « questeur du sacré palais » et à ses bureaux, tous rhéteurs politiques⁵¹. Tout autant qu'ils traduisent la volonté impériale, ils exaltent sa grandeur. La loi doit servir la propagande. Les constitutions de cette époque utilisent systématiquement un style prétentieux, ampoulé : au terme exact, elles préfèrent la périphrase pompeuse. Les *uerba* perdent leur sens, la rigueur juridique fléchit ; ainsi le concept de propriété disparaît au profit de la maîtrise effective de la chose⁵². La *lex* impériale peut bien être dite *recta*, à l'inverse de son qualificatif, elle est souvent tortueuse, imprécise et obscure, une véritable « langue de bois » ; on songe à Georges Orwell.

Le pouvoir de la nouvelle rhétorique politique se manifeste aussi dans l'enseignement juridique. Avant le IIIe siècle, la formation avait incombé aux jurisconsultes qui réunissaient autour d'eux un groupe d'élèves. Au Bas-Empire, un enseignement scolaire s'est mis en place, à deux niveaux. Un niveau inférieur, municipal, où la formation juridique est dans l'ensemble peu prisée ; ce sont surtout des fils de petits notables ou d'artisans qui

⁴⁹ *Omnis potestas a Deo*, Ep. Aux Romains, XIII, 1, cité par GAUDEMET, *Institutions*, op. cit., p. 668.

⁵⁰ Nouvelle 105.

⁵¹ GAUDEMET, *Institutions*, op. cit., p. 733.

⁵² A. LAQUERRIERE-LACROIX, « L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique », sous la dir. de Michel Humbert Université de Paris II, 2004.

entreprennent ces études. Un niveau supérieur, impérial, dans les capitales de l'Empire ; là, l'éloquence politique conduit aux plus hautes fonctions. Il est significatif qu'à l'Ecole impériale de Constantinople, dont nous connaissons les programmes, la place faite au *ius* proprement dit soit modeste : deux juristes, pour 20 grammairiens, huit rhéteurs, un philosophe. Le droit est étudié en vue du barreau et l'essentiel est l'éloquence. En 442, Valentinien III, réglementant la profession d'avocat, insiste sur leur formation littéraire plus que sur leur savoir technique ⁵³.

Le nouvel esprit des lois apparaît particulièrement bien lors de la séance qui eut lieu en 438 au Sénat de Rome pour la promulgation du Code Théodosien en Occident. Le Sénat est assemblé par ordre de dignité ; le préfet impérial adresse aux sénateurs un discours solennel. A la fin du discours, certains sénateurs répondent par de brefs éloges suivis de vagues d'acclamations qu'enregistrent soigneusement les greffiers sur le procès-verbal : « Augustes des augustes, les plus grands des augustes » (huit fois) ; « Dieu vous a donné à nous, que Dieu vous conserve à nous » (27 fois) ; « Empereurs pieux et fidèles, gouvernez de nombreuses années » (22 fois) ; « C'est pour le bien du genre humain, le bien du Sénat, le bien de l'Etat, le bien de tous » (22 fois), etc. En tout 43 affirmations suivies de près de 1000 acclamations. L'ancien discours politique et juridique des sénateurs était réduit à des clameurs célébrant la gloire impériale ⁵⁴.

A la même époque, une autre forme de discours normatif se diffusait dans l'Empire dans des communautés encore marginales : une vérité étrangère aux juristes de Rome et qui était pour eux non un discours juridique mais un entassement incompréhensible de « mots », de vociférations véritablement « barbares ».

- la vérité de la coutume

Aux IV^e-V^e siècles, des communautés issues des tribus du Nord et de l'Est de l'Europe ont été installées par l'Empire pour garder ses confins, en Grande-Bretagne, en Italie du Nord, sur le Danube ou en Gaule. Ces populations, nombreuses et influentes dans certaines régions, sont hors de l'ordre juridique civil de Rome : les « barbares », comme on les nomme, ne sont pas des citoyens ; ce ne sont pas non plus des chrétiens, leur religion est encore païenne. La norme qui les gouverne est double : pour les affaires qui intéressent l'ordre public, ils relèvent de la juridiction arbitraire du commandement romain ; pour tout le reste, ils utilisent leurs usages propres. Cette situation particulière, quand l'Empire s'affaiblit, va avoir des conséquences sur le système normatif, en réintroduisant la coutume comme source majeure du droit, modifiant ainsi la légitimité et le style de celui-ci ⁵⁵.

⁵³ CTh 14.9.3. J. GAUDEMET, *La formation du droit*, *op. cit.*, p. 88. Sur l'école d'Autun et le poids de la rhétorique dans l'enseignement qui y était dispensé, KERNEIS, « Rhétorique et droit en Gaule romaine », *op. cit.*,

⁵⁴ Les *Gesta Senatus* nous sont connus par le *ms Ambrosianus C. 29 inf.*, GAUDEMET, *La formation du droit*, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁵ S. KERNEIS, « *Laeti et gentiles* - Un groupe social spécifique dans le code théodosien », in *Droit, religion et société dans le Code Théodosien* (Troisièmes Journées d'Etude sur le *Code Théodosien* Neuchâtel, 15-17 février 2007), éd. J.-J. AUBERT & P. BLANCHARD, Neuchâtel, 2009, p. 377-399.

La coutume résulte de la répétition de faits identiques et les juristes invoquent trois facteurs pour fonder sa force, l'ancienneté, le consentement des intéressés et le caractère rationnel de la coutume. Là est la définition romaine, celle des juristes. Mais pour d'autres qui croyaient encore en l'enchantement du monde, les racines de la coutume étaient ailleurs. C'est du moins ce que nous laisse entendre au XIII^e siècle, l'Islandais Snorri Sturluson.

Le personnage est complexe, tiraillé entre deux cultures, la vieille culture tribale et la nouvelle chrétienté qui est en train de gagner du terrain. Confronté à la déliquescence de la tradition, il décide de lui offrir un sanctuaire, la mémoire de l'écrit. La *Fascination de Gylfi*, décrit l'origine du monde : au début, il y avait les géants dont descendent les humains, sont ensuite narrées diverses aventures des dieux et des parentés, puis, *in fine*, le morceau de bravoure, la rencontre entre le géant Gylfi et les dieux du Ciel, « les Puissances » qui savent tout.

Le géant interroge les dieux : « qu'est ceci ..., qu'est cela ... ? », ils lui répondent et nomment toutes choses. Soudain, dans le fracas du tonnerre, ils disparaissent et la fascination se dissipe. Le géant retourne chez lui et raconte ce qu'il a entendu : « Et selon son récit, d'autres à d'autres ont conté ces contes. Alors les dieux s'assemblent et tiennent leur conseil, ils se rappellent les uns aux autres toutes ces histoires qu'ils lui avaient racontées et ils décident de donner aux créatures et aux endroits qui existaient en ce temps-là les mêmes noms qu'ils avaient dits devant Gylfi, pour que les humains, à la longue, n'en viennent pas à douter de leur devoir »⁵⁶.

Les mots ne sont qu'illusion, une donnée du hasard, a priori superflue, à laquelle en tout cas les dieux n'accordaient aucune importance lorsqu'ils les dirent. Mais les hommes s'y sont attachés, les ont appris, répétés, leur ont donné un contenu. Alors les dieux les ont consacrés pour que, de génération en génération, en même temps qu'ils les répétaient, les hommes se souviennent de leurs devoirs. Telle est la spécificité de la coutume que d'être issue des mots du Grand Parler. Pour autant, le récit y insiste, les paroles des dieux n'y suffisent pas car ce sont finalement les actions des hommes, la répétition qu'ils en font, qui fondent les mots célestes. Le discours mythique garantit l'ordre immuable et c'est ensuite aux hommes de veiller à ce que chaque jour soit comme la reproduction du premier jour, que le temps présent soit à l'image du temps des origines ; les sages jureurs sont là pour en juger, droitement.

A chaque forme du droit, ses sages. Sous la République romaine, les Prudents étaient les oracles de la Cité, ceux dont l'art consistait à rendre à chacun ce qui lui revenait. L'art des sages du Nord était tout autre et passait par la maîtrise du Grand Parler, le pouvoir des mots, leur jeu aussi. Nommer, c'est appeler, et endurer le risque d'une force incommensurable. Pour parer ce risque, les sages avaient développé un système de correspondances, les « appellations » (*heiti*) et « connaissances » (*kenningar*), synonymes et périphrases où le signifié n'est jamais ce qu'on le dit être : « le faucon d'Odin » sera le corbeau, « l'arbre de la

⁵⁶ Sur ce texte, J.P. POLY, *Le chemin des amours barbares. Genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, 2003, p. 123-124.

bataille » le guerrier. Savoir, c'était pouvoir jongler avec l'enchevêtrement des mots, passer d'un registre à un autre, déployer la magie efficace tout en trompant les forces obscures ⁵⁷.

Tout ce vieux savoir peut bien nous paraître exotique ; il n'empêche que ses mots se sont pris dans notre langue du droit. Chaque année, lors des grandes fêtes religieuses, étaient déclamées les décisions des sages qui valaient précédents. Ces décisions fondamentales étaient dites *log/lag*, un terme qui évoque l'actuel *to lay*, ce qui est « étendu », « disposé » et par là à la fois « manifeste » et « fondé ». Outre-Manche, le terme, sans doute parce qu'il sonnait comme *lex*, est devenu *law*, longtemps prétendue manifestation de la coutume immémoriale du peuple anglais.

**

*

Quel était le legs du passé avant qu'intervienne sur le continent européen la renaissance du droit romain ? Un vieux fonds de technicité juridique, tant bien que mal conservé, était pris entre deux vérités également obscures : la vérité imposée d'une parole impériale devenue propagande, d'une langue de bois officielle, et la vérité irrationnelle d'une parole populaire inspirée par un grand parler à la fois archaïque et puissant. La renaissance du savoir juridique, le renouveau des catégories, allait être l'œuvre de la première université, celle de Bologne. Elle n'allait cependant pas s'opérer au nom d'un humanisme philosophique, mais au profit des pouvoirs, ceux des rois ou ceux du Pape. D'où, malgré la diffusion du sentiment national, l'impression des populations que la loi leur était imposée. Impression que la révolution et la république entendirent supprimer au profit des droits de l'homme, de la démocratie et du contrat social.

La doctrine observe à présent la multiplication des lois, décrets, règlements et arrêtés de toute sorte. Les conséquences de cette inflation législative sont de plus en plus lourdes : sur le plan social, elle gêne le fonctionnement judiciaire ; sur le plan individuel, elle entraîne une difficulté croissante d'accès des citoyens aux textes qu'ils sont censés ne pas ignorer. Il est vrai que nombre de ces normes pléthoriques n'ont qu'une vie éphémère et que d'autres sont ignorées par ceux-là mêmes qui les créent ; mais cette fugacité et cet anonymat sont plutôt des inconvénients supplémentaires que des avantages. La méconnaissance par le législateur du principe d'économie du vocabulaire, des notions et des textes risque de se payer au prix fort. En l'an 536 avant notre ère, un légiste chinois (Chou-hian) écrivait : « Quand un Etat est sur le point de périr, les règlements s'y multiplient ». Dans notre « vieille Europe », le droit, métier et technique au service d'une philosophie de la justice, est pris, comme jadis, entre une norme « officielle » (celle des bureaux, *officia*) qui manifeste son pouvoir, à la fois par son abondance, ses minuties et ses obscurités et l'aspiration des justiciables à une vérité du droit totale et immédiate, aspiration irrationnelle sans doute, mais qu'on aurait tort de mépriser.

⁵⁷ POLY, « Le chemin des amours barbares », *op. cit.*, notamment p. 75-76.

Soazick Kerneis
Paris Ouest-Nanterre
Centre d'histoire et d'Anthropologie du Droit