

Le regard de la romaniste : La *forme* normative ou la guerre comme *raison* du droit

Annette RUELLE

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Visne ergo ipsius iuris ortum a fonte repetamus ?

CICÉRON

Introduction

La question des « sources » du droit ne semble pas intéresser les juristes romains avant le milieu du II^e s. ap. J.-C., à l'apogée du droit classique, alors que plus de 700 ans d'expérience d'une forme d'intégration *juridique* du lien social parfaitement singulière dans le vaste champ des droits comparés de l'Antiquité avaient déjà façonné et fait évoluer en profondeur le « système » du droit positif romain, comme un ensemble cohérent susceptible d'une *identification autonome* dans le contexte plus large des pratiques normatives.

De plus, quand même l'idée de dresser les premiers inventaires s'imposera à eux, les jurisconsultes classiques n'useront pas pour autant du terme « source » lui-même. L'honneur de cette figure appelée à une fortune insoupçonnée (à laquelle nous verrons toutefois qu'il n'est pour rien !...) semble revenir à Cicéron, à la fin de la Ré-

publique¹. Il est du reste assez inattendu que les rhéteurs, comme Cicéron ou, plus tard, Quintilien, aient précédé de quelque deux cents ans les juristes dans ce souci de formaliser les « sources » du droit, dans une perspective, il est vrai, très spécifique qu'il n'est pas dans nos intentions de prendre ici en considération². Soulignons du moins que la question des « sources » du droit n'apparaît pas historiquement comme une question juridique, mais une question que pose le rhéteur en quête des « lieux » (*loci*) du droit, comme *trésors* d'arguments mobilisables dans le contexte des plaidoiries, ou le philosophe, plus soucieux de fonder philosophiquement le droit que d'enquêter techniquement sur les cadres dogmatiques de son élaboration positive.

Histoire des sources et histoire politique, formes politiques et modes d'expression du droit, sont inextricablement mêlés. Remonter aux *primordia iuris*, aux commencements du droit romain, de fait, implique une remontée aux *primordia civitatis*, aux commencements de la cité juridiquement organisée qu'est, à Rome, la *civitas*.

Soit, aux origines de la *civitas* : ses procédures. Constitutives du fait civique, il s'agit du procès contradictoire, du mécanisme de la décision politique (le vote majoritaire) et de l'acte juridique privé (acte de disposition, contrat, testament). Ces procédures dessinent aux origines de Rome, certainement à partir de la loi des XII Tables (451-450 av. J.-C.)³, un espace de ritualisation original de la relation interpersonnelle, de l'interaction sociale, du lien entre concii-

¹ CIC., *Leg.* 1, 6, 20 *Visne ergo ipsius iuris ortum a fonte repetamus?*, « Veux-tu donc que nous remontions l'origine (*ortum*) du droit à la source (*a fonte*)? ». Dans le même passage, il use du terme *stirps*, *stirpis*, « la souche [de l'arbre] » : *repetam stirpem iuris a natura*, « je remonterai à la racine du droit, la nature » ; *Part. or.* 37, 131 (*fontes... acquiritatis*) ; *Rep.* 5, 3 ; *Off.*, 3, 72.

² On verra G. ARICÒ ANSELMO, « *Partes iuris* », *Annali Palermo* 39 (1987), p. 141 *sq.*

³ La loi des XII Tables qui, politiquement, a dû constituer un compromis provisoire dans la longue lutte entre patriciens et plébéiens, est le premier monument législatif, le premier « code » des lois du peuple romain, qui forme d'ailleurs plutôt « une collection d'amendements à une coutume qui subsiste pour le reste » qu'un code véritable. Jamais abrogée, elle a marqué le point de départ dans l'histoire du droit privé romain. J.-H. MICHEL, *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*, Fasc. I, Bruxelles, 1998, p. 25.

toyens tel qu'il s'organise à l'échelle de la collectivité souveraine, avec lequel se confond pratiquement l'institution de la cité elle-même.

Ces procédures sont essentielles pour notre propos. Les Romains n'en concurent pourtant jamais de vision d'ensemble. Leur unité, l'ensemble cohérent qu'elles constituent aux origines de toute la tradition civile, apparaît sur un fondement philologique, au départ de l'analyse du verbe latin *agere* (français « agir »), verbe de mouvement dans les langues indo-européennes devenu, suite à son passage dans le proto-latin juridique, un des termes les plus techniques qui soient de ce lexique spécialisé. Nous y reviendrons brièvement, l'essentiel étant pour l'heure de souligner qu'une institution aussi fondamentale est restée largement de l'ordre de l'implicite auprès des contemporains. Il n'y a pas lieu de s'en étonner : « La voie royale pour saisir une culture juridique », écrit Antoine Garapon, « reste sans conteste ses rituels tant à travers eux, elle se donne à voir presque en clair. Mais qu'est-ce au juste qu'une culture juridique ? Un ensemble de présupposés partagés qui orientent le raisonnement, les valeurs et les perceptions d'un groupe social. Si une culture se laisse plus facilement approcher dans les symboles que dans les textes de loi, c'est parce qu'elle agit inconsciemment. [...] Saisir une culture revient ainsi à s'efforcer de formuler ce qui est si évident pour ses membres que "cela va sans dire"⁴. »

De leur analyse, en somme, il résulte non seulement la mise en évidence d'un cadre juridique, formel, procédural, d'intégration du lien social, mais aussi le dévoilement anthropologique de ces « présupposés partagés » au principe de l'institution civique, un *imaginaire* de la *forme* au service de la *relation* dont elles configureront l'allure, la dynamique, d'une manière inédite dans le paysage de l'anthropologie historique des mondes anciens.

L'importance de ces procédures, leur impact aux « sources » (à la naissance) du droit, se mesure, au plan strictement juridique d'abord, au constat suivant : à bien y réfléchir, aussi distantes paraissent-elles à première vue de règles à la formulation aussi abstraite, elles répondent aux critères d'identification d'un système juridique tels que les a dégagés Herbert Hart, ce qu'il appelle les *règles secon-*

⁴ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 149-150.

*daïres*⁵ : règles de reconnaissance (que ce soit l'écrit avec la loi des XII Tables ou la formation dès l'origine d'un groupe de spécialistes habilités à *répondre* sur des points de droit, les juristes), règles de changement (que sont les procédures d'élaboration de la décision politique, lois, plébiscites et sénatusconsultes, ainsi que l'acte juridique privé) et règles de décision (*via* l'organisation du procès judiciaire). Loin de se réduire sans coup férir à une suite discontinue d'ordres appuyés de menaces, assurément, le droit s'inscrit dans un dépassement vers des règles d'une autre nature, règles d'*habilitation* qui confèrent un pouvoir ou une faculté de créer, de modifier, d'abroger, du ou des droit(s), et dont la procédure ou l'existence de formes substantielles constituent l'essence. De telles règles paraissent si décisives au savant anglais qu'il repère dans leur mise en œuvre un progrès aussi important pour la société que l'invention de la roue, au point d'articulation entre un monde pré-juridique et un monde juridique⁶. Et de fait : bien qu'aux antipodes de cette approche théorique et abstraite, le plus ancien droit romain, – que, sauf erreur, l'auteur n'envisage pas, – en fournit *in concreto* la caution pleine et entière.

Or, à ne concevoir ces règles que détachées de leur substrat procédural originaire en droit romain, une dimension fondamentale et nécessaire échappe pour comprendre pleinement les conditions de la naissance du droit. Car c'est bien dans l'ordre de l'anthropologie, au carrefour de la linguistique et de la psychologie, que ces procédures nous invitent à concevoir la puissance d'institution proprement *juridique* de la cité. Non qu'il s'agisse de les aborder sous l'angle de leur fonction sociale (de l'institué toujours déjà)⁷ que de mettre au jour l'extraordinaire puissance de *mise en forme abstraite de nos sociétés* (Thomas)⁸ qu'elles constituèrent au service d'un *imaginaire* auquel

⁵ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, 2^e éd., Bruxelles, 2005, p. 110 *sq.*

⁶ *Ibidem*, p. 61 ; p. 113.

⁷ Comme le fait Hart en vue de critiquer la *déformation* qu'imposent à ces règles spécifiques les tenants d'une théorie unitaire du droit attachés à réduire la diversité de ses règles à un modèle unique. *Ibidem*, p. 57 *sq.*

⁸ « Si on ne comprend pas que l'histoire du droit participe d'une histoire des techniques et des moyens par lesquels s'est produite la *mise en forme abstraite de nos sociétés*, on manque pratiquement tout de la singularité de cette histoire et

elle nous a prédisposés et qui demeure, à ce jour, largement inconscient. De même que leur institution fut de l'ordre de l'implicite pour les anciens, de même en est-il de leurs présupposés anthropologiques pour nous, les modernes.

Une telle perspective nous permettra de renouveler en l'élargissant la question de la rupture que le droit présuppose avec les univers coutumiers, traditionnels. Une énigme ne manquera pas de nous tarabuster à cet égard : quelle fut au juste ou plutôt quelle ne fut pas la place de la coutume parmi les sources formelles du droit romain, dont elle constitue l'absente la plus illustre des trois catalogues que nous ont laissés les juristes classiques ?

Aussi originales soient-elles parmi les droits comparés de l'antiquité, ces procédures, constat de nature à renforcer encore l'étonnement devant leur surgissement massif et compact aux origines du fait civique, forment également la charpente juridique de l'organisation grecque de la cité, la *pólis*. Elles n'y sont toutefois pas *mises en forme* en Grèce comme elles le sont à Rome, de manière à assurer, sur une base énonciative, *mimétique* (au sens où l'entend Aristote du mode d'énonciation propre à l'action tragique), la mise en vedette de l'*acteur*, le sujet *agissant* avec et contre autrui (*agere cum aliquo*) en son nom et dans son intérêt personnel et propre sur la scène de la collectivité souveraine.

L'orientation différente de ces deux modèles sur l'axe de procédures elles-mêmes identiques est décisive dans la perspective d'une anthropologie comparée de la cité antique, perspective qui excède bien sûr nos objectifs présents. Du moins est-elle l'occasion de rappeler, avec Aldo Schiavone, l'existence d'un double *paradigme* aux sources de *l'invention* simultanée du droit et du politique dans l'antiquité gréco-romaine : le paradigme de la politique comme *souveraineté populaire et de la loi égale pour tous*, en Grèce, et le paradigme du droit comme *conformité à un système auto-référent de règles rationnellement définies*, à Rome⁹.

tout de la spécificité de son objet. » Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS* 6 (2002), p. 1433.

⁹ A. SCHIAVONE, Ius. *L'invention du droit en Occident*, trad. de l'italien par G. et J. Bouffartigue, Paris, 2008, p. 22.

Ces procédures, fait singulier, échappent pour ainsi dire complètement à la vigilance de l'auteur, non moins que l'écart entre leurs modes respectifs de réalisation sur les deux rivages de la mer ionienne¹⁰. Ainsi, on n'en trouvera nulle évocation dans cette synthèse par ailleurs brillante où l'auteur dégage en quelques lignes la spécificité du droit romain dans l'histoire universelle du droit. D'emblée, il insiste sur l'idée d'une nécessaire *reconnaissance* des règles de droit : si toute société ne peut faire moins que de se donner un ensemble de règles, écrit-il, seul le droit romain « [...] a fourni le paradigme permettant de reconnaître comme "juridiques" ces pratiques prescriptives, à l'origine intégrées dans des contextes et des systèmes bien différents : appareils théologiques plus ou moins liés à la royauté, rapports de parenté, institutions politiques¹¹ ». Et de poursuivre :

C'est à Rome seulement que le travail d'ordonnement inévitablement présent dans toute communauté fut très tôt réservé, et de façon rigoureuse, à un *groupe de spécialistes*, puis se transforma en une *technologie sociale au statut fort*, qui, pour la première fois et pour toujours, allait *isoler la fonction juridique et ses experts*, les « juristes » (mot inconnu des langues anciennes, à l'exception du latin), la détachant de toute autre production culturelle ou centre institutionnel – de la religion, de la morale, de la politique même – pour en permettre une *identification autonome, nette et définitive*. Dès lors le droit se présentera [...] comme un objet à part – un *corps compact, dur et impénétrable* – et se reconnaîtra au déploiement de dispositifs dotés d'une *rationalité spécifique et puissante*. Sa *séparation* apparaîtra comme une particularité de l'Occident, autour de laquelle s'amorcera très tôt, presque dès les origines, un extraordinaire *discours idéologique*, destiné à la réélaborer comme « indépendance » et « neutralité » – celle des normes, des procédures, des juges – et à en faire une des valeurs fondatrices de notre civilisation.¹²

Cette citation met en exergue plusieurs éléments qu'il paraît décisif de souligner au seuil de cette contribution. Tout d'abord, l'existence irréductible et singulière à Rome d'un *groupe d'experts*,

¹⁰ Voir aussi *infra* [n° 49].

¹¹ A. SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 13 (nous soulignons).

¹² *Ibidem*, p. 14 (nous soulignons).

les juristes, sur lesquels nous n'aurons pas beaucoup l'occasion d'insister dans les limites imparties, mais dont il convient de ne pas oublier le rôle proprement incontournable, fondateur, matriciel. Prêtres du culte public dans l'ancien droit romain, pontifes dont le collège est resté l'un des plus importants parmi les collèges sacerdotaux après même que la jurisprudence (*iurisprudentia*) se fut arrachée à leur monopole, aux alentours de 200 avant notre ère (au point d'articulation des droits archaïque et préclassique), ils furent, entre autres compétences (notamment pour ce qui concerne le contrôle social du temps, la fixation du calendrier), experts *es* questions sacrificielles à l'usage tant des magistrats que des particuliers. Il y a tout lieu de croire que l'expérience de cette puissance opératoire dans l'ordre des rapports sociaux que fut le sacrifice leur a permis de conquérir une *maîtrise* inédite de l'organisation dynamique de ces derniers : ainsi leur rôle fut-il essentiel dans le dégagement de ces dispositifs à l'origine strictement procéduraux, rituels, formels, sur lesquels nous allons nous pencher dans cette étude.

D'une telle maîtrise de la dynamique des interactions sociales à l'échelle tant interindividuelle que collective témoigne la *rationalité spécifique et puissante* dont ces procédures portent le sceau, à la source d'une *technologie sociale à statut fort* telle qu'elle *isolera* à jamais la fonction juridique de toute autre forme d'activité sociale, en particulier de la religion elle-même, second élément mis en évidence par le grand romaniste italien. Nous en verrons un échantillon précis dans le cas du procès judiciaire, selon l'antique régime de procédure des *legis actiones*, ou « actions de la loi », qui nous donnera l'occasion de sonder les présupposés anthropologiques de la *raison du droit*.

Enfin, troisième élément d'importance que souligne l'auteur, le *discours idéologique* dont le droit ainsi isolé ne cessera plus de faire l'objet, en particulier, nous l'évoquerons succinctement, à partir d'Auguste, où la *raison du droit* que le droit républicain rendait si transparente va connaître, en même temps que les procédures qui en constituèrent le support étaient appelées à subir de profondes mutations, diverses « corrections » inspirées par la volonté d'en éviter prudemment, au lendemain des guerres civiles, les présupposés conflictuels, *agonaux*, réciproques, en bref, au cœur de la relation interhumaine, la violence, sur fond d'un droit impérial bientôt idéal, inscrit dans la complétude et la cohérence d'une perfection que garantit l'équité du Prince.

Une telle évolution paraît inséparable de la marche de l'empire vers l'absolutisme, dont le processus se couple, pour ce qui nous concerne, avec l'unification des sources au profit de l'une d'elles (les constitutions impériales, la loi du Prince), paradoxalement énumérées à l'heure même où leur pluralité n'est plus qu'un souvenir...

Une brève présentation des trois catalogues classiques des «sources formelles» nous permettra, sans en passer par le détail de chacune d'elles, de poser la question de l'absence de la coutume parmi eux. L'inventaire de Papinien nous retiendra en particulier en raison de la distinction qu'il est seul à tracer entre le *ius civile* («droit civil») et le *ius praetorium* («droit prétorien») (I). Nous nous mettons ensuite en quête de la *source fondatrice*, dont les cadres de la procédure permettent de se faire une idée précise dès le plus ancien droit romain, en suscitant la notion de *forme normative*, barème d'une mesure à la fois juridique et anthropologique de leur puissance d'institution (II).

I. Les *iura populi Romani*, les «règles de droit du peuple romain» (Gaius 1, 2)

En l'état de nos «sources», trois jurisconsultes classiques dressèrent un catalogue des «sources» du droit romain : Gaius, Pomponius et, un peu plus tard, au début du III^e siècle de notre ère, Papinien¹³. Vous avez dit «sources»?...

Une précision paraît en effet de mise aussitôt, car, le droit romain étant une discipline à la fois juridique et historique, cette figure engendre une polysémie sur laquelle il paraît d'autant plus utile de faire le point qu'elle est à l'origine du *biais historique* (Dufour) par lequel le terme se verra transposé au domaine du droit à partir du XVII^e siècle¹⁴. On distinguera ainsi les sources *formelles* des sources *historiques* ou *documentaires* (*sensu lato*) du droit romain. Si d'une ma-

¹³ GAIUS 1, 1-7; PAPINIEN, 2 *Def.*, *Dig.* 1, 1, 7^{pr}-1; POMPONIUS, 1 *lib. sing. Ench.*, *Dig.* 1, 2, 2, 12.

¹⁴ Malgré quelques occurrences sporadiques chez les glossateurs (Placentin, Azon) : R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 3 ; voir aussi *infra* [n° 18].

nière générale on peut se faire, des premières, « une double conception, d'après les organes de la société habilités à énoncer les règles de droit ou d'après les produits de l'activité qu'ont déployée ces organes eux-mêmes », les secondes, toujours écrites, sont les documents qui nous font connaître le droit romain et qui peuvent être de nature diverse (juridiques, littéraires, historiques ou documentaires *sensu stricto* : inscriptions, papyrus, monnaies, monuments figurés)¹⁵.

A l'aune d'une telle distinction, les codifications de Justinien¹⁶ sont à la fois, en tant que constitutions impériales, une « source formelle » du droit en vigueur dans l'Empire romain au VI^e s. de notre ère, d'une part, les sources historiques, de nature juridique, par lesquelles nous connaissons le droit romain depuis les origines (disons les XII Tables) jusqu'à Justinien, soit essentiellement, grâce au *Digeste*, le droit classique, d'autre part¹⁷. Et voici que cette qualité de sources historiques de la compilation justinienne dans la tradition savante au Moyen Âge s'est trouvée à l'origine de l'application à la technique du droit de la notion de « source » par l'École du droit historique, vu la place privilégiée qu'elles tenaient dans la science juridique de l'ancien droit, en particulier dans l'*usus modernus Pandectarum*¹⁸. Il s'agit classiquement d'un emprunt par la langue du

¹⁵ Mentionnons encore les sources sociologiques (ou matérielles), qui désignent « toutes circonstances qui, au sein de la société romaine, ont déterminé la naissance, le développement et l'évolution du droit. Par définition, bien qu'elles en décrivent le cadre historique, elles se situent hors du domaine du droit. » Voir J.-H. MICHEL, *Éléments*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶ L'empereur Justinien fit publier successivement trois recueils, qui avaient tous force de loi en qualité de constitutions impériales et que le Moyen Âge occidental a désignés sous le nom de *Corpus iuris civilis*, la « collection du droit privé [romain] ». G. HANARD, *Précis de droit romain*, I. Notions de base. Concept de droit, Sujets de droit, Bruxelles, 1997, p. 64.

¹⁷ Les sources (documentaires, historiques) sur la question des sources (formelles) du droit romain sont ainsi : GAIUS, *Institutes* 1, 1-7 ; *Institutes Iustiniani* 1, 1 *de iustitia et iure* ; *Institutes Iustiniani* 1, 2 *de iure naturali et gentium et civili* ; *Digesta* 1, 1 *de iustitia et iure* ; *Digesta* 1, 3 *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* ; *Digesta* 1, 4 *de constitutionibus principum* ; Cf. *Fragmentum Dositheanum* 1-2 (FIRA 2, p. 168).

¹⁸ A. DUFOUR, « La théorie des sources du droit dans l'École du droit historique », in *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du droit historique*, Paris, 1991, p. 257-258. L'auteur souligne que cette notion semble avoir été limitée au domaine des

droit à une autre langue de spécialité, à savoir la théologie, la philosophie et les sciences historiques, d'un terme ayant revêtu à la faveur de ce passage une acception nouvelle, celle-là même que nous lui connaissons. On voit par là que le succès de la figure en droit moderne ne semble rien devoir à Cicéron, le premier pourtant auquel une *généalogie de la source* juridique permet de remonter dans l'histoire du droit!

A. Gaius

Après un premier paragraphe destiné à tracer le cadre de l'opposition entre le *ius civile* et le *ius gentium*¹⁹, Gaius entame ses *Institutes* par la liste des *iura populi Romani*, «les règles de droit du peuple romain», GAIUS 1, 2: «Les règles de droit du peuple romain consistent dans les lois, les plébiscites, les sénatusconsultes, les constitutions impériales, les édits de ceux qui ont le droit d'en faire, les réponses des jurisconsultes²⁰».

Sans entrer dans le détail de chacune de ces sources, comme nous l'annoncions, du moins l'étonnement ne peut-il que surgir devant une curieuse absence: la coutume, que désigne pourtant une terminologie spécifique (*mos, consuetudo*), n'a pas l'heur d'y figurer...

sciences naturelles à l'origine de la pensée européenne, ainsi qu'il apparaît dans les *Étymologies* de saint Isidore de Séville (VII^e s.), pour s'étendre ensuite par transposition aux sciences divines et humaines, dans la double acception d'*origine* et de *fondement*.

¹⁹ GAIUS 1, 1: «Tous les peuples qui sont régis par la loi et par la coutume (*legibus et moribus*) appliquent en partie un droit qui leur est propre, en partie un droit commun à tous les hommes. Car le droit que chaque peuple s'est constitué pour lui-même lui est propre et s'appelle le droit civil (*ius civile*), comme le droit propre à l'ensemble des citoyens. Mais ce que la raison naturelle (*naturalis ratio*) a établi entre tous les hommes est observé très également chez tous les peuples et s'appelle le droit des gens (*ius gentium*), comme le droit qu'appliquent les nations. Aussi le peuple romain applique-t-il en partie son propre droit, en partie le droit commun à tous les hommes.» Sauf mention contraire, toutes les traductions de Gaius sont de Jacques-Henri Michel. Le texte est cité d'après l'édition des Belles-Lettres.

²⁰ GAIUS 1, 2 *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

B. Pomponius

Introduit au titre des divers modes de la décision dans la *civitas* (*ita... constituitur*), l'inventaire de Pomponius²¹ appelle, outre derechef le constat de l'absence de la coutume, deux remarques : d'une part, Pomponius assimile ce qu'il appelle le droit civil au sens propre (*proprium ius civile*) à la seule interprétation non écrite des jurisconsultes ; d'autre part, il mentionne en bonne place, après la loi et l'interprétation des prudents qu'est le *ius civile*, les *legis actiones*, soit le plus ancien régime de procédure du droit romain, auquel succédera le droit honoraire (la procédure du droit classique, l'édit du préteur) qu'il cite plus loin, actions de la loi qui, précise-t-il, « contiennent la forme de l'agir » (*quae formam agendi continent*).

Fidèle à l'approche historique de l'*Enchiridion*²², on a clairement l'impression que Pomponius cadre à l'entame de sa liste, dont la non-linéarité est sensible par rapport à celle de Gaius, les figures les plus représentatives aux origines de la tradition civile, qu'il situe aux XII Tables, « à partir desquelles a commencé à s'écouler le droit civil » (*ex his fluere coepit ius civile*)²³, à savoir la loi, l'interprétation des prudents et les actions de la loi (soit, le procès). Or il s'agit des

²¹ POMPONIUS, 1 lib. sing. Ench., Dig. 1, 2, 2, 12 : « Ainsi, dans notre cité, on décide (*ita in civitate nostra... constituitur*) soit selon le droit, c'est-à-dire selon la loi (*aut iure, id est lege*), soit [on applique] au sens propre le droit civil qui, sans écrit (*sine scriptis*), consiste dans la seule interprétation des prudents (*aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*) ; soit ce sont les actions de la loi, qui contiennent la forme de l'agir (*aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent*) ; soit le plébiscite, dont on décida sans l'autorité des Pères (*auctoritas Patrum*) ; soit l'édit des magistrats, d'où naît le droit honoraire ; soit le sénatusconsulte, produit du sénat [à pouvoir] constituant, seul et sans loi ; soit la constitution du prince, c'est-à-dire ce dont le prince lui-même décide et qui est tenu pour loi (*pro lege*). »

²² POMPONIUS, 1 lib. sing. Ench., Dig. 1, 2, 2pr : *Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*, « Il nous semble en effet nécessaire de montrer l'origine et l'évolution du droit lui-même » (*ipsius iuris originem atque processum*).

²³ Avec une belle métaphore liquide évoquant l'idée de la source : Dig. 1, 2, 2, 6 *lege duodecim Tabularum ex his fluere coepit ius civile*. De même, TITE-LIVE (3, 34, 16) y voit la *fons omnis publici privatique [...] iuris*, « la source (*fons*) de tout le droit public et privé ».

figures de « sources » dont le dégagement coïncide avec les procédures de l'*agir* aux origines, précisément, de la tradition : règles de reconnaissance (*iurisprudentia*, le *ius civile* même d'après Pomponius, voire l'écrit paradigmatique, avec la loi des XII Tables), règles de changement (la procédure dont la loi est le produit)²⁴ et règles de décision (les actions de la loi)²⁵.

L'identification par Pomponius de cette triplice originelle ne fait plus aucun doute à la lumière d'autres passages de l'*Enchiridion*, ainsi, dans le § 6, où le jurisconsulte insiste sur la mise en place *à peu près à la même époque* de ces trois droits (*tria haec iura nata sunt*) que sont la loi des XII Tables, les actions de la loi et le collège des pontifes, entre les mains duquel se trouvent la science de l'interprétation et la charge des actions²⁶. Ainsi encore au paragraphe 38, où il rapporte que l'ouvrage en lequel il est permis de voir le premier traité de droit de la tradition civile, le livre de Sextus Aelius Paetus (vers 200 av. J.-C.), porte le nom *Tripertita* en raison de sa composition tripartite, comprenant la loi des XII Tables suivie de son interprétation et du

²⁴ Même si la loi des XII Tables, promulguée dans un contexte « révolutionnaire », ne fut pas votée par l'assemblée du peuple, mais résulte d'une procédure particulière confiée à deux commissions successives de dix membres, les *decemviri legibus scribundis*, « les dix commissaires chargés de mettre les lois par écrit » qui, pour deux années, remplaçaient les consuls.

²⁵ L'expression *legis actiones* ne doit pas induire en erreur quant au rôle de la loi à la « source » de ces procédures. La loi des XII Tables s'est contentée de conférer sa sanction à des procédures entièrement aux mains des pontifes quant à leur conception, leur adaptation et leur délivrance aux justiciables. Du reste, certaines d'entre elles lui sont antérieures, comme la *sacramenti actio* qui nous retiendra plus loin, ou la *manus iniectio*, « la prise de corps », voie d'exécution forcée sur la personne. D'autres sont d'origine coutumière (GAIUS 4, 13, *infra*). Enfin, le mot *lex* ne signifiait pas anciennement une mesure législative (*lex publica*), mais une proclamation, proprement une « lecture » solennelle à haute voix. Les hésitations de Gaius sur le sens de l'expression reflètent ces difficultés (GAIUS 4, 11). Voir G. NICOSIA, *Il processo privato romano, I. Le origini*, Catania, 1980, p. 65 *sq.*; A. MAGDELAÏN, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, 1978, p. 12 *sq.*; Br. SCHMIDLIN, « Zur Bedeutung der *Legis Actio* : Gesetzesklage oder Spruchklage », *TR* 38 (1970), p. 367 *sq.*

²⁶ *Ibidem* : *Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt : lege duodecim Tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones composatae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant [...]*; voir aussi le § 8 : *Deinde cum esset in civitate lex duodecim Tabularum et ius civile, essent et legis actiones [...]*.

texte des actions de la loi. Aussi ce livre mérite-t-il de Pomponius l'appellation *cunabula iuris*, le berceau, l'origine même du droit (*qui liber veluti cunabula iuris continet*)²⁷.

Malgré les aléas de la transmission du texte, ces documents confirment la première impression d'une perception homogène par Pomponius de l'ensemble cohérent que formèrent à l'origine de la tradition les procédures de l'*agir*, saisies sous la figure des « sources » que sont la loi des XII Tables, l'interprétation pontificale et le procès des *legis actiones*.

C. Papinien

Papinien ne daigne pas plus que ses prédécesseurs mentionner la coutume dans l'inventaire qu'il dresse des sources du droit romain. Celui-ci présente toutefois une particularité qui s'avère stimulante au regard de la *summa divisio* sur la trame de laquelle se déroule notre séminaire, au cœur d'une théorie revisitée des sources du droit en droit moderne, entre le *hard law* et le *soft law*.

Papinien se situe à l'extrême fin de la période du droit classique, au début du III^e siècle de notre ère (il meurt en 212). Il est aussi le premier et le seul jurisconsulte à classer les sources du droit romain selon qu'elles relèvent du droit civil, le *ius civile*, ou du droit prétorien, *ius praetorium* :

Le droit civil est ce qui vient des lois, des plébiscites, des sénatusconsultes, des décrets des princes, de l'*autoritas* des prudents. Le droit prétorien est ce que les préteurs ont introduit pour appliquer ou compléter ou corriger le droit civil en raison de l'utilité générale. On l'appelle aussi droit honoraire, ainsi nommé d'après la dignité des préteurs²⁸. (PAPINIEN, 2 *Def.*, *Dig.* 1, 1, 7pr-1)

²⁷ *Dig.* 1, 2, 2, 38 [...] *illius liber qui inscribitur « Tripertita », qui liber veluti cunabula iuris continet : Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim Tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio.*

²⁸ [pr] *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. [1] Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt*

Le droit prétorien (ou droit honoraire, d'après *honos*, *-ris*, «la magistrature» : *ius honorarium*) est spécifiquement le droit dont la source est l'édit du préteur, le magistrat en charge de la juridiction sous le régime classique de la procédure formulaire. L'édit est le catalogue de toutes les voies de droit de nature judiciaire ouvertes aux plaideurs, auxquelles correspondent un nom et une formule-type. Chaque préteur nouvellement élu pour un an en proclamait la teneur (*edicere*, «proclamer publiquement») lors de son discours inaugural, reprenant en règle l'édit de ses prédécesseurs tout en y rajoutant, le cas échéant, de son cru, ajouts qu'il pouvait aussi bien réaliser inopinément au cours de son année de charge. L'édit est donc le document écrit sur la base duquel était administrée la justice sous la régime de la procédure formulaire, qui succède progressivement, à partir du milieu du III^e s. av. J.-C., aux actions de la loi (officiellement abrogées par Auguste, GAIUS 4, 30).

Quel est le sens d'une telle opposition dont Papinien fait le ressort d'une classification originale des *iura populi Romani*? Il n'est guère douteux que le droit prétorien s'est d'emblée situé en position d'alternative par rapport au droit en vigueur, le droit tel qu'il émane de toutes les autres sources formelles. Il n'est pas moins piquant d'observer que le principe jurisprudentiel, doctrinal, la systématique d'une telle opposition soit l'œuvre du dernier et peut-être du plus grand des juriconsultes classiques, qu'elle ponctue en quelque sorte la période d'intense création juridique des cinq siècles écoulés au moment où elle est au point de connaître de profonds bouleversements²⁹.

Papinien en fournit lui-même une justification des plus intéressantes. Le droit prétorien fut créé, précise-t-il, pour *faciliter, suppléer ou corriger* le droit civil en vue de l'utilité publique (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*). Il faut avouer que le parallèle avec la problématique contemporaine du *soft law* est frappant, qui pourrait en constituer, semble-t-il, la

adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

²⁹ Voir sur ceux-ci : P. GARNSEY et C. HUMFRESS, *L'évolution du monde de l'antiquité tardive*, trad. de l'anglais par Fr. Regnot, Paris, 2004, p. 66 sq.

paraphrase : le *soft-law* « para-législatif » (para-civiliste plutôt !) n'est-il pas décrit comme « une sorte de production alternative du droit » qui opère « dans le prolongement, le silence ou en opposition » au droit positif³⁰ ? *Adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis* ?...

Dans l'hypothèse la plus extrême, le *soft law* peut même « aller jusqu'à menacer le mode formel de production du droit en prétendant s'y substituer³¹ ». Sous le registre de l'analogie, comment ne pas penser à ces mesures prises par le préteur à l'origine de la *dualité d'institutions* si caractéristique du droit classique (en matière de propriété, civile et prétorienne, de successions *ab intestat* et testamentaire, etc.) ; ou encore aux *exceptiones*, l'exception (« parade, esquive ») étant une voie de droit de nature judiciaire ouverte au défendeur qui a notamment conféré au préteur une latitude d'intervention considérable pour affranchir la dynamique de l'obligation civile (spécialement contractuelle) des contraintes formelles qui présidèrent à sa conception première, au fondement des principaux thèmes qui constituent aujourd'hui le droit des obligations et des contrats (comme ce que nous appelons les vices de consentement, la cause, les effets de l'acte en faveur de tiers, la représentation, les modes d'extinction des obligations, etc.)³² Dans le champ pénal, le préteur a de même remplacé d'anciennes peines devenues inapplicables (trop sévères, ou que la dévaluation monétaire avait rendues ineffectives) par des amendes mieux adaptées, s'autorisant ainsi, non à abroger expressément le droit existant, en quoi il aurait outrepassé ses prérogatives, mais à l'abandonner *via* sa non-application tout en en créant un nouveau³³.

On mesure à ce bref aperçu l'extraordinaire puissance évolutive, alternative, à la fois supplétive et correctrice, du droit que fut l'édit du préteur, instrument dont la souplesse, en concertation constante avec les jurisconsultes, a permis « d'adapter aux nécessités d'un Empire urbanisé et universel à l'échelle du monde antique, un droit

³⁰ Voir I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *R.I.E.J.* 65 (2010), p. 45.

³¹ *Ibidem*.

³² R. DEKKERS, « Des méfaits de la stipulation », *R.I.D.A.* 3 (1950), p. 361 *sq.*

³³ M. KASER, « *Ius honorarium* und *iuris civilis* », *ZSS* 101 (1984), p. 1 *sq.*

romain initialement rural, italien et formaliste, sans devoir recourir aux procédés législatifs qui nous paraissent normaux voire inévitables en pareille situation³⁴ ».

Ici s'arrête toutefois l'analogie ! Limite intéressante pour penser les turbulences que semble traverser la théorie classique des sources en droit moderne, mais rien de plus.

Pour être assurément un droit *alternatif*, le droit prétorien n'est PAS, n'est en aucune manière, un « droit *soft* » dont on pourrait, sauf l'anachronisme, rêver d'avoir trouvé l'équivalent en droit romain. Dès son apparition (sur les circonstances historiques de laquelle ce n'est pas le lieu de s'étendre ici), en effet, l'édit s'insère au sein de l'ordre juridique romain. Tout magistrat du peuple romain a le pouvoir de proclamer des édits, comme le préteur qui, urbain ou pérégrin, se trouve investi doublement à cet effet, de l'*imperium* et de la *iurisdictio* proprement dite. La *iurisdictio* lui confère le pouvoir d'organiser les procès sur la base de trois verbes solennels DO, DICO, ADDICO, dont l'énonciation, dans les circonstances appropriées (respect, notamment, du calendrier, le préteur ne pouvant énoncer les *tria certa verba* que pendant les Jours Fastes de l'année), emporte tous les effets de droit qui en dépendent, dès l'introduction de l'instance (sinon même la citation à comparaître, ou *in ius vocatio*) jusqu'aux voies d'exécution forcée, en ce compris la forclusion de l'instance pour chose jugée, etc.

Tout au plus pourra-t-on signaler l'absence de *validité subjective* de la norme prétorienne, le préteur n'étant pas tenu, en sa qualité même de magistrat du peuple romain³⁵, par son propre édit, au sens où rien ne l'obligeait à respecter le cadre normatif tel qu'il l'avait annoncé au début de son mandat. Pour autant, s'il n'avait pas l'intention de s'obliger lui-même, il avait incontestablement, dans les limites qui étaient les siennes, la volonté de créer du droit. Une *lex Cornelia* de 67 av. J.-C. prétendit du reste limiter l'arbitraire du magistrat...

³⁴ J.-H. MICHEL, *Éléments*, op. cit., p. 98; ég. p. 30; voir aussi A. SCHIAVONE, *Ius*, op. cit., p. 145 sq. (chap. XI. *Ius civile* et préteurs : l'idée de l'équitable).

³⁵ Cf. H. HART, op. cit., p. 61 sq.; sur la *validité subjective* : Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, p. 313; I. HACHEZ, op. cit., p. 35.

En vain, tant était forte l'inertie des membres de l'élite sénatoriale opposée par principe à une limitation de ses prérogatives³⁶.

Aussi, analogie expérimentale de l'opposition *hard law* / *soft law* en droit moderne, l'opposition du droit civil et du droit prétorien n'est-elle pas soluble dans cette dernière. Le principe de l'alternative que le droit prétorien a d'emblée ouverte au droit civil apparaît comme l'effet ultime de la systématisation du droit classique, et non le ressort de son évolution. Le droit prétorien ne fut pas perçu comme un *système juridique parallèle*, fût-il concurrentiel, au sein du *ius civile*, pas davantage comme une *étape ou une phase intermédiaire* conçue en tant que telle *ab initio*, malgré l'importance que la temporalité va jouer tant dans l'ordre de l'institutionnalisation des instruments introduits par le préteur³⁷ qu'en égard à la systématisation dont le droit classique ne cessa d'être l'enjeu à partir de la fin de la République, ce dont l'apparition des premiers inventaires des sources du droit positif sous l'Empire est elle-même un signe certain³⁸.

En somme, il est essentiel de voir que le cadre de référence n'est pas le même d'un système juridique à l'autre : le droit prétorien ne saurait s'entendre en opposition à un système de droit positif d'ores

³⁶ A. SCHIAVONE, « Forme normative e generi letterari. La cristallizzazione del *ius civile* e dell'editto fra tarda Repubblica e primo Principato », in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio*, gennaio-novembre 1996, Naples, 1998, p. 68 sq.

³⁷ L'évolution des actions *in factum* est ici intéressante. Pour sanctionner une situation non prise en compte par le *ius civile*, le préteur fut amené à délivrer d'autorité des *actiones in factum*. Ainsi en fut-il pour le commodat et le dépôt, contrats non reconnus par le droit civil. Il y avait bien une action pénale (au double) contre le dépositaire infidèle (*Coll.* 10, 7), mais pas d'action civile (au simple) en restitution de la chose. Or on constate dans la rédaction définitive de l'édit (au II^e s. ap. J.-C., tel qu'il fut reconstitué par le romaniste Otto LENEL au XIX^e s.) qu'il existe pour le commodat et le dépôt une action *in factum* et une action *in ius* (GAIUS 4, 47). De là à penser que la première a donné naissance à la seconde et que ce qui fut d'abord de « fait » (sans autre qualification juridique que la relation brute à laquelle l'action conférait *in factum* sa forme type) fut assumé par la suite au rang de « droit », suscitant la catégorie (et le nom) d'un nouveau contrat *in ius*, il n'y a qu'un pas. O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, trad. de l'allemand par Fr. Peltier, II, Paris, 1901-1903, p. 1.

³⁸ J. GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *APD* 31 (1986), p. 11 (qui curieusement n'en fait pas état).

et déjà clôturé sur la liste canonique de ses sources. Non seulement le droit prétorien ne fut pas récupéré par les « sources formelles classiques » (au sens où le *soft law* d'aujourd'hui énonce le *hard law* de demain), mais il fut l'agent de leur mise en système, une fois rétrospectivement advenu à la conscience le principe de l'alternative qu'il a d'emblée et par vocation proposée au droit en vigueur !

Loin d'être présupposée à l'origine, l'opposition de Papinien apparaît comme le degré ultime de systématisation auquel soit arrivé le droit classique. Degré ultime qui en arrête également les limites, jusques et y compris le droit de Justinien, comme on n'a pas le temps de l'évoquer ici, malgré l'importance de la perspective qui en résulte au passage *télescopique*, entre les droits ancien et moderne, de la notion d'action à celle de droit subjectif, ou de l'archétype procédural à son actualisation substantielle.

Le droit romain nous encourage à penser la manière dont un système juridique se constitue et évolue sur la longue durée sans solliciter de manière expresse l'intervention de la coutume (*mos* ou *consuetudo*). Est-ce à dire que la société romaine en ignorait complètement le rôle et la nature à la source des pratiques prescriptives ? Il est bien sûr que non. Il suffit pour se convaincre du contraire de songer à Gaius ouvrant ses *Institutes* par l'évocation des peuples régis par les lois et les coutumes (GAIUS 1, 1 *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur...*), ou reconduisant, comme le font d'autres jurisconsultes, telles institutions à une origine coutumière³⁹ ; ou encore à l'importance revêtue par les coutumes locales dans les provinces du vaste Empire gréco-romain. On dira donc que la coutume n'apparaît pas comme telle dans les énumérations des sources du droit classique, mais seulement de manière indirecte, par le biais d'autres sources formelles, spécialement les édits des magistrats et les

³⁹ Comme la *pignoris capio*, ou action de la loi « par prise de gage », dont il précise qu'on en usait en vertu tantôt de la loi (*lege*), tantôt de la coutume (*moribus*), ainsi, en matière militaire, pour la solde du soldat ou l'achat de son cheval : GAIUS 4, 26-27 *Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege. Introducta est moribus rei militaris [...]*.

réponses des jurisconsultes⁴⁰. Certes. Mais l'énigme d'une présence innommée n'en demeure pas moins posée⁴¹...

L'analyse de l'action comme figure juridiquement qualifiée de la *relation* permet d'interroger plus avant une si singulière absence. Le formalisme de l'action éclaire la *nature relationnelle* du droit, en particulier dans le registre du droit privé, dont tous les principaux concepts sont issus de l'une de ces mises en forme typiques dont le nom et la formule figuraient dans l'édit du préteur (propriété, possession, obligations *ex contractu* ou *ex delicto*, etc.) En son invention le droit ne s'est pas tant imposé par le biais de *pratiques prescriptives*, ou d'injonctions contraignantes, quelle qu'en soit en définitive la *source* (roi sacré, tout ou partie de la société, sinon même le peuple législateur), que sur la base d'un canevas de *relations* typiquement configurées.

Aussi, s'il s'agit d'identifier au cœur du droit classique un *hard law* à la romaine auquel le droit prétorien aurait eu vocation à s'opposer, on ne trouvera pas un droit civil en position alternative duquel il ne se pensait pas encore, mais bien les cadres de l'*agir* et l'empire de la forme qui en constitue l'empreinte pérenne, ce que nous appelons la *forme normative*.

II. La forme normative, en quête de la « source fondatrice »...

Le formalisme constitue le trait le plus caractéristique de l'ancien droit romain, bien que le terme lui-même ne soit pas romain⁴². Il

⁴⁰ J.-H. MICHEL, *Éléments*, *op. cit.*, p. 23 ; J. GAUDEMET, « La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement à Rome », in *Études de droit romain. I. Sources et théorie générale du droit*, Naples, 1979, p. 23.

⁴¹ D'autant que les rhéteurs l'avaient mentionnée, quant à eux, en bonne place, qui, comme CICÉRON (*De inv.* 2, 22, 67), dégagèrent le double fondement de la longue durée (*vetustas*) et du consentement unanime (*voluntas omnium*) que reprendront aux II^e et III^e s. JULIEN (84 *Dig.*, *Dig.* 1, 3, 32, 1) et ULPPIEN (1 *Off. proc.*, *Dig.* 1, 3, 33).

⁴² J.-H. MICHEL, *op. cit.*, fasc. II, p. 426 : « [...] le latin du droit romain ne fait pas usage d'un terme caractéristique qui, d'une manière générale, désignerait le formalisme ou les formes qu'il requiert. Tout au plus peut-on citer l'adjectif

« consiste à faire dépendre la validité d'un acte du respect de certaines formes ou formalités étrangères au contenu propre de l'acte lui-même », toute faute contre le formalisme étant sanctionnée par la nullité de l'acte pour vice de forme⁴³. Dominant le droit archaïque, il se maintient à travers la période classique et laisse des traces jusqu'à l'époque de Justinien.

Si les cadres primitifs du sacré et du juridique ont en commun⁴⁴ de reconduire à une *orthopraxie du geste et de la parole* (Scheid)⁴⁵ – soit, en dernière analyse, au sacrifice, dont les pontifes, on le rappelle, avaient l'expertise –, il ne se dessine pas moins aux origines de la *civitas* une expérience singulière de la *forme rituelle*, creuset d'une technique *sui generis* d'organisation du lien social. Celle-ci est à ce point irréductible aux modalités traditionnelles, coutumières, du vivre-ensemble qu'on se demande si une telle expérience n'a pas influencé, elle-même, les codes du *dialogue des Romains avec leurs dieux*⁴⁶, au lieu que ce fût l'inverse, selon l'*opinio communis*. Si on admet avec Durkheim, en effet, que la « formule juridique n'est qu'un succédané du formalisme religieux⁴⁷ », du moins la première ne manque-t-elle pas de présenter en droit romain une originalité foncière, des singularités irréductibles, sur lesquelles il nous reste à nous pencher.

solemnis (dont l'origine est obscure), "annuel", d'où "régulier". » Voir aussi, sur l'emploi répété des termes *solemne*, *prisca verba*, *instituta*, *rite*, *more*, pour exprimer la nécessité d'énoncer les formules consacrées par l'usage dans l'accomplissement des rites de la religion romaine (vœux, dédicaces, etc.) : E. VALETTE-CAGNAC, *La lecture à Rome*, Paris, 1997, p. 274.

⁴³ J.-H. MICHEL, *Éléments*, *op. cit.*, fasc. II, p. 425.

⁴⁴ R. ORESTANO, *op. cit.* [n° 14], p. 119 ; p. 189 *sq.*

⁴⁵ J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, Paris, 2001 ; D. PORTE, *Les donneurs de sacré*, Paris, 1989.

⁴⁶ Dont l'originalité est manifeste parmi les religions indo-européennes : J. SCHEID, « La parole des dieux. L'originalité du dialogue des Romains avec leurs dieux », *Opus* 6-8 (1987-1989), p. 125.

⁴⁷ É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit (1890-1900)*, Paris, 1969, XV^e leçon.

A. Questions d'exégèse

Quel sens, sinon quelle vertu reconnaître à l'empire de la forme aux commencements du droit ? Publicité, preuve, sécurité, sont les motivations généralement invoquées par les modernes à la source de telles contraintes devenues de nos jours, semble-t-il, résiduelles. Toutefois, loin de la condescendance des anciens⁴⁸ ou de l'incompréhension des modernes, un juste point de vue sur les formes originelles du droit, son fondement procédural, exige que l'on se détache d'un discours juridique strictement positif. Si on compare le formalisme primitif à un projecteur, on verra que l'interprète qui se contente d'appliquer les concepts hérités ne peut voir que ce qui est déjà connu, la réalité éclairée par le projecteur, la source de l'éclairage lui demeurant inaccessible. On ne peut gagner le sens et la fonction du dispositif qui présidait à la production des effets de droit dans l'ancien droit romain qu'en prenant ses distances à l'égard des schémas du droit classique qui en sont issus et qui, comme tels, ne peuvent rien révéler d'une origine que leur émergence, au contraire, dissimule.

L'examen rétrospectif du formalisme archaïque nécessite un surplomb par rapport à ce que les cadres du droit classique donnent à voir et à penser. Ce surplomb, une méthodologie nouvelle le procure, qui ne dédaigne pas les acquis d'autres disciplines (comme la sémantique historique, la linguistique ou encore l'anthropologie), pierre de touche d'une interprétation des documents du plus ancien droit romain qui prenne en compte un donné fondamental de l'expérience juridique : le langage, ainsi que les traces laissées par lui dans la langue latine et, *via* les langues romanes, dans les langues modernes elles-mêmes⁴⁹.

⁴⁸ Le discours pour Murena de Cicéron plaidé contre le grand jurisconsulte Servius, par ailleurs son ami, demeure à cet égard un petit bijou d'ironie. Voir J.-H. MICHEL, « Le droit romain dans le *Pro Murena* et l'œuvre de Servius Sulpicius Rufus », in A. Michel et R. Verdière (éd.), *Ciceroniana*. Hommages à K. Kumaniecki, Leiden, 1975, p. 18.

⁴⁹ Cette difficulté de méthode explique que, dans le droit fil d'une littérature juridique essentiellement *tautologique* et *sui-référentielle* (Thomas) prise à la lecture *ad libitum* de morceaux déjà lus dont les *gloses sédimentées* se constituèrent au fil des générations en *Écriture autonome du droit*, Aldo Schiavone manque

Patrimoine collectif doté d'une valeur historique, conservatoire de notions, de significations, de représentations et de visions du monde dont l'historien, à l'image du paléontologue dans les couches géologiques du sol, peut se mettre en quête, la langue latine a gardé l'empreinte d'une expérience d'autant plus structurante de l'imaginaire juridique des Romains qu'elle n'a pas interpellé leur conscience réflexive (pas plus, eu égard à ses fondements anthropologiques, que la nôtre), nous le savons.

Il s'agit ainsi d'identifier la mise en place concomitante de l'institution civique de procédures qu'identifie le verbe qui en désigne l'accomplissement *sui generis* dans la langue et selon la technique de l'ancien droit pontifical, le verbe *agere* (franç. « agir »). Verbe qui exprime dans les langues indo-européennes un mouvement en avant (« avancer, faire avancer »), il a développé en passant dans la langue du proto-latin pontifical une acception technique, performative, l'énonciation des formules auxquelles il a donné son nom, formules de l'*agir*, ou *actiones*, pour offrir au lexique spécialisé du droit un de ses termes fondamentaux (pensons encore aujourd'hui aux expressions « agir en justice, acte juridique, actes officiels », etc.). La valeur étymologique du mouvement ne disparaît pas, tant s'en faut, à la faveur du *néologisme de sens*⁵⁰ que lui vaut son emprunt par la langue juridique, qui donne au contraire à la parole que le verbe y signifie sa tonalité particulière : verbe d'une parole en mouvement, on dira :

d'en apercevoir la présence compacte à l'heure des fondations. Il en est de même de la synthèse par ailleurs exemplaire de Jean GAUDEMET, où on chercherait en vain la vision d'un tel ensemble : *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, 4^e éd., 2006. Sur la clôture de la littérature romanistique : Y. THOMAS, « Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », *APD* 22 (1977), p. 65.

⁵⁰ On ne résiste pas à citer encore cette phrase magistrale de Yan Thomas : « [...] l'objet premier de l'*ars interpretandi* [...] débouche inévitablement sur l'analyse sémantique et exige par conséquent que soient abordés des problèmes auxquels seule une réflexion théorique préalable donne au chercheur l'occasion d'être confronté. La question de la question devient ainsi : [...] les termes dérivés du langage courant [...] conservent-ils, dans leur contexte juridique nouveau, leur sens originel, ou ne se trouvent-ils pas au contraire, dès lors qu'ils appartiennent au champ juridique, transformés par ce qu'on pourrait appeler un néologisme de sens ? », Y. THOMAS, « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *APD* 19 (1974), p. 108.

d'une parole en action, une parole qui est action, manifestation *de soi* du sujet *agissant* dans l'espace de la parole publique (ainsi même constitué), et non information, message sur le monde.

Correctement appréhendé sur le plan de la structure sémantique de la langue latine, le verbe *agere* se donne à la source de la conception d'un espace de ritualisation originale de la relation de concitoyenneté (relation que signifie proprement la *civitas*)⁵¹ dans l'ancien droit romain : si l'aventure commence sous la période royale (avec le sacrifice comme base, sous le sceau d'une même technique de la parole, du plus ancien mode d'exécution publique à Rome, la décapitation à la hache, ou *securi percussio*, et l'expérience inaugurale du procès que fut la *sacramenti actio* sur laquelle nous allons revenir), elle montre des institutions parfaitement réalisées à l'époque des XII Tables – et non des moindres, comme nous le savons : la procédure judiciaire (*legis actiones*, ou *lege agere cum aliquo*), le mécanisme de la décision politique (*ius agendi* ou « droit d'agir » du magistrat avec le peuple, la plèbe et le sénat, *agere cum populo, cum plebe, cum senatu*), et l'acte juridique privé (*per aes et libram agitur*, ou *nexum Mancipiumve*)⁵².

Dans les lignes qui suivent, nous aurons principalement en vue le procès, non sans évoquer aux marges l'acte juridique privé et le mécanisme de la décision politique⁵³.

⁵¹ É. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, II, Paris, 1974, p. 272 (« Deux modèles linguistiques de la cité »).

⁵² Dont l'institution par les XII Tables indique que, de la forme à la norme, il n'y a bien qu'un pas, le citoyen dont le verbe s'énonce solennellement étant d'emblée reconnu à la source du ou de droit(s) : XII T. 5, 1 *Cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, « Quand il fera le *nexum* ou le *Mancipium*, comme la langue aura prononcé, qu'ainsi soit le droit (*ita ius esto*). » (Trad. J.-H. Michel). Cf. Code civil, article 1134, al. 1.

⁵³ Nous nous permettons de renvoyer à notre thèse en cours de publication : A. RUELLE, *Agir et dire sous la République romaine. L'antagonisme et son imaginaire aux sources du droit*, chap. IX-XIII (à paraître, éd. Schulthess, Zurich).

B. La sacramenti actio

Sous le régime de procédure des *legis actiones*⁵⁴, le paradigme du procès contradictoire délivre sur le sens des formes à l'empire desquelles il est intégralement soumis de riches perspectives tant juridiques qu'anthropologiques. La forme est ici au service d'une représentation de la *relation interpersonnelle* à l'échelle de la collectivité souveraine sous la figure d'un antagonisme irréconciliable entre deux adversaires. Arrêtons-nous ainsi sur l'extraordinaire *legis actio sacramento*, « action de la loi par enjeu sacré », qui non seulement pose les bases du principe contradictoire en procédure, mais constitue, dans sa version *in rem*, ou action en revendication, l'archétype procédural du droit de propriété. L'action de la loi par enjeu sacré était l'action générale (*actio generalis*), disponible à défaut de tout autre recours possible prévu par la loi, voire par la coutume (GAIUS 4, 13).

Voici l'exposé que nous en donne Gaius, au livre IV, § 16, de ses *Institutes*⁵⁵ :

Si le procès portait sur une chose, les meubles et les êtres (*mobilia quidem et mouentia*), du moins ceux qu'on pouvait apporter ou amener au tribunal, étaient revendiqués (*in iure uindicabantur*) devant le

⁵⁴ Le plus ancien et le plus formaliste des trois systèmes qui se sont succédé à Rome (GAIUS 4, 11.30).

⁵⁵ GAIUS 4, 16 : *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum : qui uindicabat, festucam tenebat ; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat :*

HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM ; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, *et simul homini festucam imponebat. Aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat : MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant.*

Qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat : POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAUSA VINDICAVERIS ?

ille respondebat : IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI.

Deinde qui prior uindicauerat, dicebat : QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO ; aduersarius quoque dicebat similiter : ET EGO TE ; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant.

tribunal de la manière suivante. Celui qui revendiquait tenait la baguette et disait :

« CET ESCLAVE-CI, MOI JE DIS QU'EN VERTU DU DROIT DES QUIRITES IL EST A MOI. CONFORMÉMENT À SON STATUT, COMME J'AI DIT, VOICI QUE J'AI MIS SUR TOI LA VINDICTE (?). » Et, en même temps, il mettait sur lui la baguette. Son adversaire disait et faisait de même (*Aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat*). Alors que chacun avait revendiqué, le prêteur disait : « LÂCHEZ L'UN ET L'AUTRE L'ESCLAVE. » Ils [le] lâchaient.

Celui qui avait revendiqué le premier disait : « JE DEMANDE SI, OUI OU NON, TU DIS POUR QUELLE RAISON TU AS REVENDIQUÉ » ;

l'autre répondait : « J'AI FONDÉ MON DROIT COMME J'AI IMPOSÉ LA VINDICTE. » Ensuite, celui qui avait revendiqué le premier disait : « PUISQUE TU AS REVENDIQUÉ À TORT, JE TE PROVOQUE POUR UN ENJEU DE 500 AS ». L'adversaire disait aussi : « ET MOI DE MÊME POUR TOI. » Ou, si l'on était au-dessous de mille as, ils mentionnaient l'enjeu de 50 as.

D'emblée, les plaideurs « armés » d'une baguette sont posés face à face, devant le prêteur, la chose litigieuse au milieu d'eux. La séquence verbale s'ouvre par l'affirmation rituelle, chacun saisissant alternativement d'une main la chose et tenant de l'autre la baguette (la *festuca*), de la formule consacrée (la *vindicatio*) selon laquelle la chose (un esclave dans l'exemple) est à lui. Il y aurait beaucoup à dire sur la structure énonciative de cette formule : l'essentiel est du moins sa composition purement dialogale, mimétique (au sens grec), basée sur l'accomplissement d'actes de langage performatifs, à la première personne, à l'exclusion de toute fonction référentielle du langage : HUNC EGO... MEUM ESSE AIO, « Moi je dis... que ceci à moi. » L'affirmation de soi par EGO est d'autant plus insistante que la désinence verbale suffit à indiquer la personne en latin. Toute formule *agonale* est vouée à manifester la *sur-présence* du sujet *agissant*, l'*acteur*, à la source de l'affirmation de droits et de puissances sur la scène de la collectivité souveraine.

Bien sûr, figure de la relation, les plaideurs sont deux à s'affirmer ainsi de même : *aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat*, et l'autre de faire et de dire la même chose, en miroir. Il en résulte, au terme de ce premier échange d'une séquence qui en comporte trois, une situation d'indifférenciation idéalement stylisée entre les deux plai-

deurs qui, ayant *dit et fait de même*, se retrouvent *les mains entrecroisées* sur la chose⁵⁶, situation dont la paralysie évoque l'imminence d'une *véritable violence*, tant il est vrai que la double mainmise, écrit le grand romaniste français André Magdelain, apparaît comme «le prélude à une lutte armée qui n'aura pas lieu⁵⁷». Aussi voici sans désenparer le prêteur intervenir (son unique intervention durant toute la scène): il ordonne aux parties, à l'impératif, de lâcher l'homme: MITTITE AMBO HOMINEM, «LÂCHEZ L'UN ET L'AUTRE L'ESCLAVE.»

Faisons pour l'instant l'impasse sur la phase intermédiaire du second échange, dont le rôle de pivot dans le *crescendo* que stylise admirablement la séquence est essentiel (*infra*), et passons au troisième et dernier échange de la saynète, son paroxysme, où les adversaires désormais déclarés se lancent un défi réciproque, la *provocatio* au *sacramentum*: «PUISQUE TU AS REVENDIQUÉ À TORT (*quando tu iniuria vindicavisti*), JE TE PROVOQUE POUR UN ENJEU (*sacramento te provoco*) DE 500 AS», dit le premier revendiquant, à quoi riposte aussitôt le second (*et ego te*).

«Enjeu sacré», le *sacramentum* était anciennement un serment d'exécration par lequel chaque plaideur se dévouait par avance aux dieux infernaux pour le cas où il perdrait le procès. Complètement laïcisé dès les XII Tables, il y devient un «simple» pari, une mise en argent engagée par chacun et perdue au profit du trésor public par le plaideur qui succombe. La figure du pari constitue le paradigme du procès romain classique jusqu'à la rédaction définitive de l'édit par Salvius Julien au début du II^e siècle de notre ère (à l'heure où apparaissent aussi les premiers inventaires des sources)⁵⁸. Le procès

⁵⁶ D'où l'expression technique *ex iure manu(m) consortum*. AULU-GELLE 20, 10, 7-10; CIC., *Mur.* 26; VARRON, *L.* 6, 64; FESTUS L. p. 145, *v*^o «mundum».

⁵⁷ A. MAGDELAIN, «Quirinus et le droit», in *Ius Imperium Auctoritas*. Études de droit romain, Rome, 1990, p. 259.

⁵⁸ Où les procédures «pénales» (*cum poena*, «avec pénalité», *cum periculo*, «avec enjeu») à fonction introductive d'instance, les *sponsiones poenales* (*per sponsionem agere*), qui en incarnent la figure dès le milieu du III^e s. av. J.-C., disparaissent pratiquement (hormis dans certains interdits possessoires, GAIUS 4, 141), pour être recyclées au nombre des voies de procédure contre les procès frauduleux et la chicane (GAIUS 4, 171.174). Voir A. RUELLE, *op. cit.*, chap. III-V.

n'est pas une opération neutre en droit romain, mais un pari à haute valeur agonistique ajoutée, qui suscite son propre enjeu de procédure, indépendamment des intérêts pécuniaires au fond du droit (*de re, de re pecuniaria*).

Inutile, puisque nos sources sont muettes à ce sujet, de se demander comment la contestation était tranchée (nous y reviendrons brièvement), l'essentiel étant bien dans la structure de la décision, la mise en scène d'une réciprocité si parfaite qu'elle a dissous toute différence entre les protagonistes au point de les confondre jusqu'au stade ultime du risque pris, anciennement, de la vie et de la mort par chacun, seul signe certain d'une décision *logiquement* improbable...

Quel sens donner à tout cela? Tant les anciens que les modernes donnent des clés pour comprendre les enjeux anthropologiques de cette extraordinaire procédure.

1. *Festuca et res Mancipi*

Commençons par la *festuca*. Pourquoi un tel usage? Gaius nous l'apprend: simple *fétu*, la *festuca* symbolise la lance de guerre, ou *hasta*, signe elle-même d'une juste propriété dans l'ordre civil (*signo quodam iusti domini*) où sont réputées être par excellence à soi (*maxime sua*) les choses prises aux ennemis (*ex hostibus cepissent*)⁵⁹. Il s'agit donc du motif du butin, ou *occupatio bellica*, comme cause idéale d'une appropriation entre toutes supérieure (*maxime sua esse*) parmi les causes d'acquisition de la propriété civile. Transposée dans l'ordre du discours que stylise la *legis actio*, la logique de la forme fait communiquer dans le symbole de la *festuca* à la fois le geste d'appropriation de biens gagnés à l'occasion de guerres ou de razzias⁶⁰ et l'affirmation performative, *en vainqueur*⁶¹, par chaque plaideur que la chose litigieuse est à lui dans l'ordre de l'*agir*.

⁵⁹ GAIUS 4, 16 *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*, « On se servait de la *festuca* comme d'une lance, en signe de juste propriété, parce qu'étaient réputées être par excellence à soi (*maxime sua*) d'une juste propriété les biens pris aux ennemis. »

⁶⁰ Pour plus de détails: A. TESTART, « Autour du droit de pillage », *Droit et Cultures* 45/1 (2003), p. 9.

Un complément d'information se déduit à cet égard de la nature des choses susceptibles de faire l'objet de l'acte de transfert de la propriété qu'est le *mancipium* (ou *mancipatio*, dans une langue plus récente), qui paraît très instructif pour éclairer le type de rationalité à l'œuvre à la matrice d'un concept aussi central que le droit de propriété.

Relèvent du *mancipium* les *res Mancipi*, acte auquel elles doivent leur nom (GAIUS 2, 22) : anciennement⁶², ce sont les esclaves et les animaux qui, précise Gaius (GAIUS 2, 16), se domptent par le col et le cou (*collo dorsove*), soit les grands quadrupèdes domestiques (cheval, âne, mulet, bœufs, etc.) Il s'agit de la plus ancienne classification parmi les choses du droit romain. Comment en expliquer le ressort ?

L'évocation du domptage par le col et le cou montre qu'il s'agit de la suprématie conquise par le dompteur sur l'animal, que sa victoire a laissé maître et seigneur de l'être soumis par la force à sa volonté. Le critère d'identification des choses dont il y avait jadis propriété (et transfert de la propriété)⁶³ est ainsi le prestige physique et moral résultant, pour l'homme⁶⁴, de la maîtrise exercée sur les grands quadrupèdes « domptés par le col et le dos ». De même, les esclaves intègrent la catégorie en raison du prestige né de la lutte et

⁶¹ Le dépouillement des contextes d'emploi du verbe *agere* confirme que, sémantiquement, le sujet-agent est un vainqueur et, l'objet agi, un vaincu, aux pôles du procès qu'il désigne. Dans le lexique militaire, du reste, le verbe s'applique techniquement à l'action d'emmener, parmi le butin, les *animalia*, les *res se moventes* (cf. les *mobilia atque moventia* de GAIUS 4, 16), soit les êtres animés (l'ennemi vaincu réduit en esclavage et ses animaux domestiques), comme le signale encore Gaius dans son *Commentaire aux XII Tables* : GAIUS (3 ad L. XII Tab.) Dig. 50, 16, 235pr.

⁶² Les immeubles, ainsi que les servitudes rurales (*iura praediorum rusticorum*), ont selon toute vraisemblance été ajoutés par la suite, dans les XII Tables. J.-H. MICHEL, « Pourquoi l'usucapion des immeubles durait-elle deux ans ? », in *Synthèses romaines. Langue latine – Droit romain – Institutions comparées*, Gh. Viré (éd.), Bruxelles, 1998, p. 118.

⁶³ Le mot archaïque *mancipium* confondant encore le droit, l'acte et la chose qui en constitue l'objet dans une terminologie unique.

⁶⁴ Facteur qui a pu s'avérer décisif à l'origine de l'infériorité de la condition féminine depuis le néolithique : J.-H. MICHEL, « La révolution néolithique et l'infériorité de la condition féminine », in *Synthèses romaines, op. cit.*, p. 1.

de la victoire qui entoure l'homme ramenant le butin dont ils font la substance.

En d'autres termes, et l'étymologie indo-européenne du verbe *agere* permet d'étayer ces conclusions (cf. grec *agôn*, « rivalité, concours »⁶⁵), loin de trouver aux origines procédurales de la propriété une rationalité de type économique ou « sécuritaire » (au sens de l'individualisme possessif chez Locke), c'est bien d'une *rationalité de pur prestige* dont il est question, prestige associé à la domination physique et à la suprématie qui en procède dans l'ordre des rapports sociaux, conformément aux valeurs aristocratiques des anciens, mais d'une manière que les procédures *agonales* ont rendue à jamais emblématique des institutions de la cité.

Notons que les juristes classiques avaient déjà intériorisé le principe de cette classification. Gaius soutient ainsi des *res Mancipi* qu'elles étaient les choses assez précieuses (GAIUS 1, 192 *res pretiosiores*), privilégiant un critère économique qui sévit jusqu'à aujourd'hui dans la doctrine romaniste. Or l'utilité indéniable que les grands quadrupèdes domestiques procurent à l'homme (à des fins sacrificielles, agricoles, industrielles, commerciales, notamment pour le transport, militaires, ludiques, pour les jeux du cirque, etc.) n'est pas la raison d'être de leur qualification comme choses susceptibles de la propriété civile. Car c'est bien pour avoir été domptés au préalable que ces animaux peuvent *ensuite* recevoir une destination particulière, sacrale, économique ou militaire⁶⁶.

Au même titre que les captifs, les grands animaux furent le prétexte d'une lutte au second degré dans l'arène des rapports réciproques entre concitoyens. Stylisée sous la figure de l'*agir*, cette lutte au second degré est proprement juridique, interpersonnelle, civique.

⁶⁵ Le substantif *agôn* porte le trait « rivalité, concours » dès ses emplois homériques (« [assemblée avec] concours » dans l'épopée, « jeux, concours » en grec classique), ainsi que l'ont désormais établi les travaux de J.D. ELLSWORTH : v. not. « The Meaning of AGON in Epic Diction », *Emerita* 49 (1981), p. 97.

⁶⁶ Sur la critique de la conception économique des *res Mancipi* comme choses à destination exclusivement agricole : F. DE VISSCHER, « *Mancipium* et *res Mancipi* », in *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milano, 1949, p. 193.

Son enjeu : la prévalence, la suprématie⁶⁷ manifestée entre concitoyens sur la scène de la collectivité souveraine à la source de l'affirmation de droits personnels et propres, sur le modèle opératoire au plan du langage de celle conquise par la force physique dans le contexte du domptage ou de la lutte armée.

2. *Lis et iurgium*

Cicéron et Aulu-Gelle nous encouragent à insister sur un tel déplacement de l'axe de la lutte. Commençons par Cicéron, qui donne l'amorce pour une analyse de la *sacramenti actio* sous la figure du duel et de la guerre.

Cicéron met en œuvre une différence terminologique entre deux genres de la discorde, le *iurgium* (« la querelle, la brouille ») et le *lis* (*lis*, *litis*, « le procès, l'objet du litige ») : *Rep.* 1, 4 [...] *benevolorum concertatio non lis inimicorum, iurgium dicitur*, « une lutte entre [personnes] bienveillantes n'est pas un litige entre ennemis, mais une querelle. » Simple brouille, le *iurgium* intervient entre des adversaires conciliants ouverts à une solution de compromis (*benevolorum concertatio*) : *iurgium levior res est*, commente Nonius Marcellus⁶⁸. Le procès qu'est le *lis* oppose au contraire deux ennemis irréconciliables (*lis inimicorum*) : en lieu et place de la *benevolentia* se tisse un lien plus solide, un sentiment d'hostilité (*inimicitia*, *odium*)⁶⁹ où domine le souci d'*abattre* l'adversaire pour le soumettre à sa volonté.

⁶⁷ Soit le *krátos* indo-européen, défini par Benveniste comme « supériorité, prévalence » dans une épreuve de force ou d'habileté, d'une part, domination, « pouvoir (d'autorité) comme un avantage personnel et permanent », d'autre part. Le *krátos* étant un *pur différentiel dans l'épreuve*, souligne le grand comparatiste, il ne doit être confondu ni avec la force physique ni avec la force d'âme. É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, 1969, p. 77.

⁶⁸ Non. Marc. 430 (p. 695) : « Le *iurgium* est affaire assez légère (*iurgium levior res est*) ; se dit d'une dissension ou d'une lutte entre [personnes] bienveillantes ou proches (*inter benevolos aut propinquos*) ; la dissension entre ennemis (*inter inimicos*) est appelée *lis*. »

⁶⁹ Un passage du *De oratore* (2, 72) oppose en termes symétriques *benevolentia* et *odium*, « haine ».

L'allusion par Cicéron à la guerre à propos du *lis* qu'est la *sacramenti actio* est des plus intéressantes. A bien y regarder, l'action générale de l'ancien droit romain se confond avec la figure du duel, dont elle trace l'épure au fondement de l'organisation juridique, civique, du lien social. N'hésitons pas à prendre cette amorce au sérieux : René Girard qui, dans son dernier ouvrage, *Achever Clausewitz*, emboîte le pas au grand théoricien prussien de la guerre Carl von Clausewitz, montre qu'il n'est nullement excessif de penser l'institution de la cité sous l'horizon de l'adversité (sinon de l'hostilité)⁷⁰.

Conduire par le détail une telle analyse nous mènerait bien sûr beaucoup trop loin. Une contribution en cours y est consacrée, mais quelques mots s'imposent tout de même, dont le lecteur pardonnera l'extrême concision, tant elle est évocatrice pour notre propos sur les fondements anthropologiques du droit civil.

3. Le duel

Commençant par définir la guerre du point de vue de *son essence* : le duel, Clausewitz campe la figure de deux lutteurs : « La guerre n'est rien d'autre qu'un duel à une plus vaste échelle. Si nous voulions saisir en une seule conception les innombrables duels particuliers dont elle se compose, nous ferions bien de penser à deux lutteurs. Chacun essaie, au moyen de sa force physique, de soumettre l'autre à sa volonté ; son destin immédiat est d'abattre l'adversaire, afin de le rendre incapable de toute résistance. La guerre est donc un acte de violence destiné à contraindre l'adversaire à exécuter notre volonté⁷¹. »

Deux *grandes intuitions* (Girard) de Clausewitz sur la guerre permettent de donner à l'analyse anthropologique de la *sacramenti actio* sa pleine (dé)mesure : la *montée aux extrêmes* et le *primat de la défense sur l'attaque*.

⁷⁰ R. GIRARD, *Achever Clausewitz*. Entretiens avec B. Chantre, Paris, 2007 (voir spéc. le chap. I).

⁷¹ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, trad. D. Naville, Paris, 1955, p. 51. Cité par R. GIRARD, *op. cit.*, p. 30.

La *montée aux extrêmes* exprime la tendance aux extrêmes qui caractérise *l'action réciproque*: au cœur de la relation telle que la guerre la structure, celle-ci situe les actes de violence respectifs de chaque adversaire dans la continuité d'un enchaînement rigoureux. La guerre est ainsi « [...] un acte de violence et il n'y a pas de limite à la manifestation de cette violence. Chacun des adversaires fait la loi de l'autre, d'où résulte une action réciproque qui, en tant que concept, doit aller aux extrêmes⁷². »

La représentation de l'antagonisme montant aux extrêmes est au cœur de la stylisation de la *sacramenti actio*, dont la séquence consiste à passer en l'espace de trois échanges d'une phase encore relativement paisible d'appropriation tendue vers la possession de la chose au défi, stylisation verbale du duel. L'enchaînement des actions croisées croît en intensité de manière continue et débouche inéluctablement sur le duel auquel se provoquent réciproquement les parties.

Le *primat de la défense sur l'attaque* signifie que le défenseur est celui qui met en action le concept de guerre, le premier à concevoir l'idée de deux partis opposés. En d'autres termes, l'attaque n'a pas tant pour objectif absolu le combat que la prise de possession de la chose. Le conquérant veut la paix, le défenseur veut la guerre. Il s'ensuit que l'attaquant est toujours en position de faiblesse.

Pour voir ce principe à la matrice de la composition de la *sacramenti actio*, il faut en revenir au deuxième échange de la séquence, dont le rôle de pivot fut déjà souligné. Rappelons que le premier échange avait laissé les deux plaideurs *ayant fait et dit la même chose*, les mains entrecroisées sur la chose, soit, parfaitement indifférenciés⁷³. La seule différence assignable entre eux demeure à ce moment une différence de *position*, en fonction de l'ordre entre les tours de parole au sein de l'interaction. Aussi, le prêteur leur ayant ordonné de lâcher la chose, l'initiative de l'attaque revient-elle au

⁷² C. VON CLAUSEWITZ, *op. cit.*, p. 53. Cité par R. GIRARD, *op. cit.*, p. 32.

⁷³ Il en résulte que la *legis actio* ne permet pas de distinguer entre un demandeur et un défendeur, au contraire de ce qu'il en sera de la revendication classique, où le défendeur a l'avantage de la possession, c'est-à-dire de la défense (*beati possidentes*), avec ses conséquences appréciables du point de vue de la charge de la preuve.

premier revendiquant. Le voici contraint *d'embrayer* en interrogeant son adversaire sur les raisons de son geste, basculant dans l'ordre de la rationalité discursive, en quête d'éléments susceptibles d'intervenir dans la définition d'une « cause » logiquement assignable et réfutable : « JE DEMANDE SI, OUI OU NON, TU DIS POUR QUELLE RAISON (*qua ex causa*) TU AS REVENDIQUÉ ». A quoi, cinglant, le second répond : « J'AI FONDÉ MON DROIT (*ius feci*) COMME J'AI IMPOSÉ LA VINDICTE. »

Bien loin d'emboîter le pas à son adversaire, celui-ci réitère la valeur de vérité assertorique de son affirmation première. Refusant toute issue raisonnable et raisonnée du conflit, mais inflexible sur l'axe de la pure performance « oratoire » et de sa logique propre, intersubjective, agonale, il est bien celui qui conçoit l'idée de deux partis opposés, qui met en action le concept de guerre : la chose n'est pas à lui pour telle raison particulière et réfutable, mais de manière absolue et irréfutable : parce qu'il l'a dite sienne conformément au rite⁷⁴. La logique oratoire dans laquelle il s'inscrit transcende l'ordre de la démonstration rationnelle. Sa vérité énonce *en même temps ce qui a été, ce qui est et ce qui sera*. Loin de chercher l'accord avec la réalité, « elle est d'une réalité supérieure à la réalité⁷⁵ ».

Et voici le premier revendiquant dénié une seconde fois, non plus pratiquement, au plan du geste d'appropriation, mais métaphysiquement, dans l'ordre de l'antagonisme qui en résulte. On comprend qu'il n'ait plus d'autre issue, à moins de perdre le procès et la face par la même occasion, que la contre-attaque : le défi, qui sera lui-même, et pour les mêmes raisons, réciproqué. Répercutée au niveau de la dernière phase, l'indifférenciation liminaire révèle finalement ses conséquences tragiques.

⁷⁴ Comme l'écrit bien Louis Gernet : « [...] au moment où il semble [...] qu'il soit tenu de le faire (= produire son titre), il répond de façon déconcertante en se justifiant par le seul fait qu'il a accompagné le rite de la *vindicta* : ce qui a bien l'air de répondre à la question par la question ». L. GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, préface de J.-P. Vernant, Paris, 1968, p. 263.

⁷⁵ GARAPON A., *Bien juger*, op. cit., p. 190.

4. Doubles homériques

L'évocation de la tragédie est particulièrement stimulante dans la perspective d'une anthropologie comparée de la cité antique. Les rapports entre le procès et la tragédie sont bien connus, certes, mais a-t-on suffisamment remarqué qu'ils relevaient bien davantage d'un effet de structure que de contenu, de forme que de fond ? Car c'est bien d'un *formalisme déterminé par l'hostilité* (Lloyd) dont il est question au principe de l'institution civique, en amont de l'emprunt *ratione materiae* par la tragédie de contenus déterminés à la sphère du droit (familles, successions, contrats, crimes et châtements, etc.)⁷⁶. Un tel souci de la symétrie et du parallélisme est constant dans la composition tragique, en effet, ainsi qu'en témoigne, en particulier, la figure de l'*agôn*, ou paire de discours opposés de longueur égale entre deux héros, qui forme la scène centrale de toute pièce tragique ou comique⁷⁷.

Le parallèle avec le rituel du défi homérique n'est pas moins évocateur aux horizons d'une projection dans l'ordre du langage de la figure du duel, support pour une mise en forme inédite du lien social. Même si le rituel homérique reste tributaire de la violence physique comme facteur de la décision, il fait jouer à la formule performative *eúchomai éinai* («j'affirme que je suis») un rôle particulier : l'antagonisme y est stylisé sur la base d'une parole formulaire à la première personne qui, vouée à manifester *la valeur individuelle et distincte* au combat de celui qui l'énonce, devient elle-même l'arène

⁷⁶ Et bien sûr le thème du juge et du procès lui-même : Fr. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, 2004, p. 83 sq.

⁷⁷ M. LLOYD, *The Agon in Euripides*, Oxford, 1992, p. 1 sq. ; J. DUCHEMIN, *L'Agôn dans la tragédie grecque*, Paris, 1969, p. 166 ; S. KLIMIS, *Le statut du mythe dans la Poétique d'Aristote. Les fondements philosophiques de la tragédie*, Bruxelles, 1997, p. 70 («[...] le degré le plus intense de l'émotion tragique est atteint lors de la confrontation d'arguments incompatibles, bien que d'égale valeur») ; P. MAZON, *Essai sur la composition des comédies d'Aristophane*, Paris, 1904, p. 173 («Toute comédie est un combat ; la scène essentielle de toute pièce d'Aristophane est l'*agôn*»).

du rapport de force qui divise et tout à la fois rapproche dangereusement les adversaires⁷⁸.

5. *Vis bellica et cruenta et vis festucaria et civilis*

Venons-en, pour boucler ces réflexions, au commentaire d'un célèbre poème d'Ennius⁷⁹ par Aulu-Gelle, l'auteur des *Nuits attiques*, au II^e siècle de notre ère, qui en dresse comme la synthèse. L'auteur procède aussi à une distinction, comme Cicéron, entre deux formes de violence (*vis*⁸⁰) : une *vis bellica et cruenta*, « guerrière et sanglante », tournée vers le dehors, vers l'ennemi extérieur, et une *vis festucaria et civilis*, « symbolique et civile », tournée vers le dedans, vers l'ennemi de l'intérieur qu'est, chose surprenante, le concitoyen auquel on dispute « simplement » une chose, violence *festucaire* non moins *effective* aux sources d'une conception réinventée du lien social, creuset d'une véritable rupture dans le contexte des mondes traditionnels, coutumiers, anciens.

⁷⁸ La formule est émise à l'ouverture et lors de la clôture du rituel du défi. Le héros prend l'initiative de lancer le défi par l'entame d'une *suite orale* avec apostrophes, injures et énonciation, sous la dépendance de *eúchomai éinai*, de la lignée à laquelle il appartient. La même suite est répétée avec les mêmes éléments par le héros provoqué. Après que le combat singulier que solde le plus souvent la mort de l'un des protagonistes a eu lieu, la suite orale reprend avec le discours de triomphe du vainqueur, qui cette fois revendique le titre de « meilleur » (*áristos*) à l'appui de la même formule : *eúchomai éinai áristos*, « je proclame solennellement que je suis le meilleur ». Fr. LETOUBLON, « Comment faire des choses avec des mots grecs. Les actes de langage dans la langue grecque », *Cahiers de philosophie ancienne*, 5, *Cahiers du Groupe de recherches sur le philosophie et le langage*, 6-7, Bruxelles-Grenoble, 1986, p. 82-84.

⁷⁹ ENNIUS Fr. 276 M. 187 B (ap. Aulu-Gelle 20, 10, 4).

⁸⁰ AULU-GELLE 20, 10, 10 : « Aussi Ennius a-t-il voulu dire que, contrairement à l'usage devant le préteur, [on ne lutte] pas par les actions légitimes (*legitimis actionibus*) ni en croisant les mains selon le rite (*ex iure manum consortum*), mais par la guerre et l'épée (*bello ferroque*), d'une violence vraie et intégrale (*vera vi atque solida*) ; il paraît avoir comparé cette violence civile et symbolique (*vim illam civilem et festucariam*), qui se dit par les paroles (*quae verbo diceretur*), sans en venir aux mains (*non quae manu fieret*), avec la violence guerrière et sanglante (*cum vi bellica et cruenta*). »

C. *Le ius agendi du magistrat*

Avant de tirer de ces données quelques mises en perspective aux sources du droit, évoquons d'un trait rapide le mécanisme de la décision politique, le *ius agendi*, ou « droit d'agir » du magistrat (consuls et préteurs) avec le peuple, la plèbe ou le sénat, pour le vote des lois, des plébiscites, des sénatusconsultes et pour l'élection des magistrats du peuple romain. Il est impossible d'évoquer ici le détail de ces procédures complexes⁸¹, mais du moins semble-t-il opportun de souligner l'identité de principe d'une *forme de l'agir* mise ici aussi au service d'une stylisation de la relation interpersonnelle telle qu'elle se déploie, sur la scène de la collectivité souveraine toujours, non entre deux particuliers se disputant une chose (*in rem*) ou une prestation que l'un devrait à l'autre (*in personam*), mais entre le magistrat et une assemblée politique dûment convoquée par lui, comices populaires, centuriates ou tributes, et sénat, quant à une proposition⁸² qu'il soumet à ses suffrages.

La différence fondamentale entre la *legis actio sacramento* et le *ius agendi* procède de la position qu'occupent les acteurs sur l'axe vertical, qui est l'axe des hiérarchies, de la relation. Alors que la première met en présence des sujets indifférenciés entre lesquels la scénographie de l'action détruit sciemment toute différence, le *ius agendi* présuppose et maintient une dissymétrie entre les sujets en interaction, le magistrat occupant la position haute par rapport à l'assemblée, en position basse, d'une manière radicale avec le peuple, plus nuancée politiquement, bien que non moins certaine procéduralement, avec les sénateurs⁸³.

Aussi discerne-t-on aux origines de l'institution juridique de la *civitas* un double modèle de la relation interpersonnelle, idéalement symétrique entre les « ennemis » que sont les plaideurs affrontés par un « enjeu sacré » dans le procès, dissymétrique dans le contexte du

⁸¹ On verra, pour les comices centuriates, le beau livre de Claude NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, 1976, chap. VII.

⁸² Un acte de langage ici aussi, une interrogation : *rogatio* avec les comices (AULUGELLE 13, 16, 2-3), *relatio* (de *referre*), avec le sénat, d'où, évolution sémantique éloquente s'il en est, le français « relation ».

⁸³ Pour plus de détails : A. RUELLÉ, *op. cit.*, chap. XI.

mécanisme de la décision politique, entre les « amis » que sont les membres de l'élite sénatoriale en compétition féroce les uns avec les autres pour la conquête d'un pouvoir auquel le peuple souverain, même s'il en est largement exclu, participe activement (par ses suffrages) comme à la manière d'un tiers arbitre ⁸⁴.

D. La source fondatrice

L'analyse des procédures de l'*agir* conduit plutôt vers une anthropologie du droit en SA source (fondatrice) qu'aux sources (formelles) du droit romain. De l'*agir* se dégage un *modèle anthropologique* susceptible de lever le voile sur les *complexités humaines* dont l'horizon extra-juridique apparaît en définitive comme LA source fondatrice et transcendante d'un système juridique ⁸⁵.

La *forme* normative (dont l'expression est bien sûr un clin d'œil) révèle ainsi le substrat anthropologique de la *force* normative, cette force qui *ne s'origine pas dans le droit lui-même, mais prend plus profondément sa source dans les êtres humains* ⁸⁶, on ajoutera : dans les relations humaines, les rapports réciproques entre les hommes. Loin de reconduire à « l'Homme universel, rationnel et abstrait des Lumières », souligne Catherine Thibierge pour le droit moderne, la source fondatrice nous fait pénétrer au cœur des complexités de notre commune humanité, celles-là mêmes que le droit romain permet d'éclairer d'une dimension significativement omise par l'auteur dans le détail qu'elle dresse de ces dernières : « [...] les hommes dans toute leur complexité humaine : dans leurs peurs, dans leurs espoirs et leurs

⁸⁴ Voir K.-J. HÖLKESKAMP, *Reconstruire une République. La « culture politique » de la Rome antique et la recherche des dernières décennies*, trad. de l'all. par Cl. Layre et Fr. Hurlet, Paris, 2008.

⁸⁵ Sur la *source fondatrice* : I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 9 ; sur la norme comme *modèle*, pour la compréhension de laquelle les figures de l'*agir* offrent un point de vue exemplaire : *ibid.*, p. 19.

⁸⁶ C. THIBIERGE, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles, Paris, 2009, p. 821.

idéaux, dans leur langage, dans leur besoin de symboles et de mythes, dans leur capacité d'adhésion et de résistance [...] ⁸⁷ ».

Quelle est cette dimension dont l'omission est si significative ? On pourra l'envisager de deux manières : sous l'angle intersubjectif, il s'agit du *désir*, non le désir *objectal* selon Freud, qui n'est ici d'aucun secours, mais le désir *mimétique* selon Girard, dont l'analyse des rapports d'imitation réciproque entre les hommes, tels qu'il en fit l'observation dans les grands romans modernes, constitue un instrument précieux pour tenter de sonder la *complexité* des relations humaines en dépassant l'échec de la vision rationnelle de l'univers, en particulier social, élaborée par les Lumières au XVIII^e siècle ⁸⁸. Au creux des *plis* et des *détours* de la « nature humaine », les cadres de l'*agir* révèlent le ressort du désir, puissance paradoxale de structuration des interactions sociales : désir de gloire et de suprématie (*cupido gloriae*) appelé mimétiquement à buter sur *l'autre*, modèle du désir et donc rival à la fois, désir d'être et d'immortalité aussi, désir enfin de cette *lumière éclatante que l'on nommait jadis la gloire* si bien mis en évidence par Hannah Arendt dans sa belle analyse de l'action et de la parole dans l'univers de la cité antique, dont l'épopée fournit aux sources grecques de la tradition une première et d'emblée magnifique élaboration littéraire ⁸⁹. Doit-on vraiment être surpris d'en retrouver la substance au principe de l'organisation juridique de la cité ?

Ainsi s'explique que les figures de l'*agir* soient organisées de manière à assurer la mise en vedette du sujet *agissant* tel que son activité

⁸⁷ *Ibidem*. Cité par I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 22. On note non sans amusement que le projet de remonter à la nature humaine (*ab hominis natura*) pour y puiser (*haurire*) en ses fondements ultimes (*penitus ex intima philosophia haurienda iuris disciplina*) la nature du droit (*iuris natura*) était déjà celui de CICÉRON dans le *De legibus* (1, 5, 17) ! La différence est toutefois palpable entre l'approche d'une nature essentielle de l'homme selon les Anciens, dont l'esprit imprègne encore la philosophie des Lumières, et le dédain contemporain de toute essence face à une « complexité humaine » à l'étude de laquelle on commence seulement à s'attacher.

⁸⁸ R. GIRARD, G. VATTIMO, *Christianisme et modernité*. Entretiens menés par P. Antonello, trad. de l'italien par R. Temperini, Paris, 2006, p. 79.

⁸⁹ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, trad. de l'anglais par G. Fradier, préface de P. Ricœur, Paris, [1961] 1983.

le transforme (voix, visage, gestes) et l'*exhibe* dans l'espace d'une confrontation qui le manifeste, au risque du duel, à la source des droits et des prérogatives auxquelles il prétend sur la scène de la collectivité souveraine. Insistant sur la dimension de *révélation subjective* de l'action⁹⁰, Hannah Arendt souligne l'importance que joue l'esprit *agonal* (ou, selon l'étymon grec, agonistique) à la source de l'intégration civique, le goût pour la compétition comme occasion offerte à chacun « de se montrer tel qu'il est véritablement, c'est-à-dire d'accéder effectivement à l'apparaître et par là de devenir pleinement réel »⁹¹.

Sous l'angle objectif, la *source fondatrice* pose la question du désordre en ses rapports interlopes et non moins féconds avec l'ordre. Le discours du droit est toujours un discours sur l'ordre. L'ancien droit romain nous montre (sans discours)⁹² que le désordre est au cœur de l'ordre, la discorde l'âme de la concorde, la division au principe de cette unité à la fois puissante et paradoxale que cristallise le *lien de division* (Loraux) dans l'univers de la cité antique. Le *lien de division*... ou du paradoxe du conflit comme procédure créatrice d'unité « beaucoup plus sûrement et plus solidement que toutes les procédures consensuelles »⁹³, auquel Nicole Loraux a consacré de belles réflexions dans le cadre de la *pólis* grecque, – qui, d'une certaine façon, fut plus réticente à en assumer toute la radicalité⁹⁴ – ou

⁹⁰ « The disclosure of who » (« la révélation du "qui" »), révélation qui exige que l'homme apparaisse, soit vu et entendu par d'autres, d'où, la notion essentielle d'un *espace de l'apparence* résultant de la mise en commun des actes et des paroles constitutifs de l'action. H. ARENDT, *op. cit.*, p. 240 et la préface de P. Ricoeur, p. 22 *sq.*

⁹¹ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 256 *sq.*

⁹² Tant il est vrai, comme écrit si bien Louis Gernet, que « [...] la procédure *explicite* les notions juridiques. Et il faut se garder ici d'une conception intellectualiste de la "technique" : à l'origine la procédure n'a *précisément pas pour fonction d'appliquer des principes qui lui préexisteraient* : les principes n'ont d'être que dans la mesure où ils *sont agis* ; en d'autres termes, la conception du droit et des droits s'exprime immédiatement dans les rites juridiques » (nous soulignons). L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, p. 100.

⁹³ N. LORAUX, *La voix endeuillée. Essai sur la tragédie grecque*, Paris, 1999, p. 121.

⁹⁴ Et Nicole LORAUX d'interroger la stigmatisation par Platon, sous le nom de « procès et de séditions » (*díkai kai stáseis*), d'un art de la guerre qui s'exerce à l'intérieur de la cité et par lequel tous les moyens sont mis en œuvre pour se

encore de la mise en scène de la division dans l'espace de la parole publique au principe d'une conception complètement repensée, juridique, politique, du lien social. Quelques mots sur cet énigmatique sujet...

E. Un axe du juste

Aussi radicale soit l'action réciproque dans la *legis actio sacramento*⁹⁵, épurée sa représentation paroxystique, elle est loin de déboucher sur la violence que semblerait appeler la surenchère qui en constitue le principe (la *montée aux extrêmes*). Quel est ce mystère ? L'empire de la forme prend ici toute sa dimension, comme marque inégalable de la *prééminence du social* (Gauchet) sur la sphère ouverte à l'individu dans l'univers (par là-même encore pleinement « holiste ») de la cité antique, cet empire si paradoxal qu'il intègre l'antagonisme comme principe de structuration de la relation de concitoyenneté (d'où sa transparence en termes anthropologiques) tout en contenant les effets dans le cadre strict auquel il préside impérativement. Aussi le dévoilement de la violence qu'implique la scénographie de l'action s'avère-t-il un facteur d'ordre et de stabilité, à la source de nouveaux équilibres et pour une dynamique socialement créatrice à l'échelle collective.

La puissance d'indifférenciation et d'illimitation dont la scénographie de l'action accomplit le processus, en d'autres termes, attendu la forme dans laquelle se cantonne strictement son expression, apparaît à la conscience pour ce qu'elle est : non certes de l'intérieur (où les doubles ne voient eux-mêmes que la différence perdue qu'ils cherchent désespérément à reconquérir l'un contre l'autre), mais

nuire mutuellement par l'action et par la parole : *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, 1997, p. 239. Voir encore, sur l'oblitération des pré-supposés puissamment conflictuels du scrutin majoritaire (présence *déjà-là* du conflit, décision qui divise en deux le corps social) sous le mythe de la décision prise à l'unanimité : « La majorité, le tout et la moitié. Sur l'arithmétique athénienne du vote », *Le genre humain* 22 (1990), p. 89 sq.

⁹⁵ Sa violence intrinsèque fût-elle devenue purement symbolique, mais non moins *effective*, une fois l'« enjeu sacré » laïcisé sous la forme d'une mise en argent.

bien de l'extérieur, aux yeux des tiers, dont le magistrat incarne la figure⁹⁶. Il en résulte un *axe du juste*, une distance critique, une rationalité inédite dont la sentence porte le sceau. Aux pôles extrêmes d'une mise à égalité formellement indécidable se dégage la possibilité, l'espace, pour une rationalité dialectique, argumentative, une raison inscrite dans la controverse, une *cause* (ou *res in controversia posita*)⁹⁷, qui sera le domaine d'élection d'une autre activité liée au procès, l'art oratoire⁹⁸, position d'extériorité à la source d'une *rationalité spécifique et puissante* (Schiavone) en laquelle devient opératoire, au départ de ce dispositif fondateur, la pensée du droit⁹⁹.

C'est ainsi que la *legis actio sacramento* (l'*actio generalis*, on le rappelle) a pu prendre l'envergure d'un archétype fondateur, figure à jamais emblématique du principe contradictoire (*audi alteram partem*), qui, comme l'écrit Antoine Garapon, *plus qu'une garantie, révèle l'identité même du débat judiciaire et de la justice occidentale tout entière*¹⁰⁰.

Au nombre toujours des nouveaux équilibres que suscite l'expression codifiée de l'antagonisme dans l'ancienne Rome se dessine finalement un *type de comportement*, une attitude, une *tension*, qui engendrent, par exemple dans le domaine des contrats, des exigences telles que la bonne foi, la loyauté, le respect de la parole donnée, même « nue », non coulée dans les formes de jadis qu'à la

⁹⁶ Le jeu procédural manifestant, en même temps que l'antagonisme des parties, leur subordination au magistrat : L. GERNET, *Anthropologie, op. cit.*, p. 266.

⁹⁷ CIC., *de or.* 2, 19, 78. « La cause est cette "chose" transformée dans le lieu de la controverse : "chose posée dans la dispute des parties et dans la controverse" », Y. THOMAS, *La valeur des choses, op. cit.* [n° 8], p. 1455.

⁹⁸ Activité de parole pour l'expression de laquelle le verbe *agere* a développé également des emplois techniques (not. dans l'expression *causam agere*, « plaider une cause »), sous l'influence probable de Cicéron qui en fit la théorie. L'*actio* constitue une des parties de l'art oratoire, la plus importante, de l'avis de Démosthène et de Cicéron, en vue de la victoire. Sur les cinq parties de l'art oratoire, l'*inventio*, la *dispositio*, l'*elocutio*, la *memoria* et l'*actio* : *Rhet. ad Her.* 1.2 ; Cic., *De orat.* 1.142 ; 1.187 ; 2.79 ; *Or.* 43-54.

⁹⁹ Il sera intéressant de poursuivre le parallèle avec Clausewitz, sur la base de l'opposition entre le *concept de guerre*, dont la *sacramenti actio* trace l'épure aux origines de toute la tradition civile, et la *guerre réelle*, de terrain, où, comme écrit René Girard, « le calcul des probabilités remplace l'imagination apocalyptique. » Voir R. GIRARD, *Clausewitz, op. cit.*, p. 34 sq.

¹⁰⁰ A. GARAPON, *Bien juger, op. cit.*, p. 146.

fin de la République, les rhéteurs clament déjà obsolètes, *ex pacto ius* !... (Au même titre que la ritualisation de la guerre a pu faire naître un code de l'honneur inspiré par un certain respect de l'ennemi, etc.) Cette évocation permet de prendre la mesure de l'impact de l'effectivité symbolique de la *norme* dont les formes de l'*agir* constituent le *modèle*, son *aptitude à marquer les représentations de ses destinataires*¹⁰¹.

S'il résulte d'une telle capacité à intégrer la contradiction et le conflit une puissance sociale inédite en termes d'imagination, d'individuation, d'innovation, de mobilité, de compétitivité, d'enrichissement personnel et collectif, de dynamisme sous le rapport à la temporalité, et donc au total une unité sociale renforcée, consolidée, il ne faudrait pas sous-estimer pour autant la menace que la violence ainsi dévoilée au fondement de l'ordre social constitue toujours pour celui-ci. Les Romains ne s'y trompèrent pas, malgré le gouffre des guerres civiles où sombreront pourtant la République et ses institutions. Bien qu'ils fussent incontestablement plus audacieux que la « cité endormie » sur laquelle Athéna appelle la bénédiction des Euménides à la fin de la trilogie d'Eschyle, leur minutie se vérifie notamment à l'importance proprement juridique qu'ils surent conférer au partage de l'année entre les Jours Fastes (environ la moitié), où la possibilité était ouverte aux concitoyens d'*agir* en libérant la parole *contentieuse* des procès et des assemblées politiques, et les Jours Néfastes et fériés, où seule devait régner la parole *unanime* des sacrifices et des cérémonies sacrées du culte civique.

¹⁰¹ Sur cette notion : Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 328 *sq.* Voir aussi A. GARAPON, *op. cit.*, p. 149-150 (citation *supra*, p. 759). Et, sur la procédure comme *secteur où l'on ait une chance de voir se constituer une mentalité juridique* : L. GERNET, *Anthropologie*, *op. cit.*, p. 217.

*F. La réciprocité et la coutume.
Entre dissimulation et dévoilement*

Et voici ici que la question de la coutume parmi les sources formelles du droit romain se rappelle à notre curiosité, au carrefour de ces dispositifs dont la « modernité » est telle qu'un théoricien du droit qui fait par ailleurs l'impasse sur le droit romain y discerne avec raison, sous le nom de *règles secondaires*, le critère du passage entre un monde pré-juridique et un monde juridique, d'une part, et les modes archaïques, traditionnels, à base coutumière, du vivre ensemble, où la religion (au sens païen, par la force des choses, tel que le lien social qui regroupe les hommes, de la famille à la cité, se manifeste par le culte commun)¹⁰² est à la base de la définition de l'identité collective.

D'un tel passage, nous avons tenté dans ces pages de comprendre la nature en termes non seulement juridiques, mais anthropologiques, quant au sens que scellent et révèlent les formes de l'ancien droit civil. En somme, cette rupture fondamentale nous semble se décliner en fonction de l'aptitude d'un corps social à essuyer la réciprocité au cœur des relations humaines. Les limites de cette contribution nous imposent sur ce point une trop succincte synthèse. Tâchons donc de mettre très schématiquement en balance, dans le double domaine de la décision commune et des systèmes de l'échange, le principe d'une opposition entre un univers traditionnel soucieux de *dissimuler* les structures de la réciprocité et la cité qui s'autorise, inversement, à lever sur ces dernières un coin du voile.

Dans le domaine de la décision commune, la comparaison de la palabre africaine avec le vote majoritaire, telle que l'a conduite l'*anthropologue africaniste devant la cité grecque*, Emmanuel Terray, est éloquente¹⁰³. En dialogue avec Nicole Loraux, l'auteur montre le caractère inassimilable d'un mode de la décision basé sur la manifes-

¹⁰² H.-I. MARROU, *Décadence romaine ou antiquité tardive ? III^e-VI^e siècle*, Paris, 1977, p. 43 ; J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, Paris, 2001 ; J.-P. VERNANT, « L'individu dans la cité », in *L'individu, la mort, l'amour. Soi-même et l'autre en Grèce ancienne*, Paris, 1989, p. 213.

¹⁰³ E. TERRAY, *Un anthropologue africaniste devant la cité grecque*, Opus 6-8 (1987-1989), p. 13.

tation du *dissensus* dans une communauté vouée en permanence à la recherche du *consensus*, d'une décision à laquelle tous puissent adhérer sans perdre la face ni nourrir de ressentiment. Basé sur l'égalité abstraite entre chaque suffrage, si bien que, en cas de concurrence entre deux opinions, *il suffit de compter leurs partisans respectifs pour voir de quel côté le fléau penche* (cela pour la démocratie grecque, mais le principe oligarchique romain du vote par groupe ne change fondamentalement rien à la donne), le vote majoritaire constitue pour la communauté un risque auquel, écrit l'auteur, seul un corps politique *bien sûr de son unité* peut s'exposer, le vote accusant un « [...] clivage entre une majorité et une minorité, il divise alors qu'il conviendrait de rassembler ; il pousse les uns à l'arrogance et à la présomption, les autres à l'humiliation et au ressentiment ; bref, quel que soit son résultat, il est ruineux pour l'unité du groupe ».

Non moins emblématique, la comparaison entre le principe de l'action judiciaire, dont nous retiendrons cette fois-ci la formule *in personam*, qu'elle soit contractuelle (en sanction des différents contrats, stipulation, vente, dépôt, etc.) ou pénale (en sanction des différents délits, vol, *iniuria*, dol, etc.), et les systèmes traditionnels de l'échange, positif (dations réciproques, selon le principe du don et du contre-don) ou négatif (le système vindicatoire, meurtre et contre-meurtre), appelle de semblables remarques.

Pour prendre l'exemple du système vindicatoire (mais celui des dations réciproques *versus* le contrat est équivalente), celui-ci repose sur la mobilisation des groupes à la définition desquels il contribue essentiellement (solidarités collectives, actives surtout)¹⁰⁴, et sur l'alternance entre les prestations négatives réciproques d'un échange étalé dans la diachronie. La vengeance est collective et, le plus souvent, différée, en effet, *différance* qui est aussi une différence destinée à rompre la symétrie entre les prestations, conjurant le péril de la *montée aux extrêmes*. A l'inverse, selon le système romain du délit

¹⁰⁴ Voir le beau texte de Jesper SVENBRO, « Vengeance et société en Grèce archaïque. A propos de l'*Odyssée* », in R. Verdier et al. (éd.), *La vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*. 3. *Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité*, Paris, 1984, p. 54 sq.

privé¹⁰⁵, l'action pénale précipite la (même) structure de réciprocité entre les sujets actif (la victime) et passif (le coupable) d'un délit, sous la forme d'une relation *synchronique* (la mise en présence des prestations réciproques [l'offense et la riposte] étant isolée dans la simultanéité d'un échange unique) et strictement *interindividuelle* (limitée juridiquement aux rapports entre la victime et l'auteur)¹⁰⁶.

C'est ainsi que, loin de constituer «l'envers ou le négatif de l'ordre juridique¹⁰⁷», le système de l'action pénale participe d'une *intensification* de la vengeance (et de la réciprocité, qui en est le fondement), au contraire, ce dont il résulte, – et telle est la rupture proprement juridique, – une tout autre configuration du lien social. Comme l'écrivit avec sa lucidité habituelle Yan Thomas : «Loin de supprimer les anciens codes (*i.e.*, du sang, de l'honneur, des solidarités familiales), la procédure leur impose un déplacement, et donc, une expression renouvelée¹⁰⁸.»

Ici gît selon nous la *différence*, la *rupture juridique*, dans ce déplacement matriciel que l'anthropologie permet de saisir avec plus d'efficacité et de profondeur que la théorie du droit. La *nature relationnelle* du droit et la précipitation qui en résulte des structures de la réciprocité induisent un *écart* non résorbable eu égard aux modes de la décision et aux facultés qui en dépendent pour les individus dans un univers traditionnel. D'où aussi, bien que dans une mesure relative, une certaine sortie de la religion du droit (surtout privé)

¹⁰⁵ Selon lequel les protagonistes sont les seuls acteurs d'un *commerce pénal* dont l'État est absent, sinon par sa médiation judiciaire relativement à une relation dont ils ont seuls l'initiative, touchent le gain, assument le risque.

¹⁰⁶ Même si, sociologiquement, les choses sont moins claires, comme il apparaît en particulier dans le contexte des guerres civiles, où les solidarités familiales reviennent se greffer sur un système de l'action judiciaire affolé, dont les formes, loin de le protéger, précipitent la *spirale du risque* (Nicolet). Voir ainsi le texte essentiel de Yan THOMAS, «Se venger au forum», in R. Verdier *et al.*, *op. cit.*, p. 65 *sq.*

¹⁰⁷ «Bien qu'elle soit un thème récurrent à Rome, la vengeance n'a jamais été étudiée que comme *présupposé de son dépassement par le droit*. Réaction de pure violence, négation de l'État, la vengeance figure *l'envers ou le négatif de l'ordre juridique*.» (nous soulignons). *Ibidem*.

¹⁰⁸ Dans le contexte des tribunaux permanents, les *quaestiones perpetuae*, à la fin de la République, mais le constat demeure aux origines du procès contradictoire dont ces procédures perpétuent le principe.

romain¹⁰⁹, une autonomie gagnée par les hommes sur leur destin *interindividuel* et collectif (dont atteste en particulier l'institution de jours réservés à l'activité humaine, les Jours Fastes).

Telle est à nos yeux la raison profonde pour laquelle les juristes classiques n'ont pas repris la coutume dans leurs catalogues ni ne se sont préoccupé, peu ou prou, d'en faire l'analyse doctrinale¹¹⁰. On peut même aller plus loin et prétendre que la *différence juridique* (la *forme* normative) que marquent les procédures de l'*agir* est elle-même d'origine « coutumière » (vu l'importance des *mores* et le rôle des pontifes ou plus tard des jurisconsultes sur leur conception)¹¹¹, à condition de garder présente à l'esprit la *requalification* décisive dont ces pratiques singulières firent l'objet une fois assumées comme formes spécifiques, précisément juridiques, d'intégration du lien social, garantes, au sens où Herbert Hart définit les règles qu'il appelle *secondaires*, de cette *technologie sociale à statut fort* (Schiavone) dont on serait bien en peine de trouver un équivalent dans les univers « coutumiers ».

Ce constat anthropologique en termes de dissimulation ou de dévoilement de la réciprocité inhérente aux relations humaines, selon que l'on évolue dans un univers traditionnel ou civique, permet de pousser d'un dernier cran l'analyse, en traçant l'asymptote du devenir du système juridique républicain vers ses destinées classiques et postclassiques.

¹⁰⁹ Y. THOMAS, *La valeur des choses*, *op. cit.*, p. 1431.

¹¹⁰ *Contra* : F. GALLO, « Tra la recezione *moribus* e la *consuetudo* : la fase della asseza della formazione consuetudinaria dagli elenchi delle fonti del diritto », in *La codificazione*, *op. cit.* [n° 36], p. 245. L'auteur néglige l'influence du modèle grec sur la systématique des rhéteurs, à laquelle les jurisconsultes sont restés étrangers, bien vue par Jean GAUDEMET, *Études*, *op. cit.* [n° 40], p. 25. De plus, il demeure sur l'axe d'une approche juridique positive, victime d'un système toujours déjà constitué où la coutume tient son rang parmi les sources formelles du droit depuis le Bas-Empire. Il en est donc réduit à supputer une manipulation des textes par les compilateurs de Justinien, afin d'escamoter une absence si révélatrice, pourtant, par le creux qu'elle dessine, de la lucidité des jurisconsultes classiques sur la *différence juridique*.

¹¹¹ Comme il en sera encore de l'avènement d'un nouveau régime de procédure, la procédure formulaire, et de la mutation fondamentale imprimée à formule qui en constitue le principe.

G. Idéologie et droit

La coïncidence entre la centralisation de la fonction législative sur la tête du Prince, sur fond de la marche de l'empire vers l'absolutisme, et l'apparition des premiers inventaires des sources du droit positif est bien connue. Une seconde corrélation s'ensuit à la lumière de nos analyses, entre la clôture du système du droit classique sur l'inventaire de ses sources et la perte de la transparence extraordinaire, en termes anthropologiques, des cadres rituels, procéduraux, de l'ancien droit romain.

Quant à ces derniers, il faut savoir que le changement de régime a opéré un basculement irréversible dont, d'une certaine façon, nous ne sommes jamais revenus. Pour le dire d'un mot, l'intégration si particulière, énonciative, mimétique, selon laquelle les *règles secondaires*¹¹² qu'étaient alors, au plein sens du terme, les procédures distinctives du fait civique, est appelée à disparaître, et ces procédures elles-mêmes à connaître des transformations profondes. On assiste en somme à un vaste procès d'intériorisation, d'institutionnalisation, de leur puissance fondatrice sous l'empire. En témoignent, d'une part, le monopole législatif irrésistiblement conquis par l'empereur et sa chancellerie, dont les constitutions impériales¹¹³ se substituent à l'activité des assemblées du peuple dès lors que celles-ci, au I^{er} siècle du Principat, ont cessé de se réunir¹¹⁴ ; d'autre part, la substitution à l'édit du préteur de la procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem*), procédure moins formaliste organisée en dehors de l'ordre des

¹¹² Alors « premières » – et non bien sûr « primaires »... Atteste en ultime instance de leur perception comme ensemble cohérent aux origines du droit civil, malgré les aléas de la transmission du texte, l'analyse historique de l'*Enchiridion* de Pomponius, nous a-t-il semblé (*supra*, p. 767).

¹¹³ Dont Gaius fonde la validité sur la *lex curiata de imperio*, qui confère l'*imperium* aux magistrats de l'époque royale à l'empire et durant toute la République (GAIUS 1, 5).

¹¹⁴ Quant au sénat, s'il acquiert des compétences nouvelles en matière de droit privé en raison de la disparition des comices et du conseil de la plèbe, il perd toute signification politique. Au sénatusconsulte tend ainsi à se substituer, à partir du règne d'Hadrien (117-138), l'*oratio principis*, le discours de l'empereur lu au sénat pour lui soumettre le projet d'une décision dont les sénateurs ne prennent plus, peu ou prou, la peine (sinon le risque) de délibérer.

jugements privés (*extra ordinem iudiciorum privatorum*) par les fonctionnaires de l'empereur suivant des canons étrangers à la mise en scène, sur une base énonciative, de la relation interpersonnelle, comme sous le régime des actions de la loi et, moyennant certaines nuances sur lesquelles nous n'avons pu nous arrêter ici, de la procédure formulaire.

Avec l'institutionnalisation des procédures de l'*agir*, la cristallisation du *discours idéologique* sur lequel nous attirions avec Aldo Schiavone l'attention à l'entame de cette contribution, discours sur *les normes, les procédures, les juges, leur indépendance, leur neutralité*, va pouvoir donner sa pleine mesure, non sans une puissance d'effectuation, une performativité qui lui est propre, par ailleurs. Le basculement est particulièrement remarquable dans l'ordre du droit pénal. Tâchons avec Yan Thomas d'en évoquer les tenants et les aboutissants.

Sous l'Empire, le droit de punir devient un monopole à la fois juridique et moral du Prince, ce dont le *De clementia* de Sénèque égrène les bienfaits civilisateurs : la loi ne s'irrite pas, elle décide ; le juge ne hait pas, il condamne ; loin d'assurer la symétrie entre la riposte et l'offense (comme l'action pénale du droit classique, toujours donnée à un multiple du dommage, selon le principe de la *poena*, ou rachat de la vengeance), la peine s'inspire de la plus exacte *moderatio* ; rompant avec la réciprocité, elle sait épargner, pardonner ; non fixée sur un passé mortifère, elle regarde vers l'avenir ; etc.

Mais que deviennent les structures de la réciprocité dans un tel contexte, ces structures que nous savons primordiales ? Elles ne s'évanouissent certes pas comme par enchantement, mais elles seront désormais évitées, voilées, décalées, résorbées dans la clémence et la justice du Prince, dans une philosophie pénale purement étatique et bientôt idéale, elles que leur inscription au principe de l'intégration du lien civique avait jadis valorisées et surtout manifestées au rang d'une norme sociale à part entière !

Aussi voit-on inévitablement la vengeance glisser dans le registre d'une *psychologie perturbée* : non plus une norme, mais une colère, non, via les cadres de l'*agir*, une forme réinventée de l'échange, mais une fureur se nourrissant d'elle-même, non le creuset pour une rationalité inédite, mais une passion où tout n'est que *bestialité, irrationalité, démesure* (Thomas), un vice de l'âme enfin dont l'homme

digne de ce nom sait se rendre maître (l'ascèse philosophique connaissant alors, dans le vaste espace pacifié de l'empire gréco-romain, un essor sans précédent) et dont le *forum* que l'action, tant judiciaire qu'oratoire, a déserté, est laissé vide¹¹⁵.

D'une telle évolution, précise Yan Thomas, rien ne laissait présager à l'époque de Cicéron. Et de fait : celui-ci peut encore, dans ses *Partitiones oratoriae*, assumer les cycles de la réciprocité et de l'échange au rang de l'équité (*aequitas*), notion qu'il identifie au droit humain (*ius humanum*) et dont il propose une double acception : « objective », au sens du juste en soi (*et veri et iusti et ut dicitur aequi et boni ratione*), et « intersubjective », au sens où elle s'identifie aux cycles de la réciprocité (*ad vicissitudinem referendae gratiae*), au retour soit du bienfait (*in beneficio*) qu'est la reconnaissance, le service rendu (*gratia*), soit de l'offense (*in iniuria*) qu'est la vengeance (*ultio*). Aussi Cicéron fait-il finalement figurer l'action de repousser une injure (*de propulsanda iniuria*) ou de la venger (*de ulciscenda*) au nombre des « sources » de l'équité (*fontes aequitas*), soit, selon l'optique propre à ce traité, ces lieux de l'équité (*loci aequitatis*) comme *trésors d'arguments* (*loci tamquam thesauri argumentorum*) où l'orateur peut puiser au service de l'attaque ou de la défense dans les procès¹¹⁶.

L'écart est sensible, soit dit en passant, entre le *concept de guerre* dont les formes du droit scellent l'expression (figure de l'action réciproque et de la montée aux extrêmes), et la *guerre réelle* des plaidoiries (où s'engage une logique traditionnelle de la réciprocité considérée dans l'alternance).

Toujours est-il que la distance avec l'univers de Sénèque est abyssale, distance qui nous inspire les réflexions finales suivantes.

Absente des catalogues des sources classiques, bien que les juristes classiques la connussent, la coutume ne triomphe en droit romain qu'au Bas-Empire¹¹⁷. Étrange paradoxe que ce triomphe tardif, sous

¹¹⁵ Voir Yan THOMAS, *Se venger au forum*, *op. cit.*, p. 86 *sq.*, auquel ce développement est emprunté.

¹¹⁶ *Part. or.* 37, 130-131.

¹¹⁷ J. GAUDEMET, « La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique », in *Études*, *op. cit.* [n° 40], p. 67.

un régime centralisé où la loi, expression de la volonté d'un prince tout-puissant, semblait devoir tout régir. Apparent paradoxe, toutefois : une fois les constitutions impériales devenues, aux triples plans législatif, judiciaire et jurisprudentiel, la source unique du droit, en effet, le système qu'il constitue ne bénéficie plus ni des innovations prétoriennes et de leur extraordinaire souplesse d'adaptation (siégeant au *forum*, le prêteur était au contact de la vie des affaires et des besoins nouveaux qui s'y faisaient jour), ni des consultations et des avis de jurisconsultes créant librement du droit, sous la République sans autre limite, elle-même purement compétitive, que leur *auctoritas* respective (« autorité, prestige »). La coutume assure désormais au droit romain figé dans une perfection statique et déjà idéale la soupape nécessaire à la possibilité de sa propre évolution.

En définitive, la coutume n'est reconnue comme source du droit que du sein d'un système juridique d'ores et déjà constitué, loin de se trouver elle-même à la source « originaire » d'un droit qui par nature lui est (sauf cette requalification décisive) antinomique¹¹⁸... Le caractère antinomique au droit de la coutume, dès lors qu'elle n'est pas définie et encadrée par le système à l'intérieur duquel elle recouvre un élément de juridicité, n'est pas sans évoquer l'exigence du *caractère raisonnable* comme critère de légitimité de la norme coutumière, tel qu'il fut significativement dégagé sous l'influence du christianisme¹¹⁹. Le parallèle donne à penser : si les juristes classiques ignorent la coutume parmi les sources formelles du droit, opposée par nature aux cadres relationnels de la procédure et au type ouvertement conflictuel, bien que tendu vers l'ordre et la paix, de réciprocité dont ils précipitent les structures, les chrétiens, de même, dans un tout autre contexte (religieux, au sens chrétien cette fois,

¹¹⁸ L'imaginaire de la coutume consiste à se considérer lié par ce que tout le monde fait (*consensus omnium*) parce qu'on l'a toujours fait (*vetustas*). N'est-il pas résolument contraire au temps non cyclique du droit (à l'ouverture sur l'avenir, qu'engage par exemple la dynamique de l'obligation et du contrat), à l'action (comme mise en scène de la relation à la source d'équilibres instables, changeants), au dégagement de l'individu à l'égard de la totalité sacrée, libre d'acquiescer, d'aliéner, de tester, de chercher son enrichissement personnel, etc. ?

¹¹⁹ J. GAUDEMET, « Coutume et raison en droit romain. A propos de C.J. 8, 52, 2 », in *Études*, op. cit. [n° 40], p. 33.

soit au creuset de valeurs irréductibles au monde, en particulier au monde coutumier du sacrifice sanglant et autres pratiques qui, pour être invétérées et par essence unanimes, n'en restent pas moins critiquables), savent aussi marquer leur distance avec elle. La coutume a certes revêtu une grande importance pour l'Église primitive et l'organisation de la vie des premières communautés, notamment pour la liturgie, où tout était à inventer. Mais une condition *sine qua non* de satisfaction aux exigences de la raison et de la vérité serait désormais posée à sa reconnaissance à l'égal d'une loi. Et Tertullien, au début du III^e siècle, de susciter l'argument de la parole de Jésus, pour un contrôle de la coutume au nom de l'Évangile, souligne Jean Gaudemet, qui traversera les siècles : Jésus a dit (Jean 14, 6) : « Je suis la vérité », et non : « Je suis la coutume » (*Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit*)... Aussi « ceux qui l'ont reçu [comme] vérité le placent-ils avant la coutume » (*Hunc qui receperunt veritatem consuetudini anteponunt*)¹²⁰.

*

Notre remontée *aux sources du droit* nous a permis d'observer que, à mesure que le « système » des sources se constitue, la « source fondatrice », si prégnante dans l'ancien droit romain, s'amenuise, s'éloigne, devient de moins en moins visible, selon un processus proprement irréversible que seule, peut-être, notre époque postmoderne semble prendre à rebours... Les travaux de Chantal Mouffe ne manquent pas d'intérêt, à cet égard, pour une ultime évocation qui nous tiendra lieu de conclusion¹²¹. L'auteur affirme la présence du conflit au cœur du politique (et cela vaut indéniablement, quoi qu'elle s'en dédise, pour le juridique, ainsi que l'ancien droit romain ne permet pas d'en douter). Le *zoom avant* sur l'antique suggère du

¹²⁰ TERTULLIEN (*De virginibus velandis* 1, cité par Gaudemet) : *Consuetudo initium ab aliqua ignorantia vel simplicitate sortita in usum per successionem corroboratur et ita adversus veritatem vindicatur. Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit... Hunc qui receperunt veritatem consuetudini anteponunt*. J. GAUDEMET, *ibidem*, p. 56 ; *Naissances*, op. cit. [n° 49], p. 48.

¹²¹ Ch. MOUFFE, *The Democratic Paradox*, London, New-York, 2000 (chap. IV : « For an agonistic model of democracy »).

moins que l'idée n'est pas si neuve qu'il peut sembler!... Pour autant, le rappel qu'en fait avec pertinence l'auteur n'est pas anodin, tant il est vrai que la transformation profonde du droit (du politique) et de leurs présupposés anthropologiques, tels que l'ancien droit romain les actualisait au fondement de sa propre invention, continue de déterminer notre discours sur le droit, dans un contexte assurément bien différent que le Bas-Empire, mais que rend peut-être plus opaque encore le rationalisme ambiant justement critiqué par elle.

Le rationalisme croit la raison capable de produire à elle seule une réconciliation entre les hommes. Inspiré par la croyance que le consensus rationnel, les décisions impartiales, sont possibles, que «le moment de la décision – *dans le sens fort de devoir décider dans l'indécidable* – est évitable¹²²», il exige la négation de l'antagonisme. Faisant ainsi fi de passions déniées, il s'aveugle sur les puissances de la raison comme arme de guerre, instrument d'une paix dont l'expression ne peut faire l'économie du présupposé de la guerre. La distinction que l'auteur voudrait étanche, toutefois, entre *agonisme* et *antagonisme*, dont l'expérience de la cité antique montre qu'ils sont les deux faces d'une même médaille, soit d'une organisation agonale, agonistique, du lien social qui puisse intégrer l'antagonisme comme mode de l'adversité en conjurant l'hostilité propre à la montée aux extrêmes, ne participe-t-elle pas encore malgré tout d'une confiance excessive manifestée à l'endroit de la raison, fût-elle rendue à substance civique?

En somme, nous serions, à l'heure des sociétés postmodernes, à la croisée des chemins entre deux formes de raison, une raison qui s'exclut par idéal du ressort de l'antagonisme (la raison des Lumières, d'inspiration chrétienne ou plutôt antichrétienne, ce qui de ce point de vue revient au même) et une raison qui l'intègre, une raison mimétique, civique, mais une raison païenne...

¹²² Ch. MOUFFE, « Le politique et la dynamique des passions », *Rue Descartes*, 45-46 (2004), p. 183 (nous soulignons).

A moins de basculer dans une autre raison encore, de l'ordre d'une *corrélation polyphonique* (Ratzinger) qui, sans dissimuler la violence, sache aussi nous réconcilier ¹²³.

¹²³ Sur de tels enjeux, on verra le dialogue entre Jürgen HABERMAS et Joseph RATZINGER, « Les fondements prépolitiques de l'État démocratique », *Esprit* 306 (2004), p. 5.

