

**École des Hautes Études en Sciences Sociales**  
Institut Marcel Mauss – Centre d'Études des Normes Juridiques

**Università degli Studi di Roma III**  
Facoltà di Giurisprudenza – Storia e Teoria generale del Diritto

Pierre THÉVENIN

**Le Miroir des Faits.**  
**Philosophie de l'habillement juridique**  
**dans la scolastique médiévale et ses lectures romantiques**

Thèse pour le doctorat de Philosophie

Soutenance le 15 Janvier 2014

Composition du jury :

M. le Professeur Jacques Chiffolleau, EHESS – Université de Lyon II

M. le Professeur Emanuele Conte, Université de Rome III – EHESS,  
codirecteur de thèse

M. le Professeur Bruno Karsenti, EHESS, directeur de thèse

Mme le Professeur Beatrice Pasciuta, Université de Palerme

M. le Professeur Mikhaïl Xifaras, Institut d'Études Politiques de Paris

## REMERCIEMENTS

Les remerciements vont aux vifs et de Yan Thomas, je ne puis qu'honorer la mémoire. Quel regard ce fier juriste aurait posé sur les chemins où son exemple a fini par me pousser, c'est une question que je dois accepter de laisser sans réponse.

Ma gratitude va tout entière à Emanuele Conte, pour avoir bien voulu guider un jeune philosophe français, quelque peu dérouté, dans l'obscur forêt du droit commun médiéval. Cette étude n'aurait pas vu le jour, si le *Professore* n'avait consenti à m'accompagner dans les riches bibliothèques de Rome où il se trouve chez lui ; mais elle n'aurait pas non plus atteint son terme, s'il n'avait su remédier par son indéfectible soutien aux effets secondaires de cette première pilule d'érudition.

Des différentes *personnes* que je vois en Bruno Karsenti, je ne sais laquelle remercier en premier lieu : de l'enseignant dont j'ai suivi les leçons à la Sorbonne ; de l'ami qui, à la bibliothèque du Saulchoir, encourageait mes premiers projets d'escapade disciplinaire ; ou du successeur attentif à la direction de ma thèse. À chacune je dois de m'avoir communiqué un enthousiasme intellectuel sans lequel je n'aurais pu persévérer dans les efforts qui aboutissent ici.

De 2006 à 2009, un programme de l'*European Research Council* m'a offert un premier cadre de travail, inoubliable et pérégrin. Il me tient à cœur de nommer l'ensemble des coordinateurs scientifiques et administratifs de ce *Programme doctoral pour l'histoire, la sociologie, l'anthropologie et la philosophie des cultures juridiques européennes*, outre mes directeurs de thèse : Aldo Schiavone et Paolo Cappellini, Alain Pottage et Marta Mundy, Michael Stolleis et Rainer Kiesow, Marie-Angèle Hermite et Paolo Napoli, ainsi que les professeurs Laurent Waelkens, Jacques Chiffolleau et Pierre-Yves Quiviger, qui tour à tour m'ont fait l'honneur de discuter mes travaux, lors de trois écoles d'été organisées à Roma III. Il me faut remercier Alexandra Braun, pour m'avoir ouvert les portes du Saint John's College et de la Bodleian Library à Oxford ainsi que Magnus Ryan pour m'avoir facilité l'accès à la grande bibliothèque de l'Université de Cambridge.

En m'ouvrant à l'automne 2012 ses portes majestueuses, l'École Française de Rome m'a offert les meilleures conditions qui soient pour achever ce travail. En plus de tous mes collègues, particulièrement ceux qui étaient à mes côtés durant le mois d'août héroïque : Guillaume Calafat, Isabelle Mossong, Jean-Baptiste Delzant et Benoît Schmitz, je veux exprimer ma gratitude à Mme Virlovet, directrice de l'École, à Richard Figuiet, chef des publications mais également philosophe, à Mme Annie Coisy qui dirige la bibliothèque, au diligent Serge Daudey, ainsi qu'à l'ensemble des personnels dévoués du Palais.

Par l'intérêt qu'ils ont bien voulu manifester pour mes efforts, plusieurs chercheurs m'ont apporté un soutien précieux. En plus de Paolo Napoli et d'Emanuele Coccia, intercesseurs indispensables, je tiens particulièrement à remercier Marta Madero, Blaise Dufal, Pauline Labey et Sylvain Piron, Cornelia Vismann trop vite disparue et Michel Sennelart pour les occasions qu'ils m'ont offertes de présenter mes travaux, ainsi qu'Anne Foubert, Frédéric Gabriel, Julien Bonhomme, Raija-Liisa Komulainen, Michela Barbot, Jean Bérard, Julien Théry, Giuliano Milani, Corrado Bertani, Vera Kallenberg, Daniel Pejko, Heinz Monnhaupt, Alfred Dufour, Sara Mentzinger, Laurent Mayali, Massimo Vallerani, Florence Bellivier et Danny Trom, pour le profit chaque fois singulier que j'ai trouvé à m'entretenir avec eux.

Ma pensée va encore à mes anciens camarades du doctorat européen, en particulier à mes amis Hent Kalmo, Stefanie Günthner, Silvia Falconieri, Tzung-Mu Wu, Sebastian Providente et Michele Spanò, à qui je dois de m'être essayé à bien d'autres idiomes qu'à ceux de Paris ; aux collègues et amis à qui je suis redevable d'avoir relu ce travail : Arnaud Fossier, Gildas Salmon, Thibaut Lanfranchi, Clémence Revest, Aurélien Robert, Nicolas Cornu-Thénard, Michael Gasperoni, Clément Chillet et Émilie Kurdziel ; à Laurence et François Brunet qui m'ont accueilli à Carantec ; à mes compagnons diserts, experts en contre-courants Charles Verron, Maria Eisel, Jean-Baptiste Bouvet, Raphaël Zarka, Nicholas Richardson, Clément Rodzielski, Emmanuel van der Meulen, Aurélie Godard, Julie Franchon et Chloé Dugit-Gros ; à mes chers amis de toujours François Berthomé et sa mangrove, Dimitri Hatton Am7, Grégory Delaplace et son *punting*, Frantz Lorient *dozo dozo*, Anthony Stavrianakis et son *foozy paf*, Sarah Troche et ses molaires, Camille Plagnet et Jeanne Delafosse sur la même motocyclette.

Puisque me voilà désormais sorti du carré, je promets d'apprendre à monter à cheval à mon père Jean-Paul, ma mère Marie-Françoise et mon frère Olivier. De Françoise et d'Ali, je n'oublie pas les festins de seize heures. À Roxane Borujerdi qui a vu presque toutes les couleurs et à laquelle je dois tout, en eau douce comme au large, de Brighton Pier à Arpuador.

Rome, le 16 novembre 2013.





## Introduction

*Speak softly; definition is deep  
But words are deeper*

Jack Spicer, 1946.

En retraçant l'histoire de la conception juridique du « fait », cette étude voudrait offrir à la réflexion des sciences sociales comme à la méditation des philosophes un moyen non seulement d'affiner la représentation du droit en général, en invitant à découvrir dans l'outillage mental du juriste un réservoir de *formes* historiquement sédimentées — mais aussi, incidemment, d'enrichir la compréhension de cette circonstance particulière à travers laquelle l'ordre juridique semble autoriser l'État à violer les droits fondamentaux des individus.

Si d'un côté les constitutions démocratiques accordent solennellement à toute « personne humaine » un certain nombre de libertés fondamentales, de l'autre la pensée juridique confie aux pouvoirs publics une certaine liberté de les lever. Mais comment le droit peut-il organiser la suspension des premières règles qu'il prétend s'être données à lui-même ? Cette contradiction pousse aussitôt la pensée juridique dans toute une gamme de contorsions, dont le spectacle a souvent surpris les observateurs de la vie publique. Mon propos ne visera pas à proposer une description supplémentaire de l'éventail des formes qu'ont prises les suspensions récentes des garanties constitutionnelles — du *Patriot Act* américain au plan vigipirate renforcé français — ni à renchérir sur l'émoi qu'elles ont pu susciter dans les milieux juridiques<sup>1</sup> ou dans la société civile<sup>2</sup>. Je partirai plutôt de l'étonnement qui s'ajoute au scandale, lorsqu'on se penche sur l'arrière-plan normatif des décisions qui organisent ces suspensions.

---

<sup>1</sup> Je pense aux vives controverses soulevées en 2003 par les *Torture Memoranda* de John Yoo, professeur à Berkeley, qui déclarait conforme à la constitution l'usage de la torture par l'armée et les services de renseignement américains.

<sup>2</sup> *Guantanamo and Beyond: The Continuing Pursuit of Unchecked Executive Power*, Rapport d'Amnesty International, 5/13/2005 ; et les travaux en France du Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés (GISTI) ou de l'Association Nationale pour l'Assistance aux Frontières des Étrangers (ANAFÉ).

## Habillage

Car si un grand nombre de commentateurs se sont trouvés d'accord pour percevoir une certaine menace dans ces contradictions, il ne leur a pas toujours été facile d'en décrire exactement la teneur. Une première ligne de pensée, la plus spontanée sans doute aujourd'hui, pouvait amener à expliquer que si ces décisions étaient préoccupantes, c'est parce qu'elles violaient la séparation constitutionnelle des pouvoirs judiciaires et politiques. L'exigence de respecter le droit — en l'espèce celui des individus — aurait cédé sous la pression du pouvoir exécutif, civil ou militaire. Entraînés par une volonté de commandement supérieure, les magistrats seraient sortis des limites de leur rôle proprement juridique, pour apporter une justification *ad hoc* à la décision de dépouiller tels ou tels groupes d'individus de leurs droits constitutionnels. Schématiquement, on pouvait se représenter deux types de forces pour les y pousser. Ou bien c'était une inclinaison personnelle positive à estimer « bonne et juste » la politique du gouvernement (selon une causalité immédiatement politique), ou bien c'était une « solidarité de classe » ou un « effet de champ » plus ou moins inconscient (selon une causalité plus finement sociologique). Dans les deux cas, l'analyse procédait par confrontation entre le *principe* constitutionnel de la séparation des pouvoirs et la *réalité* d'une détermination sociologique ou politique, consciente ou non, des décisions de justice.

Or le recours à ce type de cadre explicatif, que j'appellerai celui des politisations du judiciaire, pouvait sembler insuffisant. Indépendamment de toute détermination de cette sorte et bien au-delà du rôle que la sociologie du droit et le réalisme juridique pouvaient accorder *in abstracto* à de tels ordres de causalités<sup>3</sup>, ce qui étonnait, ce n'était pas seulement que le droit ait pu « justifier » *ex post facto* certaines décisions politiques, mais qu'il les ait comme disent les juristes *habillées*, c'est-à-dire revêtues d'une forme susceptible d'attester de leur inscription dans l'ordre juridique. Cette remarque pointait vers un tout autre niveau d'analyse. Elle invitait non plus à démêler les déterminants (géo)politiques ou les causes sociologiques qui avaient conduit les magistrats à formuler cette justification, mais à comprendre la possibilité *juridique* qu'ils avaient eue de le faire.

---

<sup>3</sup> Je songe notamment au présupposé général des premières *sociolegal studies*, selon lequel « judicial behavior is a function of who the judges are », Richard L. Abel, « Redirecting Social Studies of Law », in *Law & Society Review*, 14 (3), Printemps 1980, p. 805-829, p. 808.

Le fait même qu'un tel habillage fût possible suscitait à lui seul l'étonnement — au sens de cet embarras de l'esprit où Platon situait l'origine de la philosophie<sup>4</sup>. Au-delà même du détail des faits, c'est cette possibilité qui semblait porter la véritable menace. L'apercevoir, c'était se représenter l'activité normative des juges non pas comme une simple « légitimation » de circonstance, mais comme l'actuation d'une potentialité intrinsèque à l'ordre juridique lui-même.

Au passage cette hypothèse n'était pas sans risquer d'écorner la thèse matérialiste d'une implication structurelle de l'idéologie juridique dans la domination de classe. Plutôt que sur l'association générique du droit aux rapports de domination, la question portait désormais sur la pratique même de la « construction » ou de l'« habillage » juridique. Cette pratique n'apparaissait-elle pas comme la *camera oscura* au sein de laquelle se jouait la subversion épisodique, par la démocratie, de ses propres principes ? À tout le moins, ce processus semblait renfermer un élément nouveau, inaperçu, dont le modèle familier de la *politisation du judiciaire* ne pouvait à lui seul épuiser la signification. En effet, les constructions juridiques mises en jeu ne pouvaient apparaître qu'à un regard attentif à la dimension formelle du droit. Elles se traduisaient par une extension des mobilisations juridiques de l'urgence et de la nécessité, ou bien par de nouvelles formes d'imbrications réciproques de l'état de guerre et de l'état de paix — autant de paramètres jurisprudentiels auxquels l'interprète réaliste des politisations du judiciaire ne pouvait guère porter d'intérêt, habitué à braquer toute son attention sur les causalités politiques et sociales qui traversent, accompagnent ou ponctuent le cours de la vie judiciaire. De l'autre côté, ces mêmes constructions semblaient contribuer activement à la redéfinition de la situation politique. Loin de venir simplement légitimer une politique préexistante dont elles seraient l'épiphénomène ou le symptôme, elles semblaient se charger sur ce plan d'une efficacité propre, capable d'*ajouter* au sens des situations historiques.

Par contraste avec l'image du droit la plus répandue dans l'imaginaire des sciences sociales, le phénomène juridique paradoxalement paraissait à la fois grandi et fragilisé. Grandi, il l'était d'abord par la puissance que l'on entrevoyait dans les constructions juridiques : puissance de mettre en forme le monde social, c'est-à-dire de configurer une part irréductible de la culture et de l'expérience collective. Plus

---

<sup>4</sup> « Μάλα γὰρ φιλοσόφου τοῦτο τὸ πάθος, τὸ θαυμάζειν · οὐ γὰρ ἄλλη ἀρχὴ φιλοσοφίας ἢ αὕτη » ; « L'étonnement est la passion par excellence du philosophe ; la philosophie n'a pas d'autre origine que celle-ci » Platon, *Théétète*, 155d.

encore que comme un *instrument* disponible aux acteurs engagés dans un mouvement donné de revendication — ce qu’il reste d’ailleurs indéniablement, comme nous l’enseigne la sociologie des mobilisations<sup>5</sup> — le droit apparaît ici comme une langue spécifique, tributaire du pouvoir de ceindre l’existence politique, c’est-à-dire d’établir, de sa seule autorité, les limites à l’intérieur desquelles se joue le jeu de la vie politique, économique et sociale<sup>6</sup>.

En même temps, si cette perspective accorde au droit une importance remarquable, elle le fragilise par ailleurs. Car tout en recevant la puissance de mettre en forme l’existence, le droit ne contient pas en lui-même le principe nécessaire à en régler l’usage. Si les normes juridiques possèdent un tel pouvoir, c’est un pouvoir malléable et docile, pliable à une série ouverte d’utilisations stratégiques — dont la suspension exceptionnelle des droits fondamentaux ne représente jamais qu’un cas particulier. En effet le concept du droit est vide : seuls le remplissent les aléas de l’histoire qui, sans déterminer complètement les *formes* juridiques — qui possèdent un plan d’existence autonome — président à leur genèse et influencent leur évolution. Par contraste avec la conception normativiste courante d’un droit sans histoire, éternellement synchrone à lui-même, l’histoire événementielle joue ici un rôle déterminant, constitutif et incontournable, dans ce qu’on appellerait en termes kelséniens la dynamique du droit<sup>7</sup>.

Cette double reconnaissance de la puissance instituante et de la teneur historique des formes juridiques constitue la prémisse de ce travail. Du premier côté, il s’agit de reconnaître toute la signification de ces décisions, en prenant en considération leur valeur de marqueurs de la situation politique. Cela suppose, en quelque manière, de prendre acte de la possibilité d’une sémantique juridique, je veux dire de la possibilité d’appréhender les décisions juridiques positives comme des signes pertinents pour l’interprétation du *Zeitgeist* — ou plus humblement pour l’analyse des coordonnées du jeu politique<sup>8</sup>. Du second côté, il s’agit de se rendre attentif à la dimension historique de ces significations, en les rattachant à une pratique

---

<sup>5</sup> Liora Israël, *L’Arme du droit*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2009.

<sup>6</sup> Sur le droit comme puissance de « mise en forme abstraite » du monde social — voir l’introduction séminale de Yan Thomas au numéro des *Annales, HSC*, 2001.

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945 ; tr. fr. B. Laroche, 1997. Sur l’interpénétration des formes juridiques et des événements historiques, voir notamment Paolo Napoli, « La pensée de “l’entre” », *Agenda de la pensée contemporaine*, 14, 2009, p. 157-164.

<sup>8</sup> Cette affirmation n’a rien de trivial, si l’on songe à la conception économiste qui fait des formes juridiques de simples « règles » du jeu économique sans capacité sémantique propre.

singulière : celle d'une pensée juridique dont les constructions doivent moins s'inscrire dans une pure tradition intellectuelle que dans une histoire faite de rebondissements contingents. En somme, il s'agirait d'introduire dans l'appréhension du fonctionnement de la machinerie juridique occidentale une perspective à la fois constructiviste — en faisant la part de la libre invention, par les juristes, de solutions et d'interprétations nouvelles — et pragmatique — en rattachant l'invention de ces solutions à des objectifs ponctuels.

### **Archéologie philosophique**

Épousant l'ensemble de ces hypothèses de travail, il était naturel de remonter le fil de la tradition juridique pour tenter d'y repérer quelque configuration normative susceptible d'apporter une certaine profondeur historique aux voies intellectuelles par lesquelles étaient passés les juristes contemporains pour organiser la suspension des droits fondamentaux. De fait, le grand mérite de l'étude philosophique de Giorgio Agamben, *Il potere sovrano e la vita nuda*, était d'inscrire dans la longue durée ce phénomène, tel qu'il s'exprimait par exemple dans la situation faite aux demandeurs d'asile au sein des centres de rétention, ou dans le statut juridique des *unlawful combatants* détenus dans le cadre de la *War on terror* nord-américaine<sup>9</sup>. En proposant d'une part d'interpréter le faisceau disparate de ces suspensions comme l'expression récurrente d'un seul et même caractère du pouvoir souverain ; en définissant d'autre part ce caractère souverain par la capacité de vêtir et de dévêtir l'individu de ses droits — jusqu'à son exposition ultime à la mort, Agamben ne se contentait pas de mettre au jour une *malédiction* qui, frappant les démocraties libérales, les pousserait à la destruction de leurs propres principes. Sa lecture du concept foucauldien de biopolitique, il est vrai, limitait sensiblement la portée originale de l'analytique du pouvoir, en la bornant à alimenter la vision téléologique d'un destin univoque de l'Occident, par où celui-ci serait inéluctablement poussé à mettre en œuvre l'oppression généralisée d'individus réduits une fois pour toutes à la fonction de *bio-unités*. Mais au-delà de ces visions — qui sont peut-être précisément ce qu'elles sont, Agamben démontrait l'extrême intérêt heuristique d'informer l'analyse philosophique

---

<sup>9</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer I. Il potere sovrano e la vita nuda*, Turin, Einaudi, 1995 ; tr. fr. Marilène Raiola, Paris, Seuil, 1997.

par l'érudition juridique. L'ouvrage ne tournait-il pas tout entier autour de l'ancienne institution romaine de l'*homo sacer*, dont il tirait son titre ?

Probablement, la référence au droit romain servait dans l'entreprise d'Agamben de connecteur indispensable à son opération la plus caractéristique, qui fut semble-t-il de transposer au registre juridico-politique la conception heideggerienne de l'histoire de l'être. Lorsqu'Agamben croit découvrir dans l'*exceptio* la structure d'un rapport originel du droit à la vie — rapport dialectique à la fois d'emprise et de déprise, de capture et d'abandon — il trahit une visée qui, à l'évidence, imprègne sa pensée *ab imis* : celle de trouver dans le domaine pratique un *analogon* de ces grands philosophèmes dont l'enseignement du second Heidegger faisait la clé du dépassement de la métaphysique<sup>10</sup>. Les spirituels franciscains, en refusant que leur « usage » des choses (*usus facti*) fût considéré comme une possession juridique (*possessio*), n'étaient-ils pas les transpositeurs *en pratique* de la liberté qu'Heidegger qualifiait de « laisser-être » (*Gelassenheit*)<sup>11</sup> ? Ou encore l'extension de l'emprise du droit sur la vie nue n'était-elle pas la contrepartie pratique du déploiement de l'essence de la technique comme « arraisonement » (*Gestell*) ? Au point de vue topique, si je puis dire, les juristes de l'ancienne Rome jouent en tout cas, dans la chronique philosophico-juridique d'Agamben, un rôle tout à fait similaire à celui que l'herméneutique onto-théologique accordait aux penseurs grecs. Ainsi le droit archaïque romain où l'auteur repère la figure du *sacer* apparaît sous les traits de cette « aube originelle » dont Heidegger dit qu'elle « ne se montre à l'homme qu'en dernier lieu<sup>12</sup> ». Tout comme la pensée présocratique aux yeux des « destructeurs » et « déconstructeurs » de la métaphysique, l'ancien droit romain reçoit un privilège exégétique sans pareil. En faisant apparaître la structure de l'*exceptio*, il ouvre en

---

<sup>10</sup> Il est juste de rappeler la contribution de Jacques Derrida à ce déplacement de la pensée post-heideggerienne vers les thématiques du droit et de la justice. En appelant à « tenir en haleine un questionnement » sur la justice capable de « l'entendre » et de « comprendre ce qu'elle veut de nous » (Jacques Derrida, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 44), Derrida ouvrait la voie à une dérivation pratique de l'« appel de l'être » heideggerien, dont l'œuvre politique d'Agamben peut passer pour une accentuation. De tels efforts pouvaient d'ailleurs trouver un point d'appui solide dans l'analyse de l'agir comme « condition de la pensée » chez Reiner Schürmann (Id., *Le Principe d'anarchie. Heidegger et la question de l'agir*, Bienne-Paris, éd. Biaphanes, 2013 [1982], notamment p. 341 seq.) ou encore dans les lectures de Heidegger de veine marxiste, comme celle de Kostas Axelos (Id., *Arguments d'une recherche*, Paris, Minuit, 1969).

<sup>11</sup> Giorgio Agamben, *Altissima povertà. Regole monastiche e forme di vita*, Vicenza, Neri Pozza, 2011.

<sup>12</sup> Martin Heidegger, *Gelassenheit*, Neske, Pfullingen, 1957, tr. fr. A. Préau, « Sérénité », in *Questions III*, Paris, Gallimard, 1989, p. 161-181 ; « La question de la technique », tr. fr. André Préau, in *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1999 [1958], p. 8-48, p. 30.

même temps la voie à l'exhibition de la « structure originaire de la sphère étatique » et du « nouveau *nomos* biopolitique de la planète<sup>13</sup> ».

S'il est plus facile de commenter cette hérédité herméneutique de l'extérieur que de trouver un moyen viable de la repousser, du moins Agamben en tire un parti novateur du point de vue de la recherche philosophique. Il n'aura pas hésité en effet à se placer sur un terrain à la fois proprement historique — adossé à une institution disparue de l'ancienne Rome — et strictement juridique — puisque cette institution scientifiquement tombait dans le domaine réservé de la romanistique<sup>14</sup> — pour y trouver l'élément déclencheur, l'amorce ou plus exactement le référent archéologique d'une interprétation des rapports paradoxaux de la démocratie contemporaine et du droit.

Or l'intérêt d'un tel couplage de l'érudition juridique à la recherche philosophique tenait précisément en ceci, qu'il était de nature à répondre à l'étonnement provoqué par les paradoxes de la suspension légale des droits fondamentaux. Il permettait en effet d'assigner au moins l'une de leur conditions de possibilité à la sphère juridique et institutionnelle, plutôt que de les référer au seul domaine politique et moral. S'il est vrai que la figure juridique de l'*homo sacer*, à la fois tuable et insacriable, constitue le paradigme archaïque de la situation des individus dont les droits fondamentaux sont aujourd'hui suspendus — comme l'avance Agamben en remarquant que toutes ces situations procèdent d'un même type d'opération souveraine, consistant à séparer, au sein d'un même « homme », entre le citoyen muni de droits et la « vie nue » de l'individu réel qui les porte — alors le scandale des infractions légales aux droits individuels fondamentaux retentit bien au-delà des simples circonstances récentes de la vie politique et des relations internationales. Il renvoie moins au machiavélisme de circonstance ou aux vices des mandataires politiques en charge<sup>15</sup> qu'à un point d'ombre de la structure juridique des démocraties.

Si la perspective ouverte par de telles études est à prendre au sérieux, alors le philosophe est amené à faire la part des mécanismes de pensée qui président à la détermination positive du droit. Cette conversion du regard à rebours — il faudrait

---

<sup>13</sup> Agamben, tr. fr., , p. 20 et p. 190.

<sup>14</sup> Citons la monographie juridique du romaniste Roberto Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Naples, Jovene, 1996.

<sup>15</sup> On ne saurait réactiver la vieille *virtu* comme principe républicain d'implication dans la vie politique indépendamment de la contrepartie que la vertu trouve nécessairement dans le *vice*.

presque parler d'une *révulsion* du regard — l'arrache à la contemplation des principes où il se sent chez lui — au sens du *bei sich* hégélien<sup>16</sup> — l'incitant à scruter désormais des machineries d'un autre type, dotées du pouvoir de fixer la physionomie positive des normes juridiques.

### **Factum**

Rien n'est plus commun que de désigner la frontière du droit et de la politique à l'aide de la distinction du droit (*ius*) et du fait (*factum*). C'est la façon dont procède par exemple Herbert Hart, au début des années 1960, dans son essai classique de théorie juridique intitulé *The Concept of Law*. Pour expliquer le fondement des ordres juridiques, Hart admet que l'existence de la règle « secondaire » dont dépend en dernier lieu, selon lui, la validité des règles qui obligent les individus, n'est elle-même qu'une question de fait : « *its existence is a matter of fact*<sup>17</sup> ». À la vision néo-kantienne qui voudrait présenter cette règle ultime de reconnaissance (*ultimate rule of recognition*) comme une hypothèse — c'est-à-dire comme une supposition accompagnant *a priori* l'exercice de la pensée juridique en général — Hart oppose la simple possibilité d'apporter une description empirique de ce fait. Pour Hart, il est clair qu'une telle description devrait s'exprimer sous la forme d'une proposition factuelle externe (*external statement of fact*). Ainsi, la règle de reconnaissance dont dépend en dernière analyse la possibilité d'identifier la loi n'est pas elle-même identifiable à une loi. Son existence est celle d'un simple fait.

Soit par exemple la règle qui, en droit britannique, établit que les décisions de la Reine en Parlement ont valeur de loi. Il n'est juridiquement possible de tenir cette règle ni pour une coutume (*convention*), ni pour une loi véritable. Car quand bien même on déciderait, à l'exemple des États dotés d'une constitution écrite, d'édicter cette règle sous la forme d'un *statute*, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une loi organique — il s'agirait encore d'une norme d'un type tout à fait singulier : « car le statut légal d'une telle promulgation (*enactment*) dépendrait nécessairement du fait que la règle ait existé préalablement (*antecedently*) à cette promulgation même et

---

<sup>16</sup> « L'être de l'esprit est d'être chez soi (*bei sich*), c'est-à-dire d'être libre » (G.W.F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (1830), *Gesammelte Werke*, t. 20, § 385, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1992, p. 383).

<sup>17</sup> Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 107.

indépendamment d'elle<sup>18</sup> ». En effet, la seule manière d'accorder valeur légale à une promulgation de la *rule of recognition* serait de supposer qu'elle eût elle-même suivi la règle qu'elle voudrait établir.

La théorie juridique admet donc une ambivalence constitutive au fondement de l'ordre juridique. La règle ultime apparaît comme la réunion oxymorique de la règle la plus juridique qui soit — puisqu'elle fonde la validité de toutes les règles du système, secondaires et primaires — mais aussi la plus factuelle qui soit — puisque son existence ne peut s'attester que sous la forme d'un *external statement of fact*. Chacune des thèses qui proposeraient de réduire la règle ultime à l'un ou l'autre de ces aspects peut s'appuyer sur un *juste motif* :

The case for calling the rule of recognition « law » is that the rule providing criteria for the identification of other rules of the system may well be thought a defining feature of a legal system, and so itself be called « law » ; the case for calling it « fact » is that to assert that such a rule exists is indeed to make an external statement of an actual fact concerning the manner in which the rules of an « efficacious » system are identified.

Pour appeler « droit » la règle de recognition, on peut faire valoir que la règle qui fournit le critère d'identification des autres règles de droit apparaît naturellement comme un trait structurant de l'ordre juridique, et puisse bien elle-même se faire appeler « droit » ; au contraire pour l'appeler « fait » on peut faire valoir qu'affirmer l'existence de cette règle, c'est émettre un jugement sur un fait effectif, qui concerne la manière dont les règles d'un ordre juridique « efficace » sont identifiées<sup>19</sup>.

Peu importe ici la façon dont Hart s'arrange de ces antinomies. Il nous suffit de remarquer la manière dont la dichotomie des questions de droit et des questions de fait se trouve impliquée dans le tracé théorique des limites de la pensée juridique. La règle ultime de reconnaissance en effet représente, pour ainsi dire, le dernier référent juridique possible, sous la forme d'une norme insusceptible de faire elle-même l'objet d'une autre norme ; une sorte d'équivalent normatif à la *causa sui* des métaphysiciens classiques.

Il est remarquable, en outre, que cette limite de la pensée juridique prenne non seulement la forme d'un « fait », ainsi que nous l'avons dit, mais d'un fait politique

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>19</sup> *Ibid.*

— « *a political fact* ». Si Hart ne développe pas ce point — se contentant de suggérer que cette réponse fut avancée par « d'autres » pour sortir du « désespoir » (« *cry of despair* ») causé par la difficulté — il a pourtant son importance. Ceci nous apprend que le *fait* s'impose comme le nom juridique des événements politiques, y compris sous cette forme qui coïncide avec la position de la « règle ultime » d'un ordre juridique.

### **Procédure**

L'on conçoit facilement que la philosophie du droit, à l'exemple de Hart, réserve une place de choix à la discussion des apories qui entourent la naissance des ordres juridiques. Si cette discipline se donne pour tâche de clarifier le fondement du travail intellectuel du juriste, ou encore de décrire le système dynamique des normes dont les juges sont les interprètes, il est naturel qu'une question si fondamentale, au sens exact du terme, accapare son attention, à plus forte raison si cette question recèle des paradoxes difficiles. Un effort élémentaire de distanciation nous apprend néanmoins que la division du *fait* et du *droit*, tout en recevant un rôle prépondérant dans la formulation de ces subtils débats théoriques, jette dans la tradition juridique des racines beaucoup plus profondes qu'il n'y paraît à première vue. Il est vraisemblable en effet que le sens premier de cette distinction apparaisse en droit positif dans le domaine non des principes constitutionnels, mais des procédures civile et pénale.

- *Judices et juratores*

Voyons d'abord la forme qu'elle reçoit en droit pénal. Elle y est invoquée avant tout pour départager, au sein de la cour d'assise, les compétences du jury d'assise de celles de la cour au sens strict. Cela est particulièrement clair en *common law*, où l'importance de l'institution du *jury of twelve men* se marque depuis le Moyen Âge par une insistance particulière sur les faits et la façon d'en rassembler la preuve<sup>20</sup>. Un adage latin, probablement forgé par les juristes élizabéthains, énonce explicitement ce partage des rôles : *ad quaestionem facti non respondent iudices, ad*

---

<sup>20</sup> Stroud F. C. Milsom a remarqué cette spécificité du droit anglais : « the English law-suit seems always to have brought ou∞ot more facts than did the earlier Roman pattern » (« Law and Fact in Legal Development », *University of Toronto Law Review*, 17, 1967, p. 1-19, p. 3).

*quaestionem juris non respondent juratores* (« les juges ne répondent pas aux questions de fait ; les jurés ne répondent pas aux questions de droit »)<sup>21</sup>. Cette formule exprime nettement, semble-t-il, le principe d'une répartition des compétences : la distinction des deux types de questions coïncide avec celle des organes judiciaires censés les trancher.

Or, ainsi qu'il est fréquent pour des formules qui s'inscrivent dans la tradition scolastique des *brocards*<sup>22</sup>, comme c'est le cas de celle-ci, le sens n'en est pas vrai absolument. Il arrive, en effet, qu'au cours d'un procès les juges examinent des questions de fait, sans s'en remettre pour cela au jury. Comme le remarque James Thayer, ces incursions sont même constantes :

Was the deed that was put forward in pleading "rased" or not? If a party claimed the right to defend himself as a maimed person, was it really mayhem? Was a person presenting himself and claiming to be a minor, really under age? A stream of questions as to the reality, the *rei veritas*, the fact, of what was alleged before them, was constantly pouring in. A prisoner, for example, had confessed; on being brought into court, he declared that it was by duress of his jailer. Was this so? To find this out the justice took the short cut of sending for several of the fellow-prisoners and the jailer, and questioning them all in the prisoner's presence; and he found that it was not true.

Avait-on oui ou non falsifié (*rased*) une pièce de procédure produite devant la cour ? Si une partie se prétendait victime d'une mutilation, s'agissait-il vraiment d'un cas de mutilation (*mayhem*) ? Si une personne se présentait devant la cour comme mineure, son âge était-il vraiment inférieur à l'âge légal ? Un flot de questions ne cessait d'affluer quant à la réalité, à la *veritas rei* ou au fait auxquels renvoyaient les allégations faites devant la cour. Un prisonnier, par exemple, était passé aux aveux (*had confessed*) ; une fois conduit devant la cour, il déclare l'avoir fait sous la contrainte physique du geôlier. En était-il ainsi ? Pour le tirer au clair, le juge eut recours à un expédient (*short cut*). Il fit appeler plusieurs codétenus du défendant ainsi que le geôlier pour les interroger en présence du prisonnier, découvrant que celui-ci avait menti<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Friedrich August Biener, *Das englische Geschworenengericht*, Leipzig, 2 vol., 1852 ; cité par James B. Thayer, « "Law and Fact" in Jury Trials », *Harvard Law Review*, 4 (4), Novembre 1890, p. 147-175.

<sup>22</sup> Stefën Kuttner, « Réflexions sur les brocards des glossateurs », in *Mélanges De Ghellinck*, Gembloux, 1951, p. 767-792 ; Peter Weimar, « Argumenta brocardica », *Studia Gratiana*, XIV, 1967, p. 89-124. Dans la logique de Dohna-Wundlacken, Kant se réfère aux brocards juridiques, dont il fait une espèce savante de préjugés (Emmanuel Kant, *Dohna-Wundlacken Logik*, in *Gesammelte Schriften (Akademie Ausgabe)*, t. XVI, *Handschriftlicher Nachlass: Band III Logik*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1924, Fragment 2527, p. 406).

<sup>23</sup> James B. Thayer, , p. 148.

Incessamment, le juge tranche donc des questions de fait. C'est lui qui détermine si les aveux du prisonnier lui ont été, oui ou non, arrachés par la torture ; ou qu'on a gratté la surface d'une pièce de procédure, pour falsifier son contenu.

Comment dès lors expliquer le sens de l'adage élizabéthain ? C'est qu'il faut distinguer entre plusieurs catégories de *faits*. Qu'une personne soit *de fait* mineure ou qu'il y ait *de fait* défiguration plutôt que simple violence, le juge doit le déterminer pour des raisons de mise en place juridique, qui concernent le lancement et l'avancée formels de la procédure — ce que le droit français nomme le *déroulement* de l'affaire<sup>24</sup>. Ces faits ne soulèvent que des « questions incidentes (*incidental questions*)<sup>25</sup> » dont la résolution doit permettre de faire éclater correctement la controverse principale. En revanche, d'autres *faits* se trouvent au centre même du procès. Ce sont ceux que le langage juridique désigne comme « les faits poursuivis ». Sur ceux-là, nul autre que le jury ne sera amené à se prononcer à l'audience. Ainsi le vieil adage pénal prend-il son sens exact : il engage uniquement la distinction des faits poursuivis — dont la connaissance échoit exclusivement aux jurés — et de leur qualification juridique — dont la détermination revient au juge. Certes, les juges se penchent couramment sur des faits *incidents*. Mais seuls les jurés examinent les faits *poursuivis*. On voit que l'adage touche au cœur de la définition des compétences du jury, qu'il isole doublement, en séparant d'une part les faits poursuivis des faits incidents ; d'autre part entre la détermination de ces mêmes faits et leur qualification par le juge. Il attribue donc au jury, au sein de la cour d'assise, le rôle d'une sorte de substitut profane du juge, dont la magistrature (*office*) est soigneusement limitée à l'acquiescement d'une tâche unique : celle de se prononcer sur la vérité des faits principaux qui sont reprochés à l'accusé<sup>26</sup>.

Cette interprétation rejoint la reconstruction des origines médiévales du *Trial by jury* proposée Frédéric W. Maitland. Pour Maitland en effet, les jurés auraient vu leur rôle évoluer lentement, au cours du XIII<sup>e</sup> siècle, de celui de témoins à celui de juges :

The twelve jurors are ceasing to be witnesses and are becoming judges of fact ; it is no longer the theory that before they come into court they will

---

<sup>24</sup> Code de procédure civile, art. 3 : « le juge veille au bon déroulement de l'instance ».

<sup>25</sup> Thayer, *ibid.*, p. 149.

<sup>26</sup> Considérons que la *common law* interdit que les personnes qui possèdent une connaissance professionnelle du droit siègent dans un jury.

know the truth about the matters at issue, but when they come into court the parties put evidence before them, produce witnesses who testify in the judge's hearing.

Les douze jurés cessent d'être des témoins pour devenir des juges du fait ; on ne suppose plus qu'ils aient connu, avant même d'apparaître au procès, la vérité quant au fond de l'affaire, mais lorsqu'ils apparaissent au procès, les parties exposent désormais leurs preuves devant eux et produisent des témoins qui témoignent au su du juge<sup>27</sup>.

Quoiqu'il en soit des détails de cette évolution du *Trial by jury*, il est clair qu'elle s'accompagne, intellectuellement, d'un nouveau partage entre les faits poursuivis et le droit, car pour ce qui concerne la position même des différents membres qui composent la cour, tous sont placés dans la fonction d'un « juge » et seule diffère la matière de ce qu'ils ont à juger : fait (poursuivi) pour les jurés ; droit pour le juge.

- *Requête civile et recours extraordinaire*

La procédure civile nous livre un enseignement similaire. Comme il est bien connu, la distinction du fait et du droit y sert à distinguer deux classes de compétences : celles des cours d'appel et de première instance d'un côté (requête civile) et celles de la cour de cassation de l'autre (recours extraordinaire). Quoique les lois qui donnent la règle du pourvoi en cassation ne mentionnent jamais explicitement la distinction du droit et du fait, se contentant « d'interdire à la Cour d'examiner le fond des affaires<sup>28</sup> », la doctrine juridique délimite communément le pouvoir de contrôle de la Cour suprême sur les juridictions inférieures en la retenant incompétente en matière de *faits*. Aux *questions de fait* dont peuvent connaître les juges d'instance et d'appel (*juges du fond*), s'opposent ainsi les *questions de droit* auxquelles la cour de cassation est tenue de se limiter.

En termes pratiques, comme on l'a noté, « la distinction des questions de fait et des questions de droit joue le rôle de critérium fondamental des erreurs et des vices qui peuvent donner lieu à cassation<sup>29</sup> ». L'ouverture à cassation réclame en effet d'avoir apporté la démonstration que la décision de la cour inférieure contenait une

---

<sup>27</sup> Frederic W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1919, p. 212.

<sup>28</sup> *Code de procédure civile napoléonien*, art. 3. L'article 604 du nouveau code de procédure civil donne pour tout fondement du pourvoi en cassation l'espoir de « faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

<sup>29</sup> Gabriel Marty, *La Distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 16.

erreur de droit. Cette erreur peut recevoir deux formes. Soit il s'agit d'une violation de la loi (*error in iudicando*) soit d'une violation des formes procédurales (*error in procedendo*). Dans tous les cas, il faut apporter la preuve d'un vice légal de la décision du juge inférieur — vice dont les sources de droit énumèrent les spécifications : de l'incompétence au défaut de base légale, en passant par l'excès de pouvoir et la contrariété de jugement. Ce faisant, le droit de la cassation apporte une définition doublement négative du domaine des questions de fait. La première négation tient à ce qu'on envisage les faits non pas en tant que tels, mais sous l'angle d'une décision qui les a mal appréciés. Il s'agit en d'autres termes d'une erreur judiciaire sur les faits — au sens où ce type d'erreur peut motiver l'appel d'un jugement de première instance. La seconde négation consiste en ceci que cette classe d'erreurs sur les faits est exclue du domaine des vices de décisions susceptibles d'ouvrir à cassation. Formellement, les « faits » sont donc l'ensemble des considérations judiciaires dont la mauvaise appréciation ne justifie aucune ouverture à cassation.

Ceci amène à la formulation d'une distinction doctrinale bien connue. On dira que le juge d'un tribunal civil « est obligé, d'une part de rechercher quels sont les faits qu'il doit, en l'espèce, tenir pour constants et, d'autre part, quelle est la règle de droit applicable à cette situation de fait, pour en déduire enfin sa décision<sup>30</sup> ». Quant au juge de cassation, sa tâche consiste à apprécier uniquement si l'avis rendu par les juges de première instance et d'appel est entaché d'une « erreur dans la qualification ou dans la détermination du caractère légal des faits ». Ainsi, le juge de cassation se borne à déterminer si c'est à tort ou à raison que le juge du fond a décidé d'appliquer à des faits donnés une règle de droit particulière.

La doctrine allemande donne couramment de cet ensemble de mauvaises qualifications une description logique particulièrement restrictive, en les présentant comme des « erreurs de subsumption ». Le domaine des vices légaux paraît ainsi se définir comme la subsumption de faits donnés sous des règles de droit impropres à les encadrer<sup>31</sup>. À la distinction des questions de droits et des questions de faits s'adjoint

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>31</sup> Emil Boyens, « Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts », in *Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts. Sonderheft der Sächsischen Archivs für Deutsches Bürgerliches Recht*, Leipzig, 1904, p. 153-202. Pour une comparaison historique récente entre les droits français et allemands de la cassation, voir Laurence Montazel, *Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIX<sup>ème</sup> siècle*, Francfort, Klostermann, 1998 — qui voit dans la thèse de Gabriel Marty () un « guide

alors une typologie des jugements censés les trancher tour à tour. Les faits appellent une *constatation* — dont l'établissement est déterminé par les règles de formation de la preuve du fait ; les droits appellent une *subsumption* — dont la rectitude est contrôlée en dernière instance par le juge de cassation.

### **Déliation**

Indépendamment de ses corrélations ontologiques ou politiques, la catégorie juridique du fait se présente donc comme l'expression d'une organisation particulière de la procédure civile ou pénale. Elle est un nom qui permet de séparer entre différents *offices* au sein des tribunaux ; une clé de répartition entre différentes fonctions judiciaires.

Arrêtons-nous un instant sur le sens de cette remarque. Il est banal de constater que la catégorie juridique du fait contribue à dessiner la physionomie institutionnelle des cours de justice, puisqu'elle apporte le fondement théorique de la distinction entre les compétences du jury et de la cour pénale, ou entre celles du juge de fond et du juge de cassation. Mais quel enseignement doit-on tirer de cette constatation ? Faut-il penser que cette organisation judiciaire s'appuie sur une notion préétablie de ce qu'est la sphère réelle des « faits » ? Ou faut-il supposer que la notion reçoive son sens même de cette destination pratique ? La seconde de ces hypothèses semble avoir été rarement soulevée. Elle recèle pourtant des difficultés intéressantes, d'ordre indissociablement philosophique et juridique. Est-il possible de se représenter que ce registre de signification procédurale puisse primer sur toute dénotation ontologique de la notion de *fait* ?

Cette hypothèse reviendrait à fonder la distinction du fait et du droit sur un pur point de procédure. La pensée juridique n'établirait pas cette distinction en opposant l'un à l'autre deux groupes de propriétés *réelles*, dont les premières définiraient certains événements comme des faits et les secondes caractériseraient d'autres événements comme des droits. Pas davantage le droit ne mobiliserait-il cette distinction à travers une question de la forme : « X est-il un fait ? » ou « Y est-il un droit ? ». Le juriste en aurait un usage beaucoup plus pragmatique. La première

---

éclairé » « de référence encore aujourd'hui » (, p. 14), auquel sa recherche ne veut apporter qu'un complément comparatif.

question qu'il se poserait ne serait pas « X est-il un fait ? », mais « qui doit répondre à X ? » ou « qui est compétent pour trancher Y ? ».

Cette hypothèse a pour elle une certaine vraisemblance. Lorsque la procédure pénale britannique confie au jury l'examen des questions de faits, apporte-t-elle aux juristes un critère substantiel qui, à propos d'un élément X, permettrait de déterminer si X est un fait afin, le cas échéant, d'en confier l'examen au jury ? C'est en vain que nous chercherions un tel critère dans les sources juridiques. Reconnaisant « l'impossibilité de découvrir un critère vraiment opératoire » de la distinction du fait et du droit, telle qu'elle détermine l'ouverture à cassation, la doctrine française s'entient communément à « la simple énumération des cas où la cour supérieure s'abstient de juger<sup>32</sup> ». De même, en droit romain, on a souvent démontré le caractère « insaisissable » que les juristes classiques prêtaient aux faits. Pour le droit pénal Mommsen affirme qu'il « faut renoncer à fixer d'une manière générale la notion du fait<sup>33</sup> ». Pour le droit civil, une thèse récente soutient que « la nature du *factum*, sa complexité, son caractère insaisissable, rendent nécessairement inexhaustif ou hasardeux tout travail définitoire<sup>34</sup> ». Nous sommes donc clairement poussés à supposer que les magistrats ne raisonnent nullement à la manière des philosophes. À propos des faits, les juges ne s'appuient pas sur la volonté de déterminer la *vérité* d'une proposition donnée : ils ne se demandent pas, en termes logiques, si, oui ou non,  $\varphi(x)$  est le cas — où  $\varphi$  serait la fonction propositionnelle « être un fait ». La pensée juridique procède exactement à l'inverse. L'acte de nommer X comme un fait est réductible à la décision d'attribuer au jury la compétence qui consiste à trancher la question de son existence. Pour le dire autrement, si je pense en juriste, je ne me pose pas d'abord la question de savoir si X *est* un fait ou un droit, pour ensuite me demander s'il revient au juge ou au jury d'établir son contenu ou sa validité. En nommant X une question de fait, je confie *ipso facto* au jury le soin de la résoudre ; en nommant Y une question de droit, je confie *ipso facto* au juge cette responsabilité.

Cette sorte de déliaison ontologique ressort encore d'une autre manière de l'interprétation à double sens de l'expression *quaestiones facti*, telle qu'elle se

---

<sup>32</sup> Christian Atias, *Science des légistes, science des juristes*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993 [1985], p. 78.

<sup>33</sup> Theodor Mommsen, *Le Droit pénal romain*, tr. fr. J. Duquesne, 3 t., Paris, Albert Fontemoing, 1907, t. I, p. 111.

<sup>34</sup> Nicolas Cornu-Thénard, *La Notion de fait dans la jurisprudence classique. Étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, Thèse pour le Doctorat en droit Paris II – Panthéon Assas, 2011, p. 195.

recontre dans l'adage élizabéthain. Nous l'avons vu, pris à la lettre, cet adage est faux. Il ne se comprend qu'à partir du moment où l'on rapporte la distinction qu'il opère, entre deux types de *quaestiones*, à sa juste place au sein de l'*ordo iuris*. C'est seulement à propos de certains faits que l'adage prend sens : les quelques faits poursuivis, et non la masse des faits incidents que résout le juge pour veiller au déroulement de l'affaire. Mais quel sens donner alors à cette distinction des faits incidents et des faits poursuivis ? Il est évident que ce sens, s'il existe, ne peut être déterminé que par la procédure elle-même. Seule peut le spécifier l'hypothèse particulière qui préside à la naissance de l'instance ; c'est-à-dire la forme concrète et particulière de la plainte qui a fait naître la *causa*. Or s'il en est ainsi, c'est que rien ne distingue *ontologiquement* les faits qu'examine exclusivement le juge de ceux qu'examinent exclusivement les jurés. Du point de vue de la vérité — c'est-à-dire du point de vue philosophique, tous sont également des « faits ». Si la distinction du droit et du fait intervient cependant, pour permettre de distinguer entre les *quaestiones juris* et les questions qui concernent certains seulement de ces faits (les faits poursuivis), c'est que seuls ces derniers la rendent pertinente. C'est à leur propos seulement que s'impose la nécessité de séparer les compétences respectives du jury et de la cour. La distinction intervient ainsi, à leur propos, comme un moyen d'interdire au juge de résoudre lui-même la question, et d'obliger le jury à le faire<sup>35</sup>. Il s'agit là d'un point de pertinence procédurale. C'est ce point que vient condenser l'adage élizabéthain — lequel fait donc tout sauf nous mettre sur la voie d'une quelconque définition juridique de l'essence des *faits* en général.

---

<sup>35</sup> Il s'agit bien d'une obligation, créée par l'institution concomitante du déni de justice.

- 
- ◦

Voici donc quatre données qui tracent l'orbite de cette recherche : le parti-pris archéologique d'éclairer, par rétrojection historique, un certain embarras de la démocratie contemporaine avec le droit ; une thématique conceptuelle, celle de la conception juridique des simples faits ; une attention méthodique aux occurrences de cette « conception » au sein de l'histoire même du droit positif et de la science juridique ; un problème philosophique : celui du lien de la pensée juridique au réel.

L'exposé qui va suivre précisera chemin faisant les relations qui unissent entre eux l'ensemble de ces paramètres, mais il est sans doute souhaitable d'apporter encore quelques indications préliminaires, afin de resserrer le cadre et la focale de l'enquête.

- ◦
-

## D'un droit l'autre

Ma démarche constitue une tentative d'exploitation philosophique de l'histoire du droit. En termes philosophiques, elle poursuit un but archéologique et rétrospectif, celui de remonter vers le passé pour en extraire ce que Walter Benjamin appelait une « image dialectique » du présent — ou pour le dire avec moins d'emphase l'occasion de faire apparaître sous un angle insolite les problèmes du jour<sup>36</sup>. Or cette ambition se décline ici à travers un second glissement, non seulement du présent vers le passé, mais encore à l'intérieur du territoire intellectuel de ce que nous appelons la pensée juridique. Si les problèmes dont nous sommes parti en premier lieu relèvent de la sphère du droit public, c'est dans un autre domaine que j'en rechercherai les conditions d'intelligibilité dans un autre domaine : celui du droit privé.

Il est commun d'accorder la distinction dogmatique du droit public et du droit privé à la définition liminaire du *Digeste* : « *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*<sup>37</sup> » ; « Le droit public est le droit qui concerne la situation des affaires romaines ; le droit privé celui qui concerne l'intérêt des particuliers ». Un commentateur averti propose de cette formule la paraphrase suivante : « le droit public est le droit qui règle les relations juridiques du *populus Romanus*<sup>38</sup> ». De même, le droit public actuel se donne pour l'ensemble des règles juridiques qui engagent l'État en tant qu'acteur. Il a pour objet « l'organisation de l'État et des personnes morales qui en dépendent, ainsi que leurs rapports avec les particuliers<sup>39</sup> ». Or il est clair que la question de la protection juridique des libertés fondamentales touche aux obligations de l'État dans ses rapports avec les personnes privées. Que les particuliers possèdent le statut de citoyens, de demandeurs d'asile ou d'*unlawful combatants*, le problème juridique se formulera essentiellement de deux manières : ou bien il porte sur l'étendue de l'obligation où se trouve l'État, vis-à-vis de ces personnes privées, de respecter leurs droits fondamentaux ou bien il porte

---

<sup>36</sup> Sur l'archéologie comme « sortie de la pensée philosophique traditionnelle », voir avant tout Bruno Karsenti, *D'une philosophie à l'autre. Les sciences sociales et la politique des modernes*, Paris, Gallimard-NRF, 2013, p. 29 ; ainsi que Paul Rabinow, *Anthropos Today: Reflections on Modern Equipment*, Princeton University Press, 2003. S'il est permis, je mentionnerai mon mémoire de D.E.A. à l'EHESS, sous la direction de Heinz Wismann, « Michel Foucault et l'histoire. Stratégies philosophiques et utilisation des données historiques », EHESS, septembre 2004.

<sup>37</sup> D, 1, 1, 1, 2.

<sup>38</sup> Fritz Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts: Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, München, Duncker et Humblot, 1934, p. 18. Sur la possibilité intermédiaire, pour les cités romaines, d'apparaître cependant comme des acteurs de strict droit privé, voir Yan Thomas, « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, 74, mars-avril 1993, p. 23-44.

<sup>39</sup> Jean Carbonnier, *Introduction au droit civil*, Paris, PUF, 1995, p. 95.

réciproquement sur la forme des droits que possèdent ces individus vis-à-vis de l'État, jusqu'au cas limite du droit qu'ils auraient de lui résister par les armes<sup>40</sup>. Au sens proprement juridique du terme en effet, comme l'a bien vu Carl Schmitt, « les droits fondamentaux sont essentiellement [...] des droits de l'individu humain libre, et en fait des droits qu'il possède envers l'État<sup>41</sup> ». Mais qu'on préfère soulever la question dans un sens ou dans l'autre — comme une limitation des pouvoirs de l'État sur l'individu ou comme un *empowerment* de l'individu contre lui — il reste que le problème s'adosse au domaine du droit public, en tant que l'État figure comme l'une des parties au procès.

Quant au problème de l'origine de l'ordre juridique, il est commun de le rapporter à la question de la naissance de l'État. Dans une perspective positiviste, les deux coïncident sans reste l'une à l'autre, puisque l'existence de l'État se confond sans reste avec l'ordre juridique. Mais même les critiques du positivisme semblent faire de la naissance de l'État un épisode névralgique de l'émergence du droit, soit en envisageant un « fondement mystique de l'autorité », soit en plaçant la « naissance d'une nation », pour reprendre le titre du film archétypique de D. W. Griffith, dans une certaine *epopée* populaire. L'un dans l'autre, bien qu'il engage la totalité du droit et par conséquent le droit privé non moins que le droit public, le problème de l'origine de l'ordre juridique est en tout cas traité de préférence comme un aspect relatif à la théorie de l'État<sup>42</sup>.

Or l'analyse historique de la notion de « fait », dont la doctrine de Hart nous a montré le rôle prépondérant qu'elle jouait dans le traitement philosophique de ces mêmes questions, nous invite à basculer dans un domaine juridique passablement différent : celui des procédures et des relations entre individus privés. N'a-t-on pas déjà un premier aperçu du sens particulier — et ancien — que recevait la notion de fait dans le domaine de l'organisation judiciaire, pénale et civile ? Des compétences du *Jury of twelve men* jusqu'à la configuration du pourvoi en cassation, nous avons surpris le mot de « fait » à l'œuvre dans des problèmes apparemment tout à fait

---

<sup>40</sup> Pour une gradation des formes-types de résistance, allant de « l'obéissance passive » à la « résistance active », celle-ci visant à la destruction de l'ordre juridique au moyen de la violence armée, voir Alessandro Passerin d'Entrèves, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milan, Giuffrè, 1973, p. 35-37.

<sup>41</sup> Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, tr. fr. Lilyane Deroche, Paris, P.U.F., 1993, p. 302.

<sup>42</sup> Hans Kelsen, « La Naissance de l'État et la formation de sa nationalité », *Revue de droit international*, 1929, p. 613-641. Sur le « fondement mystique de l'autorité », formule de Pascal commentée par Derrida, voir *Force de loi*, ; le succès du film *Birth of a Nation* de D. W. Griffith, aujourd'hui controversé pour sa lecture raciste de l'histoire des États-Unis, date de sa sortie en 1915.

étrangers à la question numineuse des origines de l'État. Sitôt retombés dans cette sphère positive du droit, le ton se fait plus prosaïque. Les apories abyssales se délient pour faire place à l'esprit rassis des praticiens. Sans doute s'agit-il là d'une pure apparence, de l'un de ces artifices sémiotiques grâce auxquels le procès en justice passe pour incarner dans la cité l'instance la plus compacte de l'autorité symbolique. Il n'est reste pas moins, s'il est permis d'emprunter une image au poète Jack Spicer, rapportée en exergue, que ces considérations de procédure représenteraient pour le philosophe une bonne occasion de s'essayer à « parler doucement<sup>43</sup> ».

On pourrait certes estimer que l'administration de la justice appartienne aux prérogatives exclusives de l'État. Cela réduirait la portée de l'écart entre les acceptions générales (publiques) et procédurales (privées) de la notion de fait. Mais outre que le monopole étatique de la *iurisdictio* est d'une part tout à fait relatif sur le plan historique<sup>44</sup>, d'autre part largement mis à mal par les développements contemporains de l'arbitrage international<sup>45</sup>, le fait de rapporter la division du fait et du droit à ses incidences procédurales suffit à la faire apparaître sous un jour *abstrait*. Le drame qu'entrevoit Victor Hugo dans la « lutte du droit et du fait [qui] dure depuis l'origine des sociétés<sup>46</sup> » s'estompe, prenant d'emblée une allure plus mécanique et routinière. En fournissant la clé de répartition d'une série de compétences judiciaires distinctes, soit entre le jury et le juge, soit entre les juges du fond et la cour de cassation, elle présente une certaine teneur *technique* que n'invitait

---

<sup>43</sup> Dans le poème placé en exergue, « To the Semanticists », in *One-Night Stand and other Poems*, San Francisco, Grey Fox Press, 1980, p. 13.

<sup>44</sup> Un large volet de l'historiographie médiévale a de longue date insisté sur l'origine « sociale » plutôt qu'étatique de l'administration de la justice — annonçant bien des développements de l'anthropologie juridique contemporaine. Voici par exemple ce qu'écrivait Fustel de Coulanges de la justice publique germanique : « Pour s'expliquer le système judiciaire des Germains, il faut remonter au principe d'où ce système tout entier découlait. [...] Chez nous, la justice est un acte d'autorité qui émane des pouvoirs publics et qui s'impose aux individus, parce que nous croyons que toute faute, même quand elle est commise contre un simple particulier, porte atteinte à la société tout entière (...). Les anciens Germains pensaient autrement. Il ne leur semblait pas qu'une faute commise sur un individu intéressât la société, et par conséquent ils n'accordaient pas à la société le droit de juger, de condamner, de frapper. À leurs yeux, la victime seule avait le droit de châtement, ou, en d'autres termes, le droit de vengeance, [lequel] n'appartenait pas à l'individu seul, mais à la famille tout entière » (Numa Denis Fustel de Coulanges, « L'organisation de la justice dans l'antiquité et les temps modernes. II - La justice dans la société féodale », *Revue des deux mondes*, Février 1871, p. 274-298, p. 277).

<sup>45</sup> Sur le phénomène du *private ordering*, il faut renvoyer en premier lieu à l'analyse de Günther Teubner, *Global Law without a State*, Brookfield (USA), Dartmouth, 1997. Selon l'auteur, les États-nations auraient favorisé l'émergence de méthodes privées de gouvernance, en permettant à des acteurs privés ou mixtes d'endosser la responsabilité de réguler le commerce international.

<sup>46</sup> Victor Hugo, *Les Misérables*, t. IV, Pagnerre, Paris, 1862, p. 15, cité par Nicolas Cornu-Thénard, « Le duel entre fait et droit chez les juristes classiques », in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, sous la direction d'E. Chevreau, D. Kremer et A. Laquerrière-Lacroix, Paris, De Boccard, 2012, p. 191-205.

sans doute pas à lui prêter le cadre des grandes apories philosophiques entourant l'origine de l'État. Or c'est vers cette dimension à la fois *technique* et *abstraite* qu'il nous faut glisser, si nous voulons jeter un éclairage archéologique sur les grands problèmes traditionnels de la délimitation du politique et du juridique ou sur ceux du fondement même de l'État.

Est-ce à dire qu'il faut rechercher dans le domaine du droit civil le cœur de la conception juridique du fait ? Reconnaissons que l'affirmation, du moins sous cette forme, véhicule trop de présupposés. On y décèlerait d'abord l'insistance d'une distinction tout à fait traditionnelle, au sein des Facultés de droit, entre deux branches de l'enseignement, et partant entre deux familles de professeurs : les « civilistes » et les « publicistes ». Surtout, la question ne relaie-t-elle pas une vision particulièrement orientée de cette *summa divisio*, en suggérant une certaine prééminence du droit civil sur le droit public ? Pour reprendre une distinction mise en avant par quelques sociologues de l'éducation, nous pouvons dire en effet que si le *curriculum formel* des Facultés de droit distingue ouvertement le droit privé du droit public ; le *curriculum caché* — celui qui s'observe « au-delà et en-deçà du programme affiché<sup>47</sup> » — tend à accorder au premier une sorte de préséance intellectuelle et symbolique sur le second. Ainsi prévaut la coutume, entre gens de métier, de présenter le droit privé comme le plus difficile, le plus technique, mais aussi le plus « pur ». Kelsen a pointé cette « idéologie » :

On aurait en droit privé une relation entre deux sujets égaux et en droit public une relation entre deux sujets dont l'un serait subordonné à l'autre et aurait ainsi une valeur juridique moindre. Seuls les rapports de droit privé seraient véritablement « juridiques » au sens étroit du mot, tandis qu'en droit public, on aurait des rapports de « puissance » ou de « domination », dont le type est la relation entre l'État et ses sujets<sup>48</sup>.

En proposant de « glisser » du droit public au droit privé, au motif que la notion de fait y apparaît sous un jour plus technique, serions-nous en train de sacrifier à ce compartimentage traditionnel et « idéologique » au sein de la profession ?

---

<sup>47</sup> Émilie Biland et Liora Israël, « À l'école du droit : les apports de la méthode ethnographique à l'analyse de la formation juridique », in *Les Cahiers du Droit*, vol. 52, n<sup>os</sup> 3-4, 2011, p. 619-658, p. 623, citant Jean-Claude Forquin, *La Sociologie du curriculum*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008.

<sup>48</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, tr. Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1950, p. 149.

Ce serait d'abord ignorer toutes les raisons qui poussent à relativiser la valeur scientifique de ce clivage. Certes, celui-ci « résiste » au reproche qu'on lui a souvent adressé d'être trop factice pour être ni véritablement pertinent, ni véritablement opportun<sup>49</sup>. Mais cette résistance tient peut-être moins à la distinction manifeste des champs de spécialisation, naturalisée par le *curriculum officiel* à travers l'organisation du recrutement puis de l'enseignement, qu'aux connotations que lui ajoute le *curriculum caché*. En plus des écarts de prestige intellectuel qu'on a déjà mentionnés, souvenons-nous de la remarque du Doyen Carbonnier, cité par Olivier Beaud, avouant que le débat droit public/droit privé « s'est quelquefois pimenté d'une opposition gauche/droite, le droit public ayant la réputation d'être plus "à gauche" (ce qui est psychologiquement important où personne ne se dit conservateur)<sup>50</sup> ». Voici un état de chose qui nous engagerait à faire preuve de prudence, avant de relayer le préjugé qui érige le droit privé en sanctuaire originel de l'ensemble des disciplines juridiques.

Quand bien même cependant la vieille préséance du *ius civile* se réduirait à un nuage d'anecdotes professionnelles, la régression programmatique du domaine du droit public vers celui du droit privé conserverait encore pour l'étude qui me concerne ici un avantage méthodologique substantiel. En arrachant la réflexion sur les rapports du fait et du droit à l'horizon thématique de la limitation des pouvoirs de l'État ou de l'origine de l'ordre juridique, pour déplacer le problème vers le domaine des procédures civiles et de la technique juridique, nous pouvons gager en effet de nous donner toutes les chances d'inscrire la conception juridique des faits dans une perspective historique et comparative de longue portée. Plutôt qu'une redite de l'antienne qui alimente la concurrence professionnelle des civilistes et des publicistes — dont je n'oserais me mêler — c'est ce pas de côté herméneutique qui m'intéresse, car il laisse espérer d'offrir le meilleur point de vue possible, pour fouiller l'hypothèse selon laquelle la conception juridique du fait présenterait un caractère autonome à l'égard des représentations qui orientent ordinairement les réflexions de politique ou de philosophie générale.

On craindra peut-être que cette démarche ne repose sur un cercle. Pour mettre à l'épreuve l'hypothèse d'une autonomie de la conception juridique des faits, il

---

<sup>49</sup> Kelsen, *op. cit.* Michel Troper, « La distinction entre droit public et droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1995, p. 187. Pour une vue plus modérée, voir Olivier Beaud, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », in Jean-Bernard Auby et Mark Freedland (éd.), *La Distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, Paris, Éditions Panthéon, 2004, p. 33 seq.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 31.

s'agirait en somme de se tourner vers un domaine du droit, le *ius civilis*, où le sens commun disciplinaire, à tort ou à raison, indique que cette hypothèse sera le plus probablement corroborée. S'agira-t-il d'extrapoler ensuite au droit en général un résultat qu'on peut s'attendre à tirer sans peine de l'analyse du droit privé ? Et ce programme persuadera-t-il le non-juriste de s'aventurer au sein du *temple de justice*, jusqu'au point où s'accusent sans détour les caractères d'abstraction et de technicité propres au langage de la « tribu des juristes<sup>51</sup> » ?

### **Terminus technicus ?**

Mais le but que je poursuis ici n'est pas tellement d'attester l'existence d'une dimension technique du droit. Un tel propos cacherait mal un truisme que l'expérience commune suffit à révéler. Depuis la Rome ancienne, les « jurisprudents » (*juris periti*) sont culturellement assimilés à des spécialistes rituels. Ils font figure de prêtres de la loi (*sacerdotes legis*), versés dans l'art de manier la signification spéciale soit de syntagmes ouvertement techniques (comme les termes *chirographaire* ou *arrérager*), soit de termes communs affectés d'une signification spéciale (comme le mot *déguerpir*, qui signifie l'abandon de la propriété d'un immeuble, ou le mot *immeuble* lui-même, dont la référence juridique ne s'arrête pas aux bâtiments urbains, mais s'étend parfois, sous sa forme adjectivale, aux fleurs, aux tracteurs et aux poulets). Dans le monde ancien où est apparue la jurisprudence savante, à Rome, « la crainte superstitieuse qu'éveillait l'écriture » s'ajoutait selon Maurice Huvelin à « la vertu d'une terminologie rare et mystérieuse » pour placer sur un même plan les textes de lois et les textes liturgiques, les prédictions, les sorts ou les charmes magiques. Tous ces énoncés avaient en effet en commun de s'exprimer à travers :

des formules rythmées orales (*concepta verba, nuncupationes, carmina*), qui [devaient] produire mécaniquement, par la vertu intrinsèque qu'elles [tenaient] de leur rythme, de leur forme obscure, et des termes fatidiques qui s'y rencontrent, un résultat donné<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> « *Lawyers tribe* », comme dit Bentham pour accuser les juristes anglais d'exacerber délibérément l'opacité de l'ordre juridique (Jeremy Bentham, *Fragment sur le gouvernement. Manuel de sophismes politiques*, tr. J.-P. Cléro, Paris, Bruylant, 1996, p. 175).

<sup>52</sup> Maurice Huvelin, « Les tablettes magiques et le droit romain », *Annales internationales d'histoire*, Congrès de Paris 1900, 2<sup>e</sup> section, Paris, Armand Colin, 1902, p. 15-81, p. 23.

Bien sûr, les résidus ou les affinités magiques de la langue juridique sont peut-être moins discernables aujourd'hui qu'à l'époque archaïque, qui confiait aux pontifes le soin de composer, de conserver et de contrôler la formule des actions de la loi. Mais la spécialisation de cette langue est encore suffisante pour justifier Bruno Latour à parler de « cuisine de la loi » à propos du travail du Conseil d'État<sup>53</sup>. Cette image véridique exprime à juste titre l'aspect technique, presque artisanal que l'exercice du discours juridique conserve en occident.

La sémiotique scientifique complète d'ailleurs cette suggestion. Sans envisager que le langage juridique repose, en termes chomskyens, sur aucune *structure profonde* spécifique — c'est-à-dire aucune structure distincte de celle de la langue dans son ensemble — et tout en reconduisant les instances de ce langage à l'activité d'une pluralité de *groupes sémiotiques* distincts, rassemblant les locuteurs en fonction de la position institutionnelle dont ils sont titulaires, selon qu'ils s'expriment comme législateurs, juges d'appel ou d'instance, commissaires de police, professeurs, etc. — les linguistes admettent néanmoins que le droit compose dans son ensemble un « système particulier de signification<sup>54</sup> ».

Si donc personne ne conteste la valeur technique du langage juridique, pourquoi proposer cette remontée dans le domaine du *ius civilis* ? C'est que l'objet de notre enquête, la notion de fait, présente une physionomie singulière. Elle compte en effet, dans la langue du droit, parmi les catégories les moins clairement empreintes de technicité. Elle se prête il est vrai à certains usages techniques — nous en avons déjà repéré quelques uns dans le domaine de la procédure. Mais ces usages échappent souvent à l'attention des non-juristes, historiens, sociologues ou philosophes, comme s'ils devaient leur demeurer imperceptibles. En ceci la notion se démarque non seulement des mots juridiques ouvertement techniques (*chirographaires* ou *arrérage*), mais également des termes désignant des institutions juridiques à proprement parler, tels que *servitude* ou *dérogation*. Lorsqu'un savant rencontre une notion appartenant à l'un ou l'autre de ces deux familles de termes — terme explicitement technique ou nom d'institution juridique — il sait qu'il s'agit d'une notion chargée d'un sens spécialisé, dont l'émergence et l'évolution relèvent, en partie tout au moins, de la « cuisine » jurisprudentielle et doctrinale. Son attitude

---

<sup>53</sup> Bruno Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002, p. 33.

<sup>54</sup> Anne Wagner, Jan M. Broekman, *Prospects of Legal Semiotics*, Springer, 2010, p. 20.

variera sans doute à proportion de sa disposition méthodologique à prendre au sérieux cette strate de signification, selon qu'il sera davantage résolu à l'examiner ou à en faire abstraction — mais dans tous les cas, il prendra son parti en connaissance de cause, c'est-à-dire dans la claire perception de l'existence de cette gangue de référence jurisprudentielle. De même, il n'est pas douteux au plan sociologique que les acteurs qui sans être strictement des juristes sont amenés par leur activité professionnelle à manier des notions ouvertement juridiques de ce type — au sein d'entreprises commerciales, d'administrations ou de syndicats par exemple — disposent d'une « conscience » relativement claire de leur degré de technicité<sup>55</sup>. Par contraste avec tous ces cas de figure, la notion de « fait » semble beaucoup trop chargée de significations profanes pour qu'on songe spontanément à tenir compte de ses références ou de ses dénnotations de caractère technique. À supposer qu'elle soit en effet, elle aussi, une notion technique du droit, du moins ses valeurs techniques sont-elles trop fines ou trop discrètes pour paraître d'emblée évidentes.

Aussi a-t-on peu remarqué la facture strictement juridique de la notion de *factum*. Un certain nombre d'expressions courantes en portent pourtant la trace, depuis le coupable pris « sur le fait » jusqu'aux « faits et gestes » de tout un chacun. Ces formules laissent encore entendre que les « faits » puissent se référer aux actions d'un agent. Le mot y apparaît clairement comme le participe passé substantivé du verbe *faire*. Il désigne le reliquat de ce qui a *été fait*. Il possède un auteur. On peut l'imputer à un sujet. C'est le fait *de quelqu'un*, comme l'indique la structure génitive de ces autres expressions passées du droit dans le langage courant : « le fait *du* Prince », ou « dire *son* fait à quelqu'un ». Or il est clair que ce n'est plus en ce sens pratique et génitif que nous entendons spontanément le mot. Il se réfère pour nous non plus tellement à un comportement humain, mais à un atome de réalité ; non plus tellement à l'action d'une personne ou à un geste, mais à une donnée objective ou à un état de chose du monde physique. En conséquence, la forme grammaticale que nous prêtons de préférence au mot « fait » n'est plus celle d'un participe verbal. C'est désormais typiquement celle d'un substantif.

Si cette nuance a rarement été soulignée, c'est qu'à l'acception juridique du mot s'en est substituée une nouvelle. La notion de fait en effet s'est largement

---

<sup>55</sup> On sait que la *legal awareness* est devenue une notion commune de la réflexion sur l'accès au droit, souvent apparentée à une préoccupation libérale d'éviter que les justiciables soient « put off seeing a solicitor by fear of the cost, and by not knowing the form » (Marcel Berlins et Clare Dyer, *The Law Machine*, Londres, Penguin Press, 2000 [1982], p. 2).

imposée, sous sa forme substantive et passive, comme une clé de voûte fondamentale de la théorie moderne de la connaissance, au point de recouvrir le vieux sens verbal, personnel et juridique du mot. Si cette évolution est relativement mal connue, son résultat l'est en revanche parfaitement : le mot de *fait* a partout cristallisé, pour devenir une pièce indispensable du discours scientifique moderne, depuis les sciences sociales jusqu'à la philosophie en passant bien évidemment par les sciences d'observation.

Les sciences sociales ont d'abord reçu comme chacun sait des *Règles durkheimiennes* de la méthode sociologique le but d'expliquer les « faits sociaux ». Fameuse, la consigne invitait à traiter ceux-ci « comme des choses ». Au sociologue, il convenait en d'autres termes d'appréhender les comportements individuels non plus comme des sommes d'agissements tendanciellement volontaires, mais comme l'effet conjoint d'une série de causalités collectives tendanciellement inconscientes.

Il est significatif à cet égard qu'une discipline comme la criminologie, fille ingrate des facultés de droit, ait accompagné de si près l'essor scientifique de la sociologie. Les criminologues n'auraient-ils pas préparé la reconversion du *factum* judiciaire en *fait social* ? L'importance bien connue de la question du crime et de sa sanction dans la mise en place de l'ensemble de la sociologie durkheimienne<sup>56</sup> jette sur ce point un éclairage d'autant plus intéressant, que les criminologues du XIX<sup>e</sup> siècle restaient étroitement attachés à la matrice du droit pénal, en proposant de traiter le crime non plus comme l'enjeu d'une qualification judiciaire — au sens juridique traditionnel — mais comme un phénomène de nature objective, physique d'abord — des réflexions physiognomoniques aux considérations sur l'hérédité du caractère criminel ; sociale ensuite — avec l'exploration statistique de ce que Durkheim nommera bientôt la « physique sociale ». Ainsi l'invitation magistrale des *Règles de la méthode sociologique* à traiter les faits sociaux comme des choses garderait-elle la trace, fût-elle négative, du parti-pris d'arracher au droit la connaissance du « fait » criminel. En tout état de cause, la ligne est claire : les « faits et gestes » que connaissait l'ancienne enquête judiciaire sont désormais dissous, pour le sociologue, dans les « faits sociaux » qui les enveloppent. Et ces faits doivent former l'unique objet de son attention.

---

<sup>56</sup> Voir sur ce point Bruno Karsenti « “Nul n'est censé ignorer la loi” », *Archives de Philosophie*, 4, 67, 2004, p. 557-581.

Quant au *Naturforscher*, on ne saurait exagérer le caractère systématique de l'importance que prennent pour lui les faits. Le philosophe Gottlob Frege a résumé celle-ci dans une formule particulièrement incisive. Physicien, chimiste ou biologiste, le savant moderne « s'exclame : “des faits ! des faits ! des faits !” dès qu'il veut inculquer la nécessité d'apporter un fondement sûr à la connaissance<sup>57</sup> ». Prolongeant cette incantation obsessionnelle des faits, la philosophie contemporaine tend de même à définir ceux-ci, d'après Frege, comme « des pensées qui sont vraies<sup>58</sup> » ou bien encore à poser, avec Wittgenstein, que le monde est « l'ensemble des faits, et non des choses<sup>59</sup> ». Nous n'entrerons pas ici dans le détail métaphysique de ces définitions célèbres. Qu'il nous suffise de remarquer qu'on ne saurait charger les *faits* d'un statut cognitif plus éminent, ni leur assigner de rôle logique plus central.

Est-ce donc la prégnance de la notion au sein de l'outillage cognitif des modernes qui explique qu'on ait à peu près oublié les vieilles résonances judiciaires du mot ? C'est la question que se sont posée dans les années 1990 une poignée d'historiens, en marge des querelles qui ont émaillé la *guerre des sciences*<sup>60</sup>. On doit en effet à ce groupe d'auteurs, d'ailleurs hétéroclite, d'avoir mis en évidence ce contraste entre le sens verbal du mot, tel qu'on le rencontre dans le champ judiciaire, et le sens substantivé dont l'a recouvert la philosophie naturelle des modernes. Mais l'examen attentif du dossier, principalement consacré à l'essor d'une nouvelle tradition scientifique dans l'Angleterre élisabéthaine, ne s'est pas arrêté à ce constat terminologique. Il s'est doublé de la présentation d'une hypothèse généalogique,

---

57 « „Tatsachen! Tatsachen! Tatsachen!“ ruft der Naturforscher aus, wenn er die Notwendigkeit einer sicheren Grundlegung der Wissenschaft einschärfen will », Gottlob Frege, « Der Gedanke. Eine logische Untersuchung », in *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, 2, 1918-1919, p. 58-77, p. 74.

58 « Was ist eine Tatsache? Eine Tatsache ist ein Gedanke, der wahr ist », *Ibid.*

59 « Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge », Ludwig Wittgenstein, *Logisch-philosophische Abhandlung, Tractatus logico-philosophicus*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1989, Aphorisme 1.1., p. 4. En distinguant les *faits* des *choses*, l'aphorisme de Wittgenstein ne remet pas en cause le sens statique et substantif du terme, pour revenir au sens verbal de la tradition judiciaire. Il établit seulement une différence logique entre le *fait* dont la proposition vraie est l'image, et la *chose* comme référent purement ontologique — au sens notamment du « retour aux choses » husserlien.

60 Barbara Shapiro, *Probability and Certainty in Seventeenth-Century England. A Study of the Relationships Between Science, Religion, History, Law and Literature*, Princeton University Press, 1983 ; Mark Neustadt, *The Making of the Instauration: Science, Politics and Law in the Career of Francis Bacon*, Ph.D. diss., Johns Hopkins University, 1987 ; Lorraine Daston, « The Factual Sensibility », *Isis* 79, septembre 1988, p. 452-467 ; Rosemary Sargent, « Scientific Experiment and Legal Expertise: The Way of Experience in Seventeenth-Century England », *Studies in the History and Philosophy of Science*, 20, 1989, p. 19-45 ; James K. Chandler, Arnold I. Davidson, Harry Harootunian (dir.), *Questions of evidence. Proof, Practice, and Persuasion accross the Disciplines*, Chicago - London, 1994 ; Barbara Shapiro, « The Concept 'Fact' : Legal Origins and Cultural Diffusion », *Albion*, 26, 1994, p. 227-252 ; et le numéro des Quaderni storici, « I Fatti », 108, 3, 2001.

selon laquelle la tradition romano-canonique et la jurisprudence médiévale auraient précédé la science moderne dans la mise au point de la notion de *factum*.

En formulant cette hypothèse, précisons qu'aucun de ces historiens ne visait à glorifier l'aspect « scientifique » de l'ancienne jurisprudence savante. Aucun esprit d'apologie disciplinaire ne les incitait en particulier, comme d'autres l'avaient fait avant eux, à créditer l'édification scolastique de l'*utrumque ius*, au bas Moyen Âge latin, d'avoir, par sa rigueur, annoncé les grandes réalisations de la science moderne, à compter de la *mathêsis* galiléenne<sup>61</sup>. Loin de ces effets de crânerie, que seul peut expliquer un certain solipsisme de l'historiographie juridique, il s'agissait plutôt de montrer que l'hypothèse de cette filiation jetait une lumière nouvelle sur le style de pensée propre à la science moderne<sup>62</sup>. La notion de fait sur laquelle s'appuyait l'épistémologie des modernes portait-elle encore la trace de ses anciennes occurrences judiciaires ? Les traditions juridiques avaient-elles fourni l'une des préconditions intellectuelles à l'émergence du « décorum épistémologique<sup>63</sup> » des modernes ?

L'analyse à laquelle ce problème a donné lieu s'est principalement concentrée sur deux personnalités prestigieuses : Francis Bacon et Robert Boyle. Respectivement chefs de file du renouveau anti-aristotélien de la philosophie naturelle, et de la méthode expérimentale proprement dite, la question était d'examiner le ressort et l'ampleur de la mobilisation, par ces auteurs, des modèles et des références judiciaires. Contentons-nous ici d'évoquer le cas de Bacon. En plus d'avoir précédé Boyle, qui s'est présenté comme son continuateur, Bacon occupait en effet, ainsi qu'on l'a remarqué, une « situation idéale<sup>64</sup> » pour transférer dans la philosophie naturelle les méthodes judiciaires d'établissement de la preuve.

L'histoire philosophique traditionnelle n'ignorait certes pas l'accointance de Bacon avec le système judiciaire. Qu'il ait consacré une part conséquente de sa réflexion littéraire à des questions étroitement juridiques, qu'il ait connu la procédure

---

<sup>61</sup> Harold J. Berman, *Law and Revolution*, t. 1, *The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 1983, p. 151-164.

<sup>62</sup> Au contraire l'analyse de Berman procède d'une comparaison anhistorique entre la scolastique juridique et le rejet galiléen de l'aristotélisme, sans davantage d'analyse du lien de l'expérimentation moderne à la tradition juridique : « [legal science] was not, to be sure, an "exact" science, like modern physics or chemistry ; nor was it susceptible to the kind of laboratory experimentation that is characteristic of many (though not all) natural sciences, although it did utilize its own kinds of experimentation » (*op. cit.*, p. 151).

<sup>63</sup> Steven Shapin, « Epistemological decorum : the practical management of factual testimony », in *A Social History of Truth, Civility and Science in seventeenth century England*, University of Chicago Press, 1994, p. 193-242.

<sup>64</sup> Barbara Shapiro, « The Concept 'Fact' », *op. cit.*, p. 14.

judiciaire de première main pour l'avoir personnellement appliquée, sous plusieurs formes, en tant que Lord Chancellor de Jacques Stuart d'Angleterre à la Cour de la chancellerie (*Chancery court*), puis en tant qu'avocat général à la Chambre étoilée (*Star Chambers*) — toutes ces données étaient notoires. De même, on a toujours su que la *Chancery court* appliquait la procédure de l'*equity*, un mixte de *common law* et de droit civil de tradition romaine et continentale ; tandis que la Chambre étoilée appliquait la procédure d'enquête, autrement dit l'*inquisitio* de facture romano-canonique. Cependant l'historiographie traditionnelle s'est volontiers contentée de juxtaposer ces éléments à l'enseignement scientifique de Bacon, sans s'interroger sur leurs liens. Tout au mieux aura-t-on opposé l'aspect révolutionnaire des thèses philosophiques de Bacon à l'arrivisme conservateur dont il fit preuve dans sa carrière judiciaire, marquée par une servilité indubitable envers les personnages capables de favoriser son ascension. Cet opportunisme courtisan fut même associé aux effets typiques de l'autoritarisme monarchique dont la guerre civile allait bientôt débarrasser l'Angleterre<sup>65</sup>. En tous les cas, cette lecture poussait à couper en deux l'œuvre de Bacon. Elle tranchait non seulement les liens qui pouvaient attacher ses traités de philosophie à ses écrits de jurisprudence, mais plus généralement la relation entre sa production savante et son expérience directe de la haute magistrature.

Là-contre, une nouvelle génération d'historiographes a revalorisé la densité du réseau d'analogies judiciaires qui a entouré la formulation du nouveau programme baconien de philosophie naturelle. On a montré comment la méthode inductive, désormais préconisée pour l'élucidation des phénomènes naturels, s'appuyait sur la nécessité d'un établissement des « faits ». Or le système romano-canonique d'administration de la preuve judiciaire constituait assurément un modèle permettant de penser un moyen rationnel de contrôler la détermination des « faits ». L'examen critique des éléments de preuve, l'organisation fort complexe de la sélection et du traitement des témoignages, les règles rationnelles de vérification des faits — tous ces éléments furent « appropriés (*appropriated*)<sup>66</sup> » par Bacon pour asseoir la connaissance naturelle sur un fondement philosophique nouveau. La connaissance cessait de procéder du seul appétit noétique de la partie intellectuelle de l'âme — selon le modèle psychologique finaliste transmis par la métaphysique de tradition

---

<sup>65</sup> C'est la vision classique de Thomas Babington Macaulay, *The Life and Writings of Francis Bacon, Lord Chancellor of England*, Edinbourg, 1837.

<sup>66</sup> Selon l'expression bienvenue de Barbara Shapiro, *op. cit.*

aristotélicienne. Elle était désormais référée à la pratique d'une *inquisitio naturae*, c'est-à-dire d'une enquête visant la Nature, enquête expressément conçue à l'image d'une procédure judiciaire.

Bien sûr les « faits » n'étaient pas dans les deux cas du même ordre. Les faits de nature étaient ceux dont l'histoire naturelle assurait la collection, et auxquels les expérimentateurs, avec Boyle, allaient bientôt ajouter des faits « produits ». Les faits judiciaires étaient quant à eux, comme on l'a dit, des agissements humains, qu'il appartenait au juge non seulement d'établir, mais de revêtir d'un *nomen iuris*. Néanmoins, une certaine analogie poussait les savants à déterminer les premiers à travers une méthode probatoire similaire à celle que le droit, notamment romano-canonique, avait systématisé à propos des seconds. Ne fallait-il pas forcer la nature, elle qui « aime à se cacher », à révéler ses secrets ? Cela réclamait indubitablement de la « vexer » — c'est-à-dire, au sens exact et latin du terme, la torturer — afin de la forcer à passer aux aveux :

For like as a man's disposition is never well known or proved till he be crossed, nor Proteus ever changed shapes till he was straitened and held fast, so nature exhibits herself more clearly under the trials and vexations of art than when left to herself.

Car de même qu'on ne connaît les dispositions d'un homme avec assez de vraisemblance et de preuve qu'après l'avoir contredit [lors d'un interrogatoire] ou de même qu'il a fallu s'emparer de Protée et l'attacher fermement pour le retenir de changer continuellement de forme, la nature se montre elle-même avec plus de clarté, lorsqu'on la soumet aux épreuves [judiciaires] et aux tortures de l'art, plutôt que quand on l'abandonne à elle-même<sup>67</sup>.

Le droit romano-canonique n'avait-il pas désigné l'aveu, en effet, comme la plus parfaite des preuves possibles, la *probatio probatissima* ? Si Bacon mobilise ici le lexique du procès, c'est parce que la réflexion des juristes sur l'aveu y avait reconnu la manière la plus certaine de s'assurer de la véracité des « faits ». Par là-même, l'idée d'une codification de la preuve, conçue par décalque du modèle judiciaire de l'inquisition, permettait de reformuler la recherche de la vérité sur la base d'une logique inductive.

---

<sup>67</sup> Francis Bacon, *The Advancement of Learning*, II, 1, 6, éd. David Price, Londres, Cassell & Company, 1893 [1605], p. 46. Sur ce point Peter Pessic, « Wrestling with Proteus : Francis Bacon and the Torture of Nature », *Isis*, 90, 1, 1999, p. 81-94.

Assurément, l'idée que l'épistémologie moderne fût en dette avec la tradition juridique possédait, au point de vue philosophique, un certain tranchant polémique. Elle était assez faite pour rejoindre l'ambition d'exhiber la « part maudite » de la volonté de savoir, tel qu'elle accompagnait une certaine veine nietzschéenne de critique de la raison<sup>68</sup>. À tout le moins, cette idée s'accordait avec l'ambition de dégager le soubassement normatif et l'arrière-plan politique de la science moderne. Sans nécessairement remettre en cause la dignité de la science en tant que telle — ni dénoncer sa dégradation instrumentaliste ou technologique — cette ambition pouvait se décliner sous plusieurs formes.

Elle pouvait d'abord donner lieu à une description de l'accaparement sociologique du monopole de l'autorité scientifique par une caste d'expérimentateurs réclamant le monopole du contrôle des « faits ». Cela prolongeait l'ancienne accusation lancée par Goethe contre la théorie newtonienne de la couleur, à laquelle la préface à la *Théorie des couleurs* reprochait précisément de vouloir « torturer » la nature, pour s'assurer la suprématie sur toute autre opinion et s'ériger en « bastille<sup>69</sup> ». Aussi a-t-on tâché de réécrire l'histoire de la structuration institutionnelle des sociétés savantes, telles que la *Royal Society*, pour mettre en lumière le rôle clé du pouvoir monarchique dans l'établissement du monopole officiel de l'attestation certaine des *faits* — monopole d'ailleurs isomorphe à l'accaparement du pouvoir de juridiction par les États souverains<sup>70</sup>.

Une seconde veine d'analyse, d'allure plus nettement théorique, pouvait encore s'appuyer sur ces éléments historiques pour dénoncer le caractère artificiel de la logique de la découverte scientifique, telle qu'elle était reconstruite par « *l'epistemologia imaginabilis* » des philosophes des sciences, positivistes ou poppériens. Ceci invitait à prolonger, pour le reprendre à nouveau frais, le formidable effort d'un Ludwig Fleck pour historiciser l'épistémologie<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> On se souvient des conférences de Foucault sur la vérité, données à Rio en 1974, qui quoiqu'orientées vers la critique de la psychanalyse, établissaient un premier parallèle entre la procédure d'enquête criminelle et la recherche de la vérité (Michel Foucault, « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001, t. I, p. 1406-1513).

<sup>69</sup> Wolfgang von Goethe, *Zur Farbenlehre*, Tübingen, 1810, t. I, Préface, p. XVI seq.

<sup>70</sup> Steven Shapin, « Epistemological decorum », *op. cit.* Sur la concentration étatique du pouvoir de juridiction, voir ci-dessus note 44 p. 24.

<sup>71</sup> Ludwig Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv*, Francfort sur le Main, Surkamp, 1980, p. 31 pour l'expression latine.

Hélas, ces débats se dénouèrent d'une manière aussi terne que leur déroulement fut riche. Indépendamment des discussions, tristement teintées de préjugés cocardiens, visant à déterminer laquelle des deux procédures, d'enquête ou de *common law*, avait servi de modèle à Bacon dans l'*Instauratio* ou le *Novum Organum* — l'hypothèse finit par perdre le tranchant polémique qu'elle possédait en premier lieu. Il n'en reste plus guère aujourd'hui, semble-t-il, que la constatation sèche selon laquelle la référence aux procédures judiciaires, chez Bacon et Boyle, se réduisait à une « analogie » ou à une « illustration<sup>72</sup> ». Voilà sans doute qui mettait un terme au débat. Et nous faisait retomber tout droit dans le clivage univoque entre *fact-lovers* et briseurs de « faitiches », c'est-à-dire entre les gardiens et les profanateurs du temple de la connaissance : épistémologues d'un côté ; sociologues ou essayistes postmodernes de l'autre.

Aussi ne s'agit-il pas pour moi de rouvrir ce débat, mais de m'appuyer sur l'un des éléments qu'il a si bien permis d'éclairer. Il est remarquable en effet que la notion de fait tienne l'essentiel de son acception moderne du détournement de l'un de ses sens premiers, précisément judiciaire. Cette filiation ne m'intéresse pas en tant que telle, mais elle explique la difficulté que nous éprouvons à entrevoir spontanément l'aspect technique de la conception juridique des faits. Ainsi que je l'ai déjà souligné, nous ne sommes pas facilement prédisposés à reconnaître une dimension spécialisée à l'usage juridique de cette notion. Or il est clair que cette difficulté repose précisément sur l'habitude que nous avons de prendre la notion de fait dans le sens, impersonnel et statique, dont notre épistémologie l'a revêtu. Ayant appris à nous représenter les faits sous ce jour, nous peinons à nous figurer le sens juridique que le terme peut aussi recevoir.

Ce constat nous engage par contrecoup à creuser aussi loin que possible la compréhension de cette vieille occurrence juridique. Pour contrebalancer cet effet de recouvrement, il nous faut redescendre assez en profondeur dans le mode de pensée des juristes. Voilà la raison du glissement archéologique qui, pour mettre en perspective les emboîtements de la politique et du droit, doit nous faire remonter du domaine du droit public dans le droit civil. Cette régression se justifie *in fine* par la volonté de dégager une strate de signification assez profonde, mais aussi

---

<sup>72</sup> Bacon aurait recouru à cette « terminology [...] in order to provide illustrations of what the inquiring attitude of the natural philosopher amounts to » (Eleonora Montuschi, « The « Inquisition » of Nature : Francis Bacon's View of Scientific Enquiry », LSE, Center for Philosophy of Natural and Social Science, Discussion Paper Series, DP 48/00, 2000).

probablement assez technique, pour se détacher sans ambiguïté possible du sens moderne, et courant, qu'a pris pour nous la notion. Pour revenir à la mise en garde de Jack Spicer, citée en exergue, cet effort nous évitera d'être « recrachés dans l'histoire<sup>73</sup> » à notre insu, faute de saisir le mot dans toute sa profondeur.

Je supposerai donc qu'il existe une façon proprement juridique de se rapporter aux « faits », dont l'un des principaux foyers d'émergence historique fut la tradition du *ius civile* — et dont se ressentiraient encore, quoiqu'obscurément, les grandes discussions juridico-philosophiques consacrées à l'origine et aux limites de l'ordre juridique. En allant puiser dans la tradition civiliste les premiers éléments d'une conception spécialement juridique des faits, j'essaierai d'apporter un complément, sans doute pas assez remarqué, aux débats qui, dans les sciences sociales comme en philosophie, touchent à l'examen des frontières de la normativité juridique.

### **Extraversion**

Ce programme implique donc de franchir l'enceinte intimidante du *templum iustitiae*, pour dérober le feu dans lequel les juristes trempent leurs armes. Il ne s'agit pas de poursuivre le seul plaisir de lever des secrets d'atelier<sup>74</sup>, mais ce faisant, d'en divulguer la compréhension, et peut-être le contrôle, auprès du profane.

Le premier profane est d'abord ici le justiciable ordinaire, auquel l'occident latin a confisqué la compréhension des règles de procédure judiciaire. Un moment frappant de cette évolution s'est observé dans le midi français, au début du XIII<sup>e</sup> siècle. L'irruption de légistes professionnels, capables d'infléchir les décisions de justice à l'appui d'arguments savants inaccessibles à tout un chacun, provoqua un large ressentiment, dont les troubadours comme Boniface de Castellane se firent l'écho :

---

<sup>73</sup> Dans le poème de Jack Spicer (*op. cit.*), les mots se meuvent comme des baleines sous la surface des eaux, prêts à happer leurs locuteurs pour les recracher, tel Jonas, dans le passé.

*Speak softly; definition is deep  
But words are deeper,  
Unmoving hungry surfaces  
Lying like icebergs, half-submerged  
Waiting to feed, to chew the ships and spew  
The half-digested sailors from their maw  
Back into history.*

<sup>74</sup> J'emprunte cette image à Anton Schütz, « L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique : à propos de « fiction » et « construction » en droit », *Droits*, 21, 1995, p. 113-126, p. 114.

les avocats qu'on voit arriver avec leur fardeau [le *corpus juris civilis*] et aussi les prélats qui n'ont jamais rendu personne heureux : quand on leur a bien prouvé son droit, ils vous répondent que ce n'est rien, que tout cela est la propriété du comte<sup>75</sup>.

Convaincu que sa compétence est faite pour servir l'intérêt de « l'homme du monde », le juriste trouvera sans doute ce ressentiment de mauvais aloi. Il se rangera par exemple à l'explication offerte par Jhering, qui apparaît comme une réponse — tardive — à l'émoi des suzerains provençaux :

C'est un phénomène bien connu, et qui se présente partout [...] que la connaissance du droit, d'abord aisément accessible à tous, exige à mesure que le progrès avance, un ensemble de vues et une contention d'esprit particuliers que chacun n'est pas à même d'apporter à cette étude. Il s'établit finalement au point de vue de la connaissance du droit, une distinction qui se résume en une appréciation différente de la part du juriste et de la part de l'homme du monde<sup>76</sup>.

Il faut convenir avec Jhering qu'un « ensemble de vues et une contention d'esprit particuliers » sont en effet propres à l'art juridique de facture romaine. Mais faut-il déduire de cette constatation que toute résistance à la spécialisation juridique serait « insensée<sup>77</sup> » ?

Au contraire, rien n'implique dans cette remarque ni que cette spécialisation soit un progrès heureux de l'histoire universelle, ni que la culture juridique mérite *a priori*, pour cette même raison, d'en être rendue secrète. Cette mise en réserve à la rigueur peut se comprendre, si le profane est l'« homme du monde » décrit par Jhering. Mais se justifie-t-elle, lorsqu'il s'agit du chercheur en sciences sociales ? Tout au contraire, il est tout à fait regrettable que l'autosatisfaction de la tribu des juristes puisse trouver son exacte contrepartie dans la réticence des sciences sociales à considérer l'aspect juridique des réalités politiques, institutionnelles ou même économiques. Rarement attentifs à la technique juridique, souvent rebutés par le formalisme des procédures, sociologues, anthropologues, historiens et philosophes cultivent souvent, à l'encontre de l'aspect intellectuel du droit, une sorte de docte

---

<sup>75</sup> Cité par Paul Ourliac, « Troubadours et juristes », *Cahiers de civilisation médiévale*, n°30, Avril-juin 1965, p. 159-177, p. 171.

<sup>76</sup> Rudolf von Jhering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tr. fr. de la deuxième édition O. de Meulenaere, Paris, A. Maresq aîné, 4 t, 1880, t. 1 § 42.

<sup>77</sup> *Ibid.*

ignorance. Non contents de mal connaître les traditions juridiques — d'en manier malaisément le lexique et d'en ignorer à peu près la syntaxe — ils voudraient pouvoir faire passer leur ignorance pour une vertu. Ainsi s'appliquent-ils à tenir les formes juridiques tantôt pour des reliquats d'idéologie dominante, tantôt pour des filtres à travers lesquels se perdrait le « réel ». En ôtant précisément toute sorte de pertinence à la signification procédurale et technique que les juristes avaient cru devoir attacher à ces formes ; en désactivant méthodiquement la question de leur signification, les doctes se persuadent de débarrasser la machinerie judiciaire, puis bientôt la société elle-même, de ses oripeaux métaphysiques, pour n'avoir plus à faire qu'à cet unique résidu concret : les pratiques sociales.

Aussi le droit n'est-il souvent considéré que sous l'angle de l'expurgation. Pour comprendre le jeu qu'il entretient avec la domination et la violence, avec la guerre, la persécution ou l'oppression, il faudrait avant toute chose extirper des phénomènes juridiques le halo de signifiants savants qui brouillent la perception des dynamiques réelles dans lesquelles seraient engagés les acteurs. L'appareil des catégories savantes qui servent au juriste à encadrer les situations particulières ; le langage à travers lequel la tradition juridique propose de « configurer » ou de « discipliner » les événements, voilà comme un grésillement parasitaire qui viendrait troubler le signal du « social », semblable à ce bruit blanc indéchiffrable que transmettent les postes radio lorsqu'ils ne captent aucune fréquence<sup>78</sup>.

Cette recherche aura atteint son but, si elle contribue au contraire à convaincre que l'histoire des formes juridiques offre une ressource précieuse pour la lecture des situations politiques. Ce résultat ne pourra être atteint qu'à la condition préalable d'ouvrir la voie à cette mobilisation pour ainsi dire *extravertie* du patrimoine normatif. L'exploration de l'outillage mental du juriste ne saurait trouver en elle-même sa propre fin, car la vie des formes juridiques déborde précisément des limites savantes de la discipline, pour se répercuter de manière parfois inattendue en divers points de l'existence collective et marquer la condition politique des citoyens qui s'y trouvent soumis. Ce sont ces répercussions, c'est ce marquage qu'il faut tâcher d'élucider, quitte à devoir pour cela désenclaver l'histoire du droit.

Qu'on veuille bien m'accorder la liberté de préciser chemin faisant, selon les besoins du moment, les corpus documentaires, philosophiques ou juridiques, sur

---

<sup>78</sup> La musique contemporaine appelle bruit blanc les sons complexes à spectre continu. Voir Pierre Schaeffer, *À la recherche d'une musique concrète*, Paris, Seuil, 1952, p. 209.

lesquels j'appuierai mon analyse. Pour ce qui concerne mon plan, il sera simple. Dans une première partie, je m'appliquerai à ouvrir la voie à une exploitation conceptuelle de la jurisprudence, en remontant le fil des présupposés qui se sont dressés, me semble-t-il, sur la route de toute tentative en ce sens. Dans une seconde partie, je tâcherai de mettre en pratique la lecture dont j'aurai ainsi dégagé le principe, pour cerner quelques aspects fondamentaux de l'histoire de « l'habillage des faits ».

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **ACCOSTER LA JURISPRUDENCE**

# Chapitre 1

## Penser par lots

### Les traits du savoir

Dans la célèbre préface à la seconde édition de la *Critique de la raison pure*, Kant mettait incidemment en garde contre la tentation d'assembler entre elles des connaissances de provenances hétéroclites. « On n'augmente pas les sciences, écrivait-il, mais on les défigure, lorsqu'on laisse leurs frontières empiéter l'une sur l'autre<sup>1</sup> ». La tâche revenait ainsi au philosophe de veiller sur la disposition de l'ensemble du savoir. Il contrôlerait le tracé des provinces de la connaissance, supervisant l'usage légitime des représentations, veillant à ce qu'aucun accroc, aucune arabesque ne fasse déborder l'une sur l'autre. Faute de ce contrôle, le libre amalgame des représentations favoriserait l'effusion d'une *Schwärmerei* (enthousiasme) qu'il fallait au contraire réprimer. Ses précautions devaient maintenir la bonne « figure » de la science dans son ensemble. Systématiques et rationnelles, elles donnaient au savoir une sorte de visage, dont la « méthodologie » et « l'architectonique » de la raison pure, concluant la grande *Critique*, dessinaient les grandes lignes claires<sup>2</sup>.

Depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'activité que nous nommons science a pourtant passé par des bouleversements d'une telle profondeur, qu'il serait surprenant de rencontrer aujourd'hui un philosophe pour reprendre entièrement à son compte, du moins en ces termes, l'avertissement kantien. Le projet d'empêcher la « défiguration » d'une science suppose encore de la croire — ou de la souhaiter — pourvue d'une *figure*. Mais comment souhaiter stabiliser les contours formels d'une

---

<sup>1</sup> « Es ist nicht Vermehrung, sondern Verunstaltung der Wissenschaften, wenn man ihre Grenzen ineinanderlaufen läßt », KrV, B VIII.

<sup>2</sup> L'architectonique désigne la tendance de la raison à « envisager toute connaissance comme la partie d'un système possible », KrV, B 502, voir Otfried Höffe, *Kants Kritik der reinen Vernunft. Die Grundlegung der modernen Philosophie*, München, Beck, 2004, p. 303-310.

science, lorsque le développement propre de celle-ci l'a déjà rendue à peu près méconnaissable à elle-même ? Au début du XX<sup>e</sup> siècle, dans des pages célèbres, Max Planck relevait déjà que « l'esprit de confusion et de contradiction » avait gagné « le sein même de la province de la science physique » ; la « contagion de l'offensive sceptique », déplorait-il, s'était ressentie « jusqu'au sein de la plus exacte de nos sciences naturelles<sup>3</sup> » au point de faire douter de sa cohérence même. Cette inquiétude a percé jusqu'à nous. Aussi a-t-on vu la discussion philosophique se détacher depuis longtemps des préoccupations proprement systématiques pour se tourner vers la question de savoir si chacune des sciences naturelles, à commencer par la physique, conservait pour elle-même une *unité* réelle — unité qu'on a longtemps cherché à gager sur la stabilité de la référence au monde extérieur des propositions physiques<sup>4</sup>. Sans doute le savoir se tient-il encore debout, mais l'esprit philosophique ne parvient plus à en discerner l'organisation générale d'une manière aussi immédiate et sûre que le cerveau « encode », comme disent les sciences cognitives, la perception d'un visage.

Or si l'unité de chaque science nous est devenue problématique, comment se proposer *a fortiori* de garder les frontières qui les délimitent entre elles ? On se mettrait sans doute dans une passe délicate, en cherchant à renouer aujourd'hui avec la tradition philosophique de l'*arbor porphyriana*, qui figurait l'ensemble des connaissances sous la forme d'une vaste arborescence. De même l'idée kantienne d'une architectonique semble d'autant plus compromise que les frontières qu'elle invitait à tracer entre les sciences ne furent jamais peut-être si labiles qu'aujourd'hui<sup>5</sup>.

### **Bologne et Paris**

Pourtant l'esprit de vigilance est loin d'avoir tout à fait abandonné la mentalité philosophique. L'étude de la pensée juridique — le domaine qui nous intéresse ici — semble ainsi lui offrir une occasion privilégiée de se prolonger. Une sorte de distinction topologique continue en effet d'organiser ce domaine d'étude, au point de lui donner parfois l'apparence d'une juxtaposition de pré-carrés. Ici la « frontière » ne passe pas exactement entre deux sciences, au sens où un philosophe pourrait scruter la

---

<sup>3</sup> Max Planck, *Where is Science going ?*, New York, Norton & Co., 1932, p. 65.

<sup>4</sup> Déjà dans Max Planck, *op. cit.*, p. 64 seq.

<sup>5</sup> Ian Hacking, « The Disunities of the Sciences », in Peter Galison et David J. Stump (éd.), *The Disunity of Science. Boundaries, Contexts and Power*, Stanford University Press, 1996, p. 37-74.

limite entre la chimie et la physique, elle passe plutôt au sein même de la vie juridique, pour en distinguer deux faces : une face pratique, celle de l' *ars juris* ; et une face réflexive, celle de sa reprise théorique. Davantage peut-être qu'aucune autre, la culture juridique semble en effet caractérisée par une démarcation vigoureuse entre ces deux déclinaisons d'elle-même, qui sont aussi deux tendances entre lesquelles elle oscille. Aussi l'entretien de cette distinction va-t-il souvent jusqu'à faire l'objet d'une vigilance tout à fait semblable à celle que Kant préconisait jadis à propos des sciences. De même qu'on se préoccupait au XVIII<sup>e</sup> siècle de la bonne disposition des sciences, on se soucie aujourd'hui de la distinction du droit (comme pratique) et de la philosophie (comme théorie), veillant, là comme ici, à ne pas « laisser leurs frontières empiéter l'une sur l'autre ».

Au juriste le détail du droit positif ; au théoricien l'analyse de ses principes ou de sa légitimation philosophique. Cette règle de distribution semble continuer de s'imposer plus ou moins tacitement à toute réflexion sur le droit. Le juriste n'est-il pas un esprit pratique et le philosophe un esprit libre, entraîné par la seule inspiration de sa raison ? Au pragmatisme sévère du magistrat, expression des contraintes qui commandent l'activité réelle des tribunaux, répond l'idéalisme de plein air du philosophe, cherchant son chemin dans les voies labyrinthiques de la contemplation intellectuelle. Sans doute de telles images orientent-elles encore souvent les mentalités savantes. Il n'est pas difficile de les apercevoir, tapissant les cloisons qui séparent l'un de l'autre les différents compartiments de l'enseignement universitaire. Mais quelle vérité recèlent-elles exactement ?

Une chose d'abord est sûre : ces représentations sont anciennes. Elles portent la marque d'une tradition dont le modèle remonte au moins au Moyen Âge. Au début du XIII<sup>e</sup> siècle, dans l'intervalle de temps qui sépare la mort d'Averroès de la naissance de Thomas d'Acquin, une bulle du Pape Honorius III donne le ton. Au moment même où Paris commence à s'imposer dans le monde latin comme l'un des hauts lieux de l'enseignement philosophique et théologique, elle interdit formellement d'y enseigner les *leges*, c'est-à-dire le droit civil romain qu'on avait commencé d'étudier depuis au moins deux générations, à Bologne ou à Montpellier. Bien que les historiens aient une certaine peine à éclaircir le contexte exact dans lequel fut prise la

décision du pape ou les raisons de circonstance qui la motivaient<sup>6</sup>, elle nous donne un symbole adéquat de la prétention générale à séparer l'étude du droit positif de celle de la spéculation. Il fallait maintenir à distance non seulement symbolique, mais géographique, la culture des deux disciplines. En somme le droit s'apprendrait à Orléans ou Bologne, et la théologie à Paris<sup>7</sup>.

Les juristes étaient d'ailleurs les premiers complices de cet écartement. Pour réprimer chez leurs étudiants italiens tout désir d'entreprendre le long voyage pour Paris — tel Thomas d'Acquin en partance vers le *studium* d'Albert le Grand, les maîtres de l'école de Bologne pouvaient invoquer un passage du Digeste, qui affirmait que le droit justinien renfermait à lui seul la *vera philosophia*. A quoi bon, pour un civiliste, s'enquérir de l'opinion des philosophes ou des théologiens ? Autant rester à l'aise dans la florissante Toscane du *Duecento*, au sein de l'*alma mater legum*, puisque, selon la grande glose d'Accurse, « la sagesse juridique représente la vraie philosophie, c'est-à-dire l'amour de la sagesse<sup>8</sup> ». Ni les traces de platonisme que l'on parvient à déceler, ici et là, chez les commentateurs médiévaux du *ius commune*, ni l'écrin formel qui leur servait à présenter leurs raisonnements sous forme dialectique, n'ont jamais entamé véritablement la croyance, chez les juristes médiévaux, en la supériorité et en l'autonomie de leur discipline<sup>9</sup>.

À l'inverse, y compris en matière normative, la philosophie pouvait revendiquer une certaine indépendance à l'égard des mille et une acrobaties exégétiques qui faisaient le détail du *corpus juris civilis* et de ses 97 000 gloses<sup>10</sup>. Indissociée sinon indissociable d'une théologie qui se présentait elle-même comme l'exégèse d'une loi — la *lex nova* évangélique — il lui suffisait de s'autoriser de la connaissance spéculative du droit divin pour se mêler de droit canonique<sup>11</sup>. Toute une

---

<sup>6</sup> La question demeure controversée. Voir Stefan Kuttner, « Papst Honorius III und das Studium des Zivilrechts », in *Gratian and the Schools of Law 1140-1234*, Londres, Variorum Reprints, 1983, essai n° X, p. 79-101 ; Gérard Giordanengo, « Résistances intellectuelles autour de la Décrétale "Super Speculam" (1219) », in *Histoire et société : mélanges offerts à Georges Duby*, t. 3, *Le moine, le clerc et le prince*, Paris, 1992, p. 141-155 et Chris Coppens, « The Teaching of Law in the University of Paris in the First Quarter of the 13<sup>th</sup> Century », *RIDC*, 10, 1999, p. 139-173.

<sup>7</sup> Je simplifie ici, pour les besoins de ma démonstration, la géographie de l'enseignement des disciplines médiévales. Pour le droit romain, Ennio Cortese a rappelé que la « splendeur de Bologne » avait trop longtemps « obscurci » les « écoles mineures » de Pise, de Padoue, d'Oxford, de Montpellier et de Rome notamment, voir Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, 2 vol., Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, t. 2, p. 103 seq.

<sup>8</sup> « Civilis sapientia vera philosophia dicitur, id est amor sapientiae », Accurse, Gl. Nisi fallor, in D. 1, 1, 1.

<sup>9</sup> Je reviens plus en détail sur tous ces points, ci-dessous p. 188 seq.

<sup>10</sup> D'après l'estimation d'Emil Seckel rapportée par Ennio Cortese, *Il diritto, op. cit.*, t. 2, p. 180.

<sup>11</sup> Même chose, voir ci-dessous, p. 193 seq.

gamme de brouillages étaient dès lors envisageables. Dans la mesure où le droit de l'Eglise, en plus des législations papale et consiliaire, admettait pour sources le « droit divin positif », c'est-à-dire le Décalogue, et le « droit divin naturel », accessible à la « droite raison », le théologien-philosophe pouvait prétendre s'immiscer de manière indirecte mais néanmoins générale dans les questions juridiques. Aussi, lorsqu'au bas Moyen Âge le droit civil fut associé au droit canon par le système de l'« un et l'autre droit » (*utrumque ius*), cette forme de patronage n'eut pas de mal à s'étendre, par capillarité, à l'ensemble du droit savant, comme en témoigne l'oeuvre de la seconde scolastique espagnole. De proche en proche, c'était l'ensemble même de la vie juridique que le théologien-philosophe pouvait prétendre infléchir *ab alto*, en affirmant « l'insuffisance du droit comme règle de vie<sup>12</sup> ».

Dira-t-on que la situation, en huit siècles, a profondément changé ? Au contraire la frontière de la pratique et de la théorie semble encore suffisamment tangible, en France tout au moins, pour qu'on pratique encore parfois au sein même du domaine de la réflexion théorique sur le droit la distinction de la philosophie du droit « des philosophes » et de la philosophie du droit « des juristes<sup>13</sup> ». En d'autres termes, l'on nous invite à nous représenter que même entre les philosophes qui se penchent sur le droit et les juristes qui se veulent philosophes, la frontière subsiste entre l'orientation théorétique des premiers et la vocation pratique des seconds. Si tout pousse à douter de la valeur effective de cette opposition byzantine, sa diffusion ne laisse pas d'indiquer la persistance d'une fracture qui continue de présider aux destins d'une grande partie de la réflexion contemporaine sur le droit.

Sans prétendre dresser aucun panorama exhaustif de celle-ci et me cantonnant provisoirement, de préférence, à la situation française, je me contenterai de repérer deux cas de figures, illustrant chacun à sa façon les effets de cette fracture. D'abord, je rappellerai le biais très singulier par lequel la philosophie générale a fait son entrée dans l'enseignement juridique français — introduction dont le mérite revient en premier lieu à Michel Villey. Ensuite, je présenterai la manière dont, à peu près dans le même temps, la philosophie du droit, telle qu'on la cultive dans les Facultés de

---

<sup>12</sup> Giorgio del Vecchio, « *L'homo juridicus* e l'insufficienza del diritto come regola di vita », in *Studi sul diritto*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1958, p. 279-308. Sur l'*utrumque ius*, Pierre Legendre « Le Droit romain, modèle et langage. De la signification de l'*Utrumque Ius* », in *Écrits juridiques du Moyen Âge occidental*, Londres, Variorum, 1988, sans pagination.

<sup>13</sup> J'examine cette distinction ci-dessous p. 67 seq.

philosophie, s'est vue reprocher d'avoir trop peu exploité la matière historique du droit positif.

### **Politique et philosophie juridiques**

Il est significatif que les juristes français aient eu de la philosophie un usage souvent intéressé. Sous le nom de « philosophie », il n'est pas rare que le praticien ait entendu le moyen de s'opposer à certaines évolutions de la production normative positive. Si ce n'était pas la loi elle-même qu'on critiquait, c'était la situation intellectuelle dans laquelle ses évolutions plaçaient le juriste de métier. En ce sens la conceptualité philosophique, l'invocation de l'histoire de la métaphysique, l'appel aux Idées auront servi de faire-valoir pour l'expression d'une inquiétude professionnelle circonstanciée. Ils devaient créer une parade, étayer la dénonciation de la modernité juridique, compenser, comme par sublimation, l'incapacité de bloquer concrètement l'évolution qui, supposait-on, devait porter le droit et la culture juridique vers une décadence certaine.

Considérons la leçon de Michel Villey. L'image que cet auteur donnait de la discipline philosophique n'était-elle pas tournée tout entière vers la contestation du système de la « modernité juridique » ? Dans l'histoire des idées juridiques, Villey puisait les éléments qui lui serviraient à critiquer l'orientation positiviste du droit moderne. La *Formation de la pensée juridique moderne* trouve ainsi dans la doctrine ontologique de saint Thomas — telle que l'historiographie néo-thomiste la reconstituait depuis Léon XIII — l'axiomatique d'un type de pensée juridique historiquement révolu, mais dont il convenait à la profession juridique d'appeler le retour de ses vœux<sup>14</sup>. Baptisé « droit naturel classique », ce type de droit aurait été inventé par Aristote, avant que Thomas en assure au XIII<sup>e</sup> siècle la « restauration<sup>15</sup> ». Il aurait eu pour trait distinctif, et pour principal mérite, de suivre de l'être des choses, plutôt que de la volonté des hommes<sup>16</sup>. Or, puisqu'en bonne métaphysique l'être des choses se conçoit comme la création de Dieu et par conséquent comme l'effet de sa volonté, on peut bien dire que la pensée du droit de Villey est « prise dans cette

---

<sup>14</sup> Michel Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrétien, 1975.

<sup>15</sup> Michel Villey, *Cours d'histoire de la philosophie du droit. La formation de la pensée juridique moderne* (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> s. Le franciscanisme et le droit), *Les cours de droit*, Paris, 1963, fascicule 2.

<sup>16</sup> Michel Villey, *Philosophie du droit*, t. II, Paris, Dalloz, 1984.

articulation qui subordonne le droit humain à la révélation chrétienne<sup>17</sup> ». Ainsi la doctrine qui, en histoire de la philosophie, faisait du thomisme médiéval un *réalisme*, pouvait se projeter dans le domaine de la pensée juridique. En remarquant que « l'être des choses », chargé de volonté divine, possédait déjà par lui-même un sens normatif, on allait pouvoir exhorter les juristes contemporains à compter avec la « nature » et à s'appuyer sur elle. Dans cette perspective, l'expression « philosophie du droit » nomme alors essentiellement l'entreprise spécifique qui consiste à présenter, pour l'instruction du juriste positiviste, la structure et la forme de cette normativité ontologique, logée au creux des choses mêmes.

On n'a pas manqué bien sûr de contester l'arbitraire d'une telle projection. Au plan de la science stricte, on a d'abord fait valoir que l'image du droit naturel antique proposée par Villey reposait sur un « artefact » sans lien très sûr avec l'histoire du droit romain proprement dite<sup>18</sup>. Les médiévistes ont également relevé l'aspect problématique de l'enrôlement de l'histoire dans cette philosophie particulière — par où « ce qui s'annonce comme une histoire de la pensée juridique est inséparablement l'exposé d'une philosophie du droit, formulé sur un ton volontiers moraliste<sup>19</sup> » ou, comme je dirais plutôt : en guise de propagande politico-juridique<sup>20</sup>. Laisant de côté la question, déjà largement explorée, des biais historiographiques auxquels a pu conduire l'ensemble de ces préférences<sup>21</sup>, je soulignerais simplement un point. De même que l'ancien droit servait à Villey à « ancrer [sa pensée juridique] dans un réel légitimant<sup>22</sup> », la philosophie servait à *légitimer* le renvoi politique qu'il proposait vers le passé. De ce point de vue la philosophie n'était pas moins instrumentalisée que l'histoire. La première prestation de Villey n'était pas tellement de renouveler l'une ou l'autre discipline, mais de proposer aux juristes une manière originale de catalyser une insatisfaction de nature essentiellement politique. En ajustant, grâce à l'ontologie

---

<sup>17</sup> Sylvain Piron, « Congé à Villey », *L'Atelier du Centre de recherches historiques*, Janvier 2008, URL : <http://acrh.revues.org/index314.html>, consulté le 24/03/2013, sans pagination.

<sup>18</sup> Yan Thomas, « Michel Villey, la romanistique et le droit romain », in *Droit, nature, histoire*, Aix-Marseille, 1985, p. 31-41, p. 31.

<sup>19</sup> Sylvain Piron, *op. cit.*, p. 3.

<sup>20</sup> C'est le complément que j'apporterais à l'analyse de Sylvain Piron, pour qui Villey aurait « quitté [à partir des années 1960] l'attitude du chercheur pour s'installer dans une posture de moraliste, mettant en garde la jeunesse de la faculté de droit contre la pente malencontreuse suivie par la civilisation occidentale depuis le XIV<sup>e</sup> siècle » (*op.cit.*, p. 10). Car en plus d'une morale, ce discours voulait surtout fournir la clé d'une politique juridique.

<sup>21</sup> Brian Tierney, « Villey, Ockham, and the Origin of Natural Rights », in *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1600*, Atlanta, Scholars Press, 1997 [1988], p. 13-42.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 31.

juridique, l'image d'un droit romain capable de faire repousser à la modernité du droit, Villey visait avant tout à combattre l'omnipotence politique du législateur et « l'hégémonie de la loi<sup>23</sup> ». Le mot d'ordre était de « réhabiliter un droit qui sût borner la loi au rôle d'instrument supplétif<sup>24</sup> ».

À dire le vrai, la tradition juridique connaît bien d'autres exemples de cette manière toute pratique de plier la philosophie à un agenda politique. Au-delà du cas français, on a par exemple écrit du fondateur de l'école historique du droit, Savigny, qu'il avait édifié une science juridique autonome, pour qui l'histoire et la philosophie, « perdant toute indépendance », n'offraient plus qu'un « simple moyen » d'édifier la dogmatique juridique (« [für die Geschichte und Philosophie] zu blossen dienenden Organen rechtsdogmatischer Erkenntnis werden<sup>25</sup> »). De même, un examen plus circoncis exigerait de rattacher la pensée de Michel Villey au cas général de la pensée jusnaturaliste, dont on sait qu'il s'est lui-même proclamé le représentant, à peu près au moment où Gustav Radbruch l'avait fait en Allemagne. Quelles que soient leurs différences, par ailleurs notables, ces formes contemporaines de jusnaturalisme partagent assurément le fait d'entremêler l'une à l'autre l'approche théorique et l'approche pratique du droit. En proposant d'intégrer à la théorie juridique — notamment des sources de droit — la contemplation des principes du droit naturel ou les idéaux de justice et d'équité, les disciples de cette école auront proposé de produire une sorte d'alliage entre l'approche philosophante et l'art juridique<sup>26</sup>. Néanmoins ces alliages sont toujours nés sous le signe d'un programme de stricte politique juridique. Radbruch en a lui-même témoigné avec toute la clarté possible. Comme il l'affirmait dans son *Introduction au droit*, « la philosophie du droit, qui s'épanouit (*si sfocia*) précisément en politique du droit, est, comme la politique, un art du possible<sup>27</sup> ». Pour le chef de file de ce qu'il est convenu d'appeler la renaissance du droit naturel, le philosophe du droit aurait donc vocation à influencer la pratique juridique effective dans la mesure du possible — c'est-à-dire en s'ajustant de manière

---

<sup>23</sup> On lit cette expression syncrétique chez Paolo Grossi, qui plie l'histoire aux mêmes finalités que Villey la philosophie. Voir Paolo Grossi, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1995, et la mise au point critique d'Emanuele Conte, « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, nov.-déc. 2002, p. 1593-1613.

<sup>24</sup> Yan Thomas, *op. cit.*, p. 33.

<sup>25</sup> Franz Wieacker, « Friedrich Carl von Savigny », in *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, 1959, p. 107-143, p. 137.

<sup>26</sup> Michel Villey, « Retour à la philosophie du droit », *Études philosophiques*, t. II, 1955, p. 260-270.

<sup>27</sup> Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, neuvième édition augmentée, Stuttgart, K.-F. Koehler Verlag, 1958 ; j'utilise la traduction italienne de Dino Pasini et Carlo A. Agnesotti, Turin, G. Giappichelli, 1958, p. 104.

réaliste aux conjonctions fluctuantes du droit positif et de la société. Sa tâche est celle d'un garde-fou : il doit veiller à ce que les décisions judiciaires et leur interprétation doctrinale restent bien calées sur « la nature des choses<sup>28</sup> ».

S'il est indéniable que des perspectives de ce type établissent un lien de contiguïté entre le « milieu des philosophes » — concerné par la nature des choses — et la sphère du commerce juridique, il n'en reste pas moins qu'on voit ici la philosophie enrôlée bon gré mal gré au service d'un programme de politique juridique, qui vise explicitement à limiter la capacité du législateur d'influencer le droit positif. Quoiqu'il en soit de l'opportunité intrinsèque de cette politique toute négative, cette remarque nous permet de mesurer l'écart qui distingue de la philosophie tout court la déclinaison spécifiquement juridique qui en est ici proposée. Ce n'est pas seulement la visée politique de Villey ou de Radbruch qui enfonce un coin entre les philosophes-juristes et les juristes-philosophes. C'est surtout le fait que cette famille de pensée fasse signe vers le passé du droit, plutôt que vers le présent de la philosophie.

Plus imaginaire que réel, le tableau que nous propose M. Villey du passé de la culture juridique européenne veut à peine contribuer au mouvement de la recherche philosophique en tant que telle. Qui saurait préciser la position de M. Villey sur la scène philosophique qui lui était effectivement contemporaine ? Malgré un bref intérêt pour la phénoménologie allemande, découverte par l'entremise de Paul Ricoeur qui fut son collègue à Strasbourg<sup>29</sup>, l'œuvre de cet « homme du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>30</sup> » manifeste une ignorance souveraine des travaux de ses contemporains : Merleau-Ponty, Gandillac, Villemin ou Beaufret. Aussi lorsqu'un jeune philosophe considéra dans les années 1980 la possibilité de pousser certaines problématiques foucaaldiennes sur le terrain de la jurisprudence savante, jugea-t-il préférable de nier sans ambages l'existence d'aucune « philosophie du droit », plutôt que de s'associer à la ligne de pensée incarnée par Michel Villey<sup>31</sup>. En effet, le propos de celui-ci n'était pas de prendre position sur la scène où se déployait la pensée philosophique proprement dite. Il était de répandre rue d'Assas, quitte à l'envelopper de métaphysique, le programme d'une politique juridique déterminée.

---

<sup>28</sup> Gustav Radbruch, « Die Natur der Sache als juristische Denkform », in *Festschrift für Rudolf Laun*, Hambourg, 1948, p. 155-176.

<sup>29</sup> Sylvain Piron, *op. cit.*, p. 10.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>31</sup> François Ewald, *L'État-Providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 27.

## La culture engloutie

Si la philosophie des juristes français s'est souvent greffée à des convictions de politique juridique, les philosophes ont largement rechigné de leur côté à faire de la jurisprudence un paramètre effectif de leur méditation. Traditionnellement rapporté à une affaire de praticiens, le droit positif, dans le meilleur des cas, aura fait figure de technique réglementaire plus ou moins sophistiquée, certes, mais philosophiquement dispensable. On imagine alors la rémanence d'un réflexe acquis, plus ou moins conscient, plus ou moins atavique, poussant le philosophe à reproduire la vieille distinction du droit naturel et du droit positif, pour s'en tenir à la considération, sinon du droit naturel *stricto sensu* — dont la modernité a peu ou prou désactivé les principes — du moins de normes *éthiques* partageant avec lui la propriété de s'écarter du droit positif, c'est-à-dire du droit sanctionné par la justice des hommes. On a d'ailleurs déjà souligné cette survivance dans la *forma mentis* des moralistes contemporains. Dans un manuel récent, Thomas Vesting s'étonne ainsi que la distinction du droit naturel et du droit positif « persiste à exercer un grand pouvoir d'attraction (*Anziehungskraft*) », bien que les sociétés libérales modernes aient « retiré tout fondement à l'ancien droit naturel européen comme à la philosophie de la justice qui lui correspondait ». Cette attraction se ressent non seulement chez les philosophes du droit qui se proclament jusnaturalistes, mais plus largement dès lors que « se libère la tendance à chercher la validité juridique (*Rechtsgeltung*) dans l'éthique, ou plus précisément dans un discours de justice d'allure philosophico-morale (*in einem moralphilosophischen Gerechtigkeitsdiskurs*) ». Ainsi ce sont la philosophie politique, la sociologie, l'éthique même qui continueraient de s'appuyer sur la relativisation du droit positif. Ces disciplines seraient porteuses d'une sorte de philosophie latente du droit, laquelle soulèverait la question du fondement normatif du droit en vigueur en demandant « si la justice ne serait pas un composant indispensable de la validité juridique<sup>32</sup> ».

À la lecture de la « réactualisation » qu'Axel Honneth a récemment proposée des leçons sur le droit de Hegel, on peut bien souscrire à ce commentaire. Honneth ne considère-t-il pas comme « trompeur » (*irreführend*) le titre de *Principes de la philosophie du droit* qui fut donné aux leçons de Hegel ? Tout en proposant une « justification normative » du « rôle social » des « droits légaux (*legalen Rechten*) »,

---

<sup>32</sup> Thomas Vesting, *Rechtstheorie. Juristische Kurz-Lehrbücher*, München, Ülrich Beck, 2007, p. 85.

Hegel aurait eu surtout et manifestement (*offenbar*) pour but de proposer « un exposé éthique des conditions sociales de la réalisation de soi individuelle (*eine Art von ethischer Darstellung der sozialen Bedingungen individueller Selbstverwirklichung*)<sup>33</sup> ». La lecture de Honneth est bien imprégnée de part en part d'une sorte de jusnaturalisme latent, pour lequel il reviendrait à un principe éthique (en l'espèce celui de la réalisation de soi individuelle) de fournir le fondement normatif du droit en vigueur. Ne faut-il pas en effet avoir épousé quelque principe métaphysique, pour en arriver à forger l'étrange syntagme de « droits légaux » — dont un juriste serait sans doute bien en peine de faire sens ? Car à quels *droits* Honneth pense-t-il donc, qui par contraste seraient non-légaux ? Ces super-droits en tout cas sont si importants, qu'ils justifieraient de modifier le titre de l'œuvre de Hegel, afin de ne pas laisser entendre qu'on y trouve rien qui concerne le droit positif<sup>34</sup>. À l'évidence, nous retombons ici dans la vieille conception des droits de nature. Tout indique que l'idée de « droits » supérieurs à la sphère de la législation continue de commander l'imaginaire politique des philosophies de la justice. Peu importe alors, au plan exégétique, l'effort de Hegel pour couler le droit naturel dans l'histoire en l'associant à la réception des Pandectes : ce sont là de simples anecdotes historico-prosaïques que Honneth peut négliger d'évoquer, pour braquer toute son attention sur l'édification d'une « théorie normative de la justice sociale (*normative Theorie gesellschaftlicher Gerechtigkeit*)<sup>35</sup> ».

Serait-il donc philosophiquement si indifférent que les normes aient une teneur positive, que les obligations naissent et s'éteignent, que les créances s'interprètent, que les fautes se mesurent, que les droits s'inventent et se combinent ? On dira que cette indifférence est de principe et qu'elle repose sur une position assumée. Mais ces principes souvent sont de surface : sous leur vernis, on discernerait assez bien l'expression d'une certaine tendance au *repli*. Si Canguilhem avait interrogé le détail de la pensée médicale ; si Bollack s'était occupé de philologie ; si

---

<sup>33</sup> Axel Honneth, *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der hegelschen Rechtsphilosophie*, Stuttgart, Reklam, 2001, p. 32.

<sup>34</sup> Rien donc d'étonnant à ce que quelques juristes, ayant récemment résolu de présenter « certaines implications possibles de l'axiomatique honnéthienne sur le travail du juriste et sur celui de l'observateur du droit » aient dû se résigner à « se limiter [à] rester, à quelques rares incursions prêt, en amont de la méthodologie juridique, pour déborder plutôt du côté de la réflexion philosophique », Maxime St-Hilaire, « Autour d'un paradigme juridique de la reconnaissance. Présentation du dossier Axel Honneth et le droit », *Droit et société*, 2011, 2, 78, p. 260-291, p. 262-263.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 34. Honneth n'aura donc pas « réactualisé » de Hegel l'effort de prendre en compte, au moins polémiqument, la littérature juridique qui lui était contemporaine.

Vuillemin avait traité de logique mathématique et de langues formulaires, l'audace (*sapere aude* !) qui avait poussé tous ces philosophes dans les arcanes d'un domaine d'expertise étranger semble avoir conduit très peu de leurs successeurs sur le terrain juridique proprement dit. Si l'on excepte l'*Esquisse d'une phénoménologie du droit* de Kojève, *unicum* publié à titre posthume et qui brille, comme dirait Nietzsche, à la façon d'une étoile isolée<sup>36</sup>, les philosophes semblent avoir longtemps négligé de traiter le droit positif comme une matière à fouiller. Georges Canguilhem l'avait pourtant énoncé : « la philosophie est une réflexion pour laquelle toute matière étrangère est bonne et [même] pour qui toute bonne matière est étrangère<sup>37</sup> ». Mais cette invitation semble restée lettre morte quant aux phénomènes juridiques : rares sont les philosophes qui se sont risqués à traiter la jurisprudence comme une « bonne matière » de ce genre<sup>38</sup>.

Faudrait-il peut-être faire de cette limitation, avec Fustel de Coulanges, une particularité de « l'esprit français » ? On renouerait alors avec les lignes que l'historien écrivait un mois avant le déclenchement de la Commune de Paris :

l'esprit français aime mieux en général s'élever dans les hauteurs de la politique et même se perdre dans les rêveries humanitaires que de porter son attention sur le terrain de la pratique<sup>39</sup>.

Mais indépendamment de ses accents datés — je veux dire de son culturalisme patriotique — une telle réponse aurait quelque chose de caricatural. L'histoire des mois qui suivirent la publication de cette remarque dans l'élégante *Revue des deux mondes* n'a-t-elle pas d'ailleurs démenti l'auteur ? Il est de fait qu'on y vit les plus « rêveurs » des Français s'occuper des choses les plus « pratiques » qui furent jamais, comme de mettre la main sur les canons de la garde nationale.

Non, il convient plutôt d'affirmer sans détour le caractère arbitraire de la réticence des philosophes à étudier le droit positif. Un certain nombre de penseurs contemporains s'en sont d'ailleurs trouvés d'accord, déplorant que le droit, dans les

---

<sup>36</sup> Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, à quoi il convient d'ajouter, en langue allemande, Adolf Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Saarbrück, Verlag VDM Müller, 2007 [1953].

<sup>37</sup> Georges Canguilhem, *Le Normal et le pathologique*, Paris, Puf, 1966, p. 7.

<sup>38</sup> Mentionnons cependant deux exceptions notables, Mikhaïl Xifaras, *La Propriété. Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004 ainsi que la traduction par Michel Senellart de Michael Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne*, Paris, Puf, 1998.

<sup>39</sup> Numa Denis Fustel de Coulanges, « L'organisation de la justice », *op. cit.*, p. 274.

milieux philosophiques, fasse figure de culture engloutie. Faisant écho à Jean-Luc Nancy, qui rappelait qu' « une philosophie ne saurait se dispenser [du] travail [de] prendre en compte le droit comme un de ses objets, et de s'en assigner la réflexion ou la méditation<sup>40</sup> », Gilles Deleuze invitait, au fil d'entretiens célèbres, à revaloriser l'analyse philosophique de la jurisprudence, où se trouverait selon lui le véritable foyer de la création du droit<sup>41</sup>. Ou bien encore c'est Catherine Colliot-Thélène qui récemment regrettait que les philosophes, « mal préparés à une telle entreprise », ne se soient pas penchés davantage sur les formes constitutionnelles, les mutations sociales et l'économie politique « *de leur temps* », comme l'avaient fait « les grands auteurs de jadis », d'Aristote à Tocqueville, de Machiavel à Hegel<sup>42</sup>. Mais la remarque la plus nette revient à Jacques Derrida, qui exhortait à « rappeler les questions du droit, l'énorme continent de la problématique juridique dont les philosophes en général – et surtout en France – parlent trop peu<sup>43</sup> ».

### **Philosophes à contretemps**

À lui seul, ce florilège d'opinions pourrait ne pas suffire à faire sentir le besoin de combler le vide qu'il indique dans la culture philosophique. Après tout la connaissance comporte peut-être quelque domaine, surtout technique, que le philosophe peut se permettre d'ignorer. Mais une circonstance supplémentaire donne au projet d'approfondir la perception philosophique du droit positif une urgence qui vient s'ajouter à ces premières constatations. Car le défaut de familiarité des philosophes avec « l'énorme continent de la problématique juridique » n'apparaît pas seulement comme une lacune cognitive ponctuelle. Il constitue également une source d'erreur avérée. Si la « fracture » des facultés de droit et de philosophie est ancienne, puisqu'on l'aperçoit dès le Moyen Âge, elle induit aujourd'hui une sorte de déformation du discours philosophique qui, par contrecoup, apporte un caractère fébrile, c'est-à-dire à la fois énergique et confus, à tout un pan de la réflexion

---

<sup>40</sup> Jean-Luc Nancy, « Lapsus iudicii », in *Communications*, 26, 1977, p. 82-97, p. 82.

<sup>41</sup> Gilles Deleuze, *L'Abécédaire de Gilles Deleuze*, avec Claire Parnet, Paris, DVD Editions Montparnasse, 2004 ; « Le devenir révolutionnaire et les créations politiques. Entretien avec Toni Negri », *Futur antérieur*, 1990, désormais en ligne URL <http://multitudes.samizdat.net/Le-devenir-revolutionnaire-et-les> (consulté le 18/03/2013). Sur Deleuze et le droit, voir Alexandre Lefebvre, *The Image of Law : Deleuze, Bergson, Spinoza*, Stanford University Press, 2008.

<sup>42</sup> Catherine Colliot-Thélène, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Eurostudia*, vol. 2, n° 2, 2006, sans pagination.

<sup>43</sup> Jacques Derrida, *Du Droit à la philosophie*, Paris, Gallilée, 1990, p. 13.

contemporaine sur les normes juridiques. Cette confusion se traduit en effet par un paradoxe particulièrement saillant, quoique trop rarement remarqué : c'est qu'au moment même où la philosophie politique propose d'accorder à la référence au droit une valeur conceptuelle inédite, les disciplines juridiques proprement dites s'inquiètent de vaciller sur leurs propres fondements. Présentons tour à tour les deux termes de ce paradoxe ou plutôt les deux séquences de ce *contretemps*.

Un certain nombre de philosophes ont pris coutume de présenter l'État de droit, le « respect de la loi républicaine », le « désir de rejoindre l'héritage des constitutions bourgeoises<sup>44</sup> » ou encore l'âge des droits (*l'Età dei diritti*)<sup>45</sup> comme autant de fondements irréfragables du « vivre ensemble » contemporain. Comme l'indiquait le juriste italien Stefano Rodotà au début des années 1990, cette promotion philosophique des thématiques et du lexique juridique s'inscrivait dans un mouvement plus général de diffusion des discours promus à la fin des années 1980 aux temps du « retour du droit<sup>46</sup> ». Accompagnant ce « retour », un important numéro du *Débat* proclamait haut et fort la nécessité de rendre à la pensée juridique le devant d'une scène intellectuelle dont elle avait été un temps écartée<sup>47</sup>. Il est sans doute bien des façons d'interpréter le sens de ce retour, dont l'onde de résonance marque encore tout une partie de notre mentalité. Dans la reconstruction qu'il a récemment proposée des évolutions récentes de la réflexion critique, Luc Boltanski a indiqué une ligne de force qui nous explique en même temps la raison pour laquelle la fin des années 1980 fut propice à la préparation d'un tel mouvement de l'opinion. D'après le sociologue, cette période fut en effet marquée « par un abandon relatif des paradigmes [sociologiques] mettant tout l'accent sur la dimension verticale et sur l'opacité de la conscience aliénée des agents, au profit de paradigmes tournés plutôt vers les relations horizontales (...) et sur des modalités de l'action interprétées en termes de (...) choix rationnels<sup>48</sup> ». À ces évolutions globales de la sociologie critique, certains philosophes auraient ajouté la proposition d'une refonte de la théorie de l'État de droit ou de la démocratie représentative, comme en contrepoint à ce regain d'intérêt pour les

---

<sup>44</sup> Jürgen Habermas, « Une révolution de rattrapage », *Écrits Politiques*, tr. Christian Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1995, p. 141.

<sup>45</sup> Norberto Bobbio, *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990.

<sup>46</sup> Stefano Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 23-34, cité par Michele Spanò, ???

<sup>47</sup> *Le Débat*, N° 74, 1993.

<sup>48</sup> Luc Boltanski, *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Seuil, 2009, p. 47.

« relations horizontales » au profit d'une refonte de la théorie de l'État de droit et de la démocratie.

En Europe, nul n'a peut-être mieux contribué que Jürgen Habermas à cette réactivation philosophique du lexique juridique. En 1992, celui qui passe souvent pour avoir rendu un « horizon de possibilité historique<sup>49</sup> » à la théorie sociale proposait, dans un ouvrage au sous-titre emblématique : *Contribution à la théorie discursive du droit et de l'État de droit*, d'assimiler la théorie politique de la démocratie à une théorie des fondements de la légitimité juridique<sup>50</sup>. Ce recouvrement de la réflexion politique et de la référence au droit condensait les traits singuliers de l'entreprise plus générale d'Habermas. En effet si la première école de Francfort avait d'une part repris du marxisme la tendance à décrire l'État de droit comme une simple façade institutionnelle dissimulant les inégalités économico-politiques productrices du monde social ou encore la propension à faire de l'État bourgeois un artefact historique justiciable d'une *dialectique* qui le rendait politiquement ambivalent ; si elle avait d'autre part interprété historiquement cette ambivalence comme le signe d'une disposition toujours *latente* de l'État bourgeois à servir le programme autoritaire du fascisme — le modèle général d'Habermas repose au contraire sur la ferme décision de rendre au *Rechtsstaat* une puissance unifiante et globale de légitimation démocratique.

Pour comprendre ce renversement global de perspective, tour à tour apparu comme la planche de salut ou comme le point d'arrêt de la théorie critique, il faut revenir à l'analyse communicationnelle qui en forme le pivot. Sans entrer dans le détail de cette théorie, ni des relations complexes qu'elle entretient, comme on le sait, avec la tradition américaine du pragmatisme, ainsi qu'avec la philosophie du langage, contentons-nous de détecter le rôle prépondérant qu'y assume le droit. Comment se mêlent en effet, dans l'analyse d'Habermas, l'analyse communicationnelle du *discours public* et la référence au droit ? La question sans doute est complexe, mais nous pouvons faire ressortir ici quelques éléments significatifs.

---

<sup>49</sup> « Einer geschichtlichen Möglichkeitshorizont » (Albert Wellmer, « Die Bedeutung der Frankfurter Schule Heute », in *Endspiele : Die unversöhnte Moderne*, Suhrkamp, 1993, p. 224-239, p. 230).

<sup>50</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1992. Je cite d'après la traduction anglaise *Between Facts and Norms*, tr. ang. William Rehg, Cambridge Massachussets, MIT Press, 1998.

D'abord, le droit apparaît comme un marqueur de la valeur démocratique des règles qui entourent l'organisation du débat public. Fondamentalement assimilé aux libertés démocratiques et constitutionnelles, il apparaît non seulement comme une caution objective, ou comme une protection judiciaire effective pour l'exercice de la liberté d'opinion ou de la liberté de presse, mais plus spécifiquement comme une pierre de touche pour la théorie générale de la communication politique. Plus qu'une simple garantie formelle extérieure, il apporte un point de référence pour la mise au point des procédures de discussion citoyenne. Il ne s'agit pas seulement de dire que les citoyens d'une démocratie constitutionnelle possèdent des libertés constitutionnelles, mais de comprendre que ces libertés déterminent pragmatiquement les règles générales de la délibération collective, de manière à assurer *a priori* la légitimité des décisions auxquelles cette délibération aboutira. Le droit garantit non seulement *matériellement* — par l'intermédiaire par exemple du règlement interne d'une assemblée parlementaire — mais pour ainsi dire *idéalement*, la valeur démocratique des procédures par lesquelles, communiquant les uns avec les autres, les citoyens débattent publiquement la question de la justice.

C'est cette signification idéale qui rend compte de l'ampleur de la perspective d'Habermas. Passablement étrangère à tout intérêt pour l'histoire du droit *per se*, celle-ci n'hésite pas à appuyer la signification globale du droit, dans son ensemble, sur cette prestation socio-politique fondamentale. Le droit est essentiellement un droit subjectif de chacun à s'associer au processus communicationnel de formation de la décision politique : « un droit de former la volonté (*a right to will-formation*)<sup>51</sup> ». C'est le principe de cette association qui fonde en dernier lieu la légitimité des décisions politiques et des normes d'action (*action-norms*) qu'elles édictent. En effet, le citoyen est présumé trouver *juste* une norme d'action dans la mesure où il aura lui-même été impliqué « communicationnellement » dans le processus qui a conduit à sa promulgation. Mais selon Habermas c'est encore ce principe général d'association-implication du citoyen qui, se trouve au fondement de la totalité des droits fondamentaux, dont il est indissociable<sup>52</sup>. Aussi bien, le droit n'intervient-il ici que tout à fait indirectement, comme faire-valoir de l'« institutionnalisation » d'un « principe communicationnel » « antérieur à chacune de ses instanciations historiques

---

<sup>51</sup> *Op. cit.*, tr. ang., p. 128.

<sup>52</sup> *Ibid.*

([underlying] all historical instantiation)<sup>53</sup> ». Devenu l'auxiliaire d'une sociologie présentée comme une théorie réflexive des conditions de légitimité de la délibération publique, le droit finit lui-même par se réduire à une émanation du « discours public ». Ainsi qu'on l'a justement remarqué, le projet d'Habermas est destiné à « englober » (*umfassen*) le droit lui-même, dans la mesure où la définition procédurale de la justice et l'idée communicationnelle du débat public devraient fournir le fondement (*Grundlegung*) « non seulement de la signification spécifique du droit moderne, mais aussi de l'État constitutionnel démocratique<sup>54</sup> ».

C'est donc à ce prix qu'Habermas peut se régler sur la référence au droit pour répondre aux critiques que la première École de Francfort avait adressées à l'encontre du caractère autoritaire des « normes d'action » en vigueur au sein des sociétés bureaucratiques modernes. Là où Adorno et Horkheimer dénonçaient l'illégitimité de telles *normes* en diagnostiquant l'imposition arbitraire et violente, à travers elles, d'une discipline de comportement exigée par le fonctionnement du capitalisme d'État, Habermas les dote aujourd'hui d'un quotient de « démocratie » dont le *droit* serait la caution.

On comprend aisément le succès de cette entreprise philosophique. Indépendamment des considérations strictement politiques qui n'ont pas manqué d'infléchir la perception de l'« horizon de possibilité historique » de la théorie sociale allemande<sup>55</sup>, la pensée d'Habermas semblait s'accorder, du moins dans son inspiration, à l'évolution du sens critique dont Luc Boltanski a brossé le tableau. L'idée d'une association active des citoyens à la prise de décision publique n'exhaussait-elle pas le désir partagé d'une rupture avec les schèmes d'analyse « verticale » de l'action ? N'était-ce pas se détourner de l'axiome de « l'opacité de la conscience aliénée des agents » — syndrome chez Adorno du comportement auto-répressif typique de la fausse conscience bourgeoise — pour revaloriser de nouveau les « relations horizontales » ? Certes Boltanski avait sans doute d'autres modèles en tête en écrivant ces lignes, et rien n'indique au fond que l'idée communicationnelle de

---

<sup>53</sup> « The discourse principle is intended to assume the shape of a principle of democracy only by way of legal [rechtsförmigen] institutionalization » ; « le principe communicationnel ne doit pouvoir prendre la forme d'un principe démocratique qu'à travers son institutionnalisation juridique formelle ». (*op. cit.* tr. ang., p. 121).

<sup>54</sup> « Habermas geht es um nicht weniger als einen umfassenden Ansatz sowohl zur Grundlegung des Eigensinns des modernen Rechts als auch des demokratischen Verfassungsstaates in einem prozeduralen Gerechtigkeitskonzept bzw. im öffentlichen Diskurs », Thomas Vesting, *op. cit.*, p. 15.

<sup>55</sup> Pour reprendre l'expression de Velmerr citée plus haut, note 49.

la démocratie repose sur une authentique structure d'horizontalité, dès lors que l'association procédurale des citoyens dans le processus de décision publique n'implique pas nécessairement — et même n'implique en aucune manière — l'idée d'une prise de parole *égale* de tous, ou d'un *poids* égal de la parole de tous<sup>56</sup>. Il n'en reste pas moins que l'appel à l'inclusion des citoyens dans la délibération publique flattait, au moins en apparence, l'aspiration « démocratique » qui s'est trouvée dans l'air du temps. Ainsi la théorie du discours donnait-elle un nouveau souffle à la représentation libérale qui expliquait la société politique à partir d'une aspiration de tous à prendre part à la chose publique.

Certes, une partie des sciences sociales restait armée pour faire contrepoids à cette promotion philosophique, à la fois ancienne et inédite, de la référence au droit. La tradition sociologique n'était pas sans fournir les moyens de dénoncer l'aspect factice des échaffaudages juridiques, y compris lorsqu'ils étaient appelés à consolider la nouvelle éthique de la délibération publique. Une batterie d'enquêtes empiriques n'a-t-elle pas permis de dénoncer les impasses de la « démocratie participative » ou de s'opposer plus généralement à la philosophie du « consensus », à quoi se réduit pour elle l'éthique du discours ? Sans doute. Mais pour ce faire la résistance de la sociologie critique a souvent pris de ce point de vue une forme si indifférenciée, qu'elle a parfois renforcé l'idée même d'une certaine prééminence *discursive* du juridique. N'est-ce pas précisément parce que la décision de justice constitue la « forme par excellence de la parole autorisée, publique, officielle, qui s'énonce au nom de tous et à la face de tous<sup>57</sup> », que le sociologue critique s'attache à dénoncer la langue juridique comme un écran de fumée dissimulant la réalité brutale des rapports de domination ? En opposant au droit, assimilé à un appareil normatif « officiel », les normes qui déterminent « réellement » la conscience collective et la conduite des agents (intérêt, mœurs, éducation, *habitus* etc.), la tradition sociologique a pu parfois conduire à ce résultat paradoxal, d'accréditer l'idée que le droit, abandonné à lui-même, s'épanouissait de part en part dans l'élément du plus parfait formalisme<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Au contraire on a fortement critiqué la tendance de la théorie d'Habermas à « dissoudre et liquéfier la souveraineté populaire » dans des « formes communicatives sans sujets (*forme communicative prive di soggetto*) », Giorgio Agamben, *Il Regno e la gloria. Per una genealogia dell'economia e del governo*, Vicenza, Neri Pozza, 2007, p. 281.

<sup>57</sup> Pierre Bourdieu, « La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 3-19.

<sup>58</sup> Ainsi la sociologie juridique du XXe siècle s'en est rarement tenue à l'affirmation polémique d'un Auguste Comte, pour qui le droit, en tant que notion métaphysique, était explicitement amené à disparaître à l'âge du positivisme. La lente acclimatation de la sociologie dans les facultés de droit

Or, très curieusement — et voici le paradoxe que j'évoquais plus haut — ni la promotion philosophique du droit ni la contestation sociologique de cette promotion ne semblent prendre en considération les secousses qui, en sous-main, ont affecté la réalité de la pratique juridique professionnelle. Presque au même moment où le référent « droit » s'est imposé dans le discours public comme une « forme par excellence de la parole autorisée » ou comme une garantie de légitimité démocratique, les juristes de métier s'inquiétaient quant à eux de l'évolution de leur pratique et du maintien de son autonomie.

### **Le droit hors de compte**

En pratique, le droit s'est trouvé en effet confronté à l'apparition de nouvelles méthodes de gouvernance, tendant à plier la raison juridique à une forme plus élastique de normativité<sup>59</sup>. En tant que science, tout d'abord, la jurisprudence s'est heurtée à une évolution massive du droit positif. L'accélération de la production législative a semblé non seulement compliquer la vie juridique ordinaire<sup>60</sup>, mais hypothéquer le projet même d'une jurisprudence scientifique — c'est-à-dire d'une doctrine savante susceptible d'offrir une image stable des institutions juridiques et de leurs rapports. Même lorsqu'elle continue, bon an mal an, son entreprise d'ordonnancement synthétique de la vie du droit, la doctrine a souvent dû envisager l'obsolescence de certaines des notions juridiques les plus fondamentales, en constatant qu'elles n'étaient plus capables d'encadrer la pluralité grandissante des expressions que l'expérience juridique concrète en donnait. La doctrine s'est donc parfois résignée à admettre l'impossibilité de proposer aucune définition véritable de certaines institutions cardinales, en proclamant par exemple, dans les années 1970, la « mort du contrat<sup>61</sup> ». Ou encore, les juristes se sont demandés si l'institution de la

---

suffit à attester de cette « modération ». Voir Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 92-93 et André-Jacques Arnaud, *Critique de la raison juridique*, t. 1, *Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981, p. 56 seq.

<sup>59</sup> Je me permets de renvoyer à mon article « Le droit hors de compte. L'aiguillage managerial de la discrétion policière », à paraître.

<sup>60</sup> Eric Rohde, « Trop de loi tue la loi...La jungle législative », *Le Monde* du 24/01/2007. Voir encore le numéro « Crises dans le droit » de la revue *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 4, 1986 ; ainsi qu'Yves Gaudemet, « Plurimae leges, corruptissima res publica : l'inflation législative », in *Les Abus du juridisme, Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Publications de l'Institut de France, 1997, p. 5-13.

<sup>61</sup> Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974 ; Patrick Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.

propriété n'était pas « en voie d'extinction », tant les technologies de l'information recomposaient *ab imis* sa matière juridique<sup>62</sup>. Cela a poussé quelques observateurs attentifs à parler d'« implosion » des vieilles distinctions juridiques. C'est le terme qu'emploie Alain Pottage à propos de la distinction des personnes et des choses, tel que le droit des biotechnologies notamment la remet en cause, mais aussi l'effacement sociologique plus général d'une institution comme l'héritage, qui « naturalisaient ces artefacts juridiques » et qui « ont perdu leur rôle central dans la société ». Ainsi faudrait-il dire de toutes ces notions : contrat, propriété, personne, chose, ce que Pottage écrit des deux dernières catégories : « dans les ordres juridiques occidentaux, [ces notions] sont désormais des problèmes, plutôt que des présupposés<sup>63</sup> ».

Mort du contrat, extinction de la propriété, implosion des personnes et des choses. Se pourrait-il que nos idées juridiques soient entrées dans un processus d'immense bouleversement, sans que pas même les auteurs les plus versés dans le postmodernisme — je veux dire dans la proclamation de la fin des grands récits, ou de la mort de la philosophie — paraissent s'en aviser ?

Voici tout au moins un premier motif d'étonnement. Le contraste est saisissant, entre ces perplexités internes de la science juridique, dont il serait facile de multiplier les exemples, et la constance de l'interrogation philosophique sur des notions sinon identiques, du moins homonymes. Car les philosophes ont-ils douté particulièrement de la pertinence de la notion de contrat, ni de la solidité de la notion de propriété ? Loin s'en faut ! Il est devenu courant par exemple de prêter à la doctrine politique de John Rawls, coquettement désignée comme un « *contractarianism* », le mérite d'avoir « ressuscité [l'idée de contrat social] dans la seconde moitié du XXe siècle<sup>64</sup> ». Il n'est apparu à aucun commentateur que cette *résurrection* philosophique de la notion de contrat était contemporaine de la proclamation juridique de sa *mort*. De même, les philosophes continuent sans gêne de s'interroger sur l'individualisme possessif, c'est-

---

<sup>62</sup> Ejan Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? » in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Montréal, Thémis - Paris, Litec, 1991, p. 217-247, cité par Mikhaïl Xifaras, *op.cit.*, p. 8-9.

<sup>63</sup> « In Western legal systems, persons and things are now problems rather than presuppositions » (Alain Pottage, 'Fabricating persons and things', in Alain Pottage et Martha Mundy (éds.), *Law, Anthropology and the Constitution of the Social. Making Persons and Things*, Cambridge University Press, 2004, p. 1-39, p. 1).

<sup>64</sup> « The most important contemporary political social contract theorist is John Rawls, who effectively resurrected social contract theory in the second half of the 20th century », entrée *Contractarianism* de la Stanford Encyclopedia of philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/contractarianism/#Bib>, lien consulté le 28/05/2013.

à-dire sur les fondements anthropologiques des droits de propriété, sans être nullement troublés par la rumeur juridique de l'*extinction* de ces mêmes droits<sup>65</sup>.

Plus généralement, il semble que ni la philosophie politique ni la philosophie du droit « des philosophes » n'aient véritablement pris en compte l'évolution contemporaine des conditions pratiques de l'exercice de la pensée juridique. A-t-on seulement remarqué la mauvaise passe dans laquelle se trouvait la *science juridique* ? La vocation historique de cette *science* — mais le nom est plus commun en allemand ou en anglais qu'en français, où il faudrait parler de *doctrine* — la porte comme on sait à organiser la matière du droit positif, en la coulant, autant que possible, dans une forme discursive stable. Or l'accélération de la production législative, qui plus est globalisée, suffit *de fait* à empêcher de rapporter le droit actuel à un quelconque système consistant. La multiplication des sources de droit et des textes eux-mêmes est telle qu'elle suffit à rendre matériellement impossible de « suivre » l'évolution du droit au-delà d'un domaine spécialisé extrêmement restreint. À plus forte raison, comment réfléchir la vie juridique dans son ensemble, sous la forme d'un système déductif ? Le train de la science juridique semble alors dévié vers un cul-de-sac, selon l'image proposée par Thomas Vesting :

Da die Veränderungen im Rechtssystem und ausserhalb des Rechtssystems, etwa die enorm gewachsene Gerichts- und Gesetzgebungstätigkeit, in der heutigen Rechtsdogmatik nicht immer hinreichend reflektiert werden, läuft diese Gefahr, die Rechtswissenschaft auf ein totes Gleis umzuleiten.

Dès lors que la doctrine juridique contemporaine n'offre pas toujours un tableau suffisant des transformations qui surviennent à l'intérieur comme à l'extérieur de l'ordre juridique — en bref de l'énorme croissance de l'activité jurisprudentielle et législative — la science juridique court le risque de tomber dans une impasse<sup>66</sup>.

Pire, selon un paradoxe maintes fois observé, les nombreuses campagnes de « simplification législative », qui viseraient à faciliter le commerce juridique — en dégrossissant par exemple les quelques 100 000 pages de l'*acquis communautaire* du droit européen — entraînent un effet pervers, inverse de celui escompté, ajoutant

---

<sup>65</sup> Étienne Balibar, « Le renversement de l'individualisme possessif – la propriété », in Hervé Guineret et Arnaud Milanese (éds), *La Propriété : le propre, l'appropriation*, Paris, Ellipses, 2004, p. 9-30.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 13. Au sein d'une immense bibliographie, voir « Crises dans le droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 4, 1986

encore à la complexité normative initiale. L'un dans l'autre, c'est toute la tradition dogmatique héritée du XIX<sup>e</sup> siècle qui semble sapée sur ses bases. Non qu'on l'aurait explicitement discréditée, mais l'ensemble des évolutions matérielles du droit rendent impraticable l'entreprise proprement systématique qui consistait à rapporter les unes aux autres les parties du droit existant, de manière à dégager le principe de leur cohérence globale. Faudrait-il donc aller jusqu'à craindre que ne s'effacent les « qualités formelles (*formalen Qualitäten*) » que Weber reconnaissait à la tradition du droit civil, et qui faisaient défaut à la *common law* comme à l'ancienne jurisprudence romaine : cette valeur ajoutée de la dogmatique, qui assurait que les notions juridiques « forment entre elles un système de règles qui soit clair au point de vue logique, non contradictoire et surtout complet quant à ses principes<sup>67</sup> » ?

Les théories juridiques les plus en vogue apportent en tout cas la justification positive de cet empêchement, dont l'injection de touches de culture littéraire dans l'enseignement du droit peine à compenser les effets déceptifs<sup>68</sup>. Niklas Luhmann distingue ainsi l'approche « systémique » du droit du vieux programme de la dogmatique juridique qui consistait à édifier un *système* des normes. Pour Luhmann, la doctrine juridique au sens traditionnel se caractérise en ceci, que :

the [legal] system observes itself not as a system (in an environment) but as a collection of texts referring to each other. [Legal argumentation], therefore, is not reflection in the strict sense, not reconstruction of the system's identity in the system [sic], but distinction and denotation on the basis of texts.

l'ordre [juridique] s'observe lui-même non pas comme un système (au sein d'un environnement) mais comme une collection de textes référés les uns aux autres. Par conséquent, [le raisonnement juridique] n'est pas réflexif au sens strict, il ne reconstruit pas à l'intérieur du système l'identité du système, mais il distingue et dénote en s'appuyant sur des textes<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> «...bilden untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchloses und, vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln », Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1980 [1922], p. 496.

<sup>68</sup> Le plus souvent les *Law and Humanities Studies* se contentent d'apporter un ornement pédagogique, condamné à n'avoir d'influence qu'infinitésimale sur la vie juridique.

<sup>69</sup> Niklas Luhmann, « Legal Argumentation : An Analysis of Its Form », *The Modern Law Review*, 58 (3), Mai 1995, p. 285-298, p. 287.

La doctrine juridique est donc donnée pour *non-réflexive*. Elle échoue à renvoyer l'image adéquate du comportement *systémique* du droit, c'est-à-dire la capacité que posséderait le cyborg juridique de réguler ses *inputs* et ses *outputs* afin de répondre aux *irritations* de l'environnement d'une manière apte à préserver son autonomie. La doctrine juridique se borne à *dénoter* et à *distinguer* les éléments textuels de l'ordre juridique, sans percer la logique communicationnelle (systémique) qui est au fondement de leur archivage, de leur circulation et de leur traitement. La dogmatique juridique s'assimile en ceci à une vieille « culture du système<sup>70</sup> » — culture qui, selon Luhmann, repose sur une forme d'inconscient textualiste de la pensée juridique en général. La valorisation du *texte écrit* en tant que tel apparaît en effet comme la précondition communicationnelle de l'opération qui consiste à assurer le couplage et l'assortiment des textes au sein d'une structure systématique. *In fine* l'autonomie et l'unité du droit dépendent entièrement de l'imprimerie, comme de son support « médiatique » propre<sup>71</sup>.

Plus fondamentalement, en tant que phénomène théoriquement indépendant de son interprétation savante, le droit se trouve lui-même de plus en plus relégué dans une position auxiliaire, subordonné à des méthodes de régulation profondément étrangères à sa propre tradition. Prenons en brièvement trois exemples, dans trois domaines juridiques distincts : civil, administratif et pénal, en nous mettant à l'école des commentateurs. Comme on le sait, la « performance » des droits privés nationaux est désormais régulièrement « évaluée » par la Banque mondiale. Les critères établis pour mesurer cette efficacité, tirés de la technique industrielle du *benchmarking*<sup>72</sup>, sont si parfaitement étrangers à toute considération de droit strict que la profession, en France, s'est estimée attaquée dans son honneur et s'en est émue publiquement<sup>73</sup>.

Quant au droit administratif, l'usage prévaut depuis plusieurs décennies de l'assortir d'objectifs déterminés par des ingénieurs — notamment en matière de planification économique. L'intégration de tels objectifs au dispositif même de la loi

---

<sup>70</sup> Albert Koshorke et Cornelia Vismann, *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analyse der Werke von Luhmann*, Oldenbourg Akademieverlag, 1999.

<sup>71</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1993, p. 500. Nous verrons plus bas en quoi l'analyse de Luhmann touche juste sur ce point.

<sup>72</sup> Kevin E. Davis et Michael B. Kruse, « Taking the Measure of Law. The case of the *Doing Business* project », *Law and Social Inquiry*, 32 (4), Printemps 2007, p. 1095-1119. Sur le benchmarking comme tel, Emmanuel Didier et Isabelle Bruno, *Benchmarking. L'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte, 2013.

<sup>73</sup> Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les Droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing business de la banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

représente une telle nouveauté que les plus fins connaisseurs du droit administratif ont craint qu'elle n'altère « au-delà de sa physionomie actuelle, ses tendances profondes<sup>74</sup> ». Enfin, le droit pénal, déjà dans l'Angleterre de Margaret Thatcher, subissait « l'imposition d'un modèle managerial d'efficacité administrative », dont les meilleurs observateurs, à l'époque, redoutaient qu'elle n'entraîne sa « reconceptualisation » globale, selon l'identification analogique du ministère public à un fournisseur (*provider*) et de la partie civile à un client (*purchaser*)<sup>75</sup>.

- *Trois obstacles*

Le contraste est donc manifeste entre la nouvelle valorisation philosophique du droit et l'érosion sous-jacente de l'art juridique. Faute de s'être enquis de l'évolution du droit positif, le philosophe met en avant une référence au droit qui semble planer au-dessus des modalités réelles de sa mise en œuvre pratique, sans aucun discernement pour les mutations qui affectent celles-ci. Certes, une posture purement rationaliste pourrait conduire à dénier toute pertinence proprement théorique aux évolutions empiriques du droit, ainsi qu'au désarroi qu'elles provoquent dans les milieux juridiques. Cela reviendrait à inscrire les principes du droit dans une sphère logique sous-jacente à celle de leurs instantiations historiques, et à les réputer « infalsifiables » par des constatations d'ordre empirique, autrement dit par ce que les épistémologues nommeraient des *faits récalcitrants* tirés de l'histoire de la jurisprudence ou de l'analyse des méthodes néolibérales de gouvernement.

Mais cette indifférence à l'histoire ne risque-t-elle pas d'engourdir la réflexion philosophique ? Non seulement elle l'enferme dans une sorte de coquille auto-référentielle, mais elle la jette dans une erreur de perspective proprement politique. Que le droit perde en partie sa place dans la panoplie des rationalités de gouvernement, voilà un problème qui concerne *aussi* le philosophe, à plus forte raison lorsque celui-ci décide d'impliquer les procédures juridiques dans la construction idéale d'un modèle pour la cité. Sauf à vouloir penser à contretemps, en désignant une réalité *instable* comme un fondement valable pour le « vivre ensemble », le

---

<sup>74</sup> André Hauriou, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 197-225, p. 224.

<sup>75</sup> Nicola Lacey, « Government as Manager, Citizen as Consumer : The Case of the Criminal Justice Act 1991 », *The Modern Law Review*, 57 (4), Juillet 1994, p. 534-554.

philosophe ne peut plus se dispenser d'ouvrir la boîte noire de ce qu'il aime se représenter comme « le droit ».

Mais comment procéder dans cette enquête ? Sans préjuger du sens des évolutions normatives dont il s'agirait d'amener l'analyste à faire sens, leur caractère possède au moins un trait qui est clair d'emblée : c'est qu'elles sont beaucoup trop ténues pour apparaître à un esprit démuné de toute familiarité avec la technique juridique. Il faut donc se les rendre sensibles — c'est-à-dire, avant même de les faire voir, se rendre capable de les apercevoir. La longue histoire des interprétations du fait possessoire, dans la deuxième partie de cette étude, nous procurera exactement cette occasion. Mais avant de pouvoir enclencher cette analyse de la jurisprudence, qui nous servira à en dégager l'originalité conceptuelle, il nous reste à examiner trois obstacles philosophiques :

- la duplication académique de la théorie du droit (chapitre 2, §1)
- l'opposition idéaliste de la pensée catégorique et de la pensée réglementaire (chapitre 2, § 2-5)
- l'opposition spéculative de la *totalité éthique* à l'*état du droit* (chapitres 3 et 4)

## Chapitre 2

### La règle et l'idée

#### Duplicata

J'ai mentionné plus haut, mais pour l'écartier aussitôt, l'opposition parfois invoquée dans l'enseignement français entre la philosophie du droit « des juristes » et celle « des philosophes<sup>1</sup> ». Il est clair que nous devons passer outre cette distinction, si nous voulons que le philosophe puisse remédier au « contretemps » dans lequel nous l'avons trouvé piégé.

À quoi tient donc l'étrange duplication de la philosophie du droit ? Le dialogue, il y a vingt ans, d'éminents représentants de chacun des deux items de la discipline nous aidera à mieux le comprendre. Pour expliquer son indifférence aux aléas de la jurisprudence, Alain Renaut, se présentant comme un « philosophe philosophant du droit », réclame de pouvoir s'exprimer « au nom de la philosophie du droit des philosophes », qu'un « vieux conflit », dit-il, opposerait à « la philosophie du droit des juristes<sup>2</sup> ». Son répondant, Michel Troper, tâche alors de formuler le principe auquel pourrait renvoyer cette opposition : la philosophie du droit des philosophes porterait sur « la représentation du droit que l'on se fait dans le milieu des philosophes » — et dans cette remarque nous entendons l'expression *se faire une représentation de* augurer de bien des méprises — tandis que la philosophie du droit des juristes consisterait « à rechercher la représentation du droit qui est au fondement des pratiques juridiques<sup>3</sup> » — et là, dans le grave mot de *fondement*, nous entendons résonner tout le sérieux positif de la science. Il en irait donc non pas d'un écart entre deux façons de s'adonner aux λόγοι φιλόσοφοι, selon qu'on appartiendrait à l'une ou l'autre école de pensée, au Portique ou au Jardin ; ni du partage entre deux branches d'une même discipline, comme lorsqu'on divise entre la mécanique des fluides et

---

<sup>1</sup> *Supra* p. 46.

<sup>2</sup> Alain Renaut et Michel Troper, « Droit des juristes ou droit des philosophes. Malentendus franco-allemands », in Pierre Bouretz, (dir.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 229-245, p. 230.

<sup>3</sup> *Id.* p. 236. Dans le même sens, voir Olivier Beaud, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 50.

celle des solides. Il s'agirait plutôt de proclamer deux disciplines distinctes, deux approches concurrentes du phénomène juridique, l'une pour rapporter celui-ci au « milieu des philosophes » — en d'autres termes à l'histoire de la philosophie ou à la philosophie morale et politique ; l'autre pour rendre compte de la pratique réelle des tribunaux, et le cas échéant l'influencer.

D'emblée ces locutions s'entourent donc d'une valeur polémique. À demi-mot, l'explication de Michel Troper donne la seconde version de la discipline, la sienne, pour la seule véritable philosophie *du droit* ; à l'inverse le langage même d'Alain Renaut suggère que seule la philosophie du droit des philosophes *philosophe* — ce qui conduit à se demander ce que peut bien faire celle des juristes. À force de se disputer l'appellation de « philosophie du droit » ou de mettre en concurrence les deux vocables qu'elle met en présence, ces conceptions concurrentes finiraient presque par apparaître comme les *duplicata* d'une discipline introuvable.

Une vingtaine d'années avant la mise en scène à Paris de cette opposition, Norberto Bobbio — le premier auteur, à ma connaissance à l'avoir jamais formulée sous cette forme — en avait donné, pour le cas italien, une explication plus fouillée<sup>4</sup>. L'occasion lui en était fournie par la volonté de contenir l'influence qu'un autre philosophe, Giovanni Gentile, avait pu exercer au sein des facultés de droit, depuis notamment qu'avait été publiées, sous le titre de *Fondamenti della filosofia del diritto*, les leçons qu'il avait données en 1915-1916 à l'Université de droit de Pise<sup>5</sup>. Pour repousser à la fois le néo-hégélianisme de la méthode de Gentile et les éléments tendanciellement fascistes de sa politique, Bobbio décide de faire appel à ce qu'on pourrait appeler une distinction externaliste — pour utiliser le langage des historiens des sciences. L'approche de Gentile dans les *Fondamenti* apparaît à Bobbio comme l'illustration paradigmatique de l'orientation des « philosophes-juristes » (*filosofi-giuristi*), par opposition à celle des « juristes-philosophes » (*giuristi-filosofi*). Ainsi de l'une à l'autre approche, seule changerait l'ordre dans lequel doivent s'énoncer les deux noms de philosophe et de juriste. En termes plus formels, nous dirons que la signification de ces accrétiens de termes dépend de leur caractère non commutatif — puisqu'ils diffèrent uniquement par l'inversion syntagmatique de leurs termes

---

<sup>4</sup> Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, Ed. di Comunità, 1977, p. 35 et p. 43 seq. Une récurrence contemporaine de la distinction se trouve dans Bernardo Pieri et Antonino Rotolo (éd.), *La Filosofia del diritto dei giuristi*, Bologne, Gedit, 2004.

<sup>5</sup> Giovanni Gentile, *I Fondamenti della filosofia del diritto*, Opere complete t. XV, Florence, Sansoni, 1937 [1916].

communs. En somme, les *philosophes-juristes* proviennent des facultés de philosophie et s'expriment sur le droit afin de faire de la philosophie ; les *juristes-philosophes* proviennent des facultés de droit et s'expriment en termes philosophiques pour faire du droit.

Une fois précisée cette distinction « externaliste », comment Bobbio caractérise-t-il donc l'approche de ceux qui seraient philosophes *avant d'être* juristes ? Elle dépend d'abord à ses yeux d'un parti-pris heuristique, dès lors que :

Le soluzione dei problemi generali del diritto si devono cercare non nell'osservazione dell'esperienza giuridica, ma nelle opere dei filosofi.

Ce n'est pas dans l'observation de l'expérience juridique, mais dans l'œuvre des philosophes qu'il faut chercher la solution des problèmes juridiques généraux<sup>6</sup>.

On ne saurait faire à Bobbio le reproche d'avoir exagéré ce diagnostic. Gentile n'avait rien en effet d'un « observateur de l'expérience juridique ». Les aléas de la jurisprudence, les conditions scientifique de sa description générale, les tendances mêmes de son évolution, rien de cela n'était fait pour l'intéresser. Bien plus, il s'opposait absolument à la tendance de la science juridique positive à traiter le droit comme un fait, dont la connaissance pût être historique, au sens ancien de ce qui n'est connaissable que comme détail empirique particulier<sup>7</sup>. Gentile invitait au contraire à traiter philosophiquement le concept du droit comme une idée dont la « détermination » ne devait rien aux particularités de ses manifestations empiriques. Cela l'engageait nécessairement à se désintéresser des particularités du droit positif :

Contro la filosofia del diritto stava il concetto stesso del diritto, poichè, per influsso [...] del positivismo naturalistico [...] si vedeva nel diritto il fatto, il *fenomeno* storico e sociale. Del quale è ovvio che non è possibile trattazione filosofica. Concepire il diritto come fatto o fenomeno è già negare la filosofia del diritto.

On a dressé contre la philosophie du droit le concept même du droit, dès lors qu'on a voulu voir dans le droit, sous l'influence du positivisme naturaliste, un *phénomène* historique et social. Dont il est évident qu'aucun traitement philosophique n'est possible. Concevoir le droit

---

<sup>6</sup> Cité par Bobbio, *op. cit.*, p. 42.

<sup>7</sup> Voir ci-dessous, p. 77.

comme un fait et comme un phénomène, c'est déjà nier la philosophie du droit<sup>8</sup>.

Ainsi Gentile opposait-il lui-même la philosophie du droit véritablement philosophique à « toute phénoménologie juridique » (*ogni fenomenologia giuridica*)<sup>9</sup>. La première perspective s'occuperait des catégories conceptuelles qui sont le fondement idéal du droit, référées au Concept ; la seconde du détail empirique des dispositions de droit positif.

Voici le commentaire que Bobbio, en « juriste-philosophe », donne à la perspective qui suivait de cette position :

Il compito del filosofo del diritto consiste, abbracciato questo o quell'indirizzo, nel trarne ispirazione o guida, o addirittura principi già bell'e fatti, nozioni e terminologia per dare una soluzione [...] sistematica ai vari problemi generali del diritto e della giustizia. Il filosofo del diritto diventa in questo modo un compagno minore del filosofo ; si mette al suo seguito, e gode del suo splendore ; non brilla di luce propria, ma di luce riflessa.

La tâche du philosophe [i.e. du philosophe-juriste au sens de Gentile] consiste, une fois épousée telle ou telle ligne de pensée [de philosophie générale], à s'en inspirer et à en tirer un fil conducteur, ou même des principes déjà ficelés et bien faits, des concepts et une terminologie susceptibles d'apporter une solution [...] systématique aux différents problèmes généraux du droit et de la justice. Le philosophe du droit devient ainsi un compagnon subalterne du philosophe. Il se met à son service, et profite de sa splendeur. Il ne brille pas de son feu propre, mais de la lumière qu'il reflète<sup>10</sup>.

Il devait s'agir pour Bobbio, au contraire, d'émanciper la philosophie du droit de la philosophie générale. Il fallait renverser la servitude qui avait longtemps fait de la première une branche appliquée de la seconde, et faire du droit l'objet d'une méditation philosophique sinon « splendide », du moins autonome. Si Gentile, en effet, voyait le philosophe spéculatif en *tuteur* — revendiquant pour lui la position détachée d'un Grand secrétaire de l'Idée — l'enjeu était ici de proposer une réflexion sur le droit fermement arrimée à la culture professionnelle des juristes. Cette autre philosophie du droit, *indigène* pour ainsi dire, garantirait l'essor d'un enseignement

---

<sup>8</sup> Gentile, *Fondamenti*, p. 34.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>10</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 40.

philosophique indépendant au sein des facultés de droit italiennes, enseignement qui, avant toute chose, serait assuré dans un langage compréhensible par les juristes. Prférant le style analytique au style « sublime », cette philosophie serait capable de clarifier les grandes questions qui émergent de la pratique du droit : le problème des sources de droit et de leur hiérarchie ; le pluralisme juridique ; la théorie de l'interprétation. Elle apporterait par conséquent une prestation *pratique* à la communauté juridique — en compensation de laquelle elle demanderait aux Facultés de droit l'autorisation de s'acclimater en leur sein.

Ainsi la confrontation des théories de Gentile et du programme de Bobbio, à quelques cinquante années de distance, nous offre le spectacle de deux versions antinomiques de la réflexion sur le droit. Ces deux versions sont construites à rebours l'une de l'autre ou plus exactement *symétriquement* l'une à l'autre. Car il est clair qu'elles s'entendent sur un point au moins, qui est le principe de leur incompatibilité même. Pour philosopher, le philosophe-juriste idéaliste exclut de « penser en juriste » ; pour penser en juriste, le juriste-philosophe analytique exclut de « philosopher ».

Naturellement, la redondance de ces versions à la fois homonymes et rivales de la discipline ne signifie pas qu'on ait toujours conçu entre le droit et la philosophie un rapport de parfaite exclusion. Plusieurs croisements empêcheraient d'inférer une conclusion si schématique. Nous avons déjà vu par exemple comment le jusnaturalisme de Radbruch ou de Villey faisait appel à certains points de métaphysique, afin de promouvoir une *politique juridique* destinée à restreindre l'ambitus de l'action législative. Ici des éléments de culture juridique, doctrines ou philosophèmes, étaient absorbés par la mentalité juridique, à des fins idoines. D'une autre manière encore, l'histoire des idées a bien pu mettre en avant certains points de rencontre, par lesquels notions et modèles auraient passé de l'une à l'autre des deux facultés. On a discuté par exemple les affinités du normativisme de Hans Kelsen et de l'empirisme logique du cercle de Vienne<sup>11</sup> ; la proximité de H. L. A. Hart avec la philosophie du langage ordinaire du second Wittgenstein<sup>12</sup> ou encore, plus

---

<sup>11</sup> Clemens Jabloner und Friedrich Stadler, *Logischer Empirismus und reine Rechtslehre. Beziehung zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Vienne, Springer, 2001.

<sup>12</sup> Alexandre Lefebvre, « Law and the Ordinary : Hart, Wittgenstein, Jurisprudence », *Telos*, 154, Printemps 2011, p. 99-118.

classiquement, l'influence du stoïcisme sur l'œuvre des juristes de l'ancienne Rome<sup>13</sup>. Dans tous ces cas de figures, la philosophie générale des philosophes semble entrer directement en contact avec la philosophie du droit des juristes, sans intercession volontaire de la part des *filosofi* — selon une hypothèse que tendrait à exclure le schéma général proposé par Bobbio.

Encore faudrait-il souligner, à ce propos, que de telles influences sont souvent extrêmement difficiles à établir. C'est pourquoi l'historiographie semble à jamais condamnée à osciller entre l'acceptation et l'infirmité de ces « influences », en réalité des homologues dont le quotient de réalité reste souvent incertain. De manière caractéristique, l'hypothèse de ces jonctions se formule presque inmanquablement dans l'après-coup, lorsqu'un corps de pensée est déjà suffisamment constitué pour qu'on veuille bien en retracer la genèse et mesurer le rapport qu'il entretient aux autres aspects d'une culture (droit, médecine, arts, etc.). On pourra donc toujours s'attendre à ce qu'elles soient *in fine* minorées, au nom de l'autonomie de la pensée juridique<sup>14</sup>.

Mais c'est un reproche plus général qu'il faut adresser à la duplication de la discipline en deux versions spéculaires. Sa faute n'est pas d'empêcher la reconnaissance historique d'une hypothétique circulation d'opinions, de méthodes ou de philosophèmes entre les deux traditions intellectuelles, mais plutôt de renvoyer une image tronquée du monde juridique au sein de notre culture en général. Qu'il faille se prononcer entre différentes doctrines philosophiques — comme par exemple entre le jusnaturalisme et le positivisme — voilà qui témoigne d'une incertitude objective, ou dira-t-on de l'imperfection de nos connaissances, trop courtes pour qu'aucune de ces doctrines ne se soit attiré une fois pour toute aucun consentement universel. Mais il est singulier qu'on nous demande de choisir entre une philosophie du droit *des X* et une philosophie du droit *des Y*, comme si l'appartenance à l'un ou l'autre de ces groupements devait prédéterminer le contenu de la philosophie en question. Ce génitif malheureux, référé à l'inscription des locuteurs dans telle ou telle corporation, sape la

---

<sup>13</sup> Elmar Bund, « Rahmenerwägungen zu einem Nachweis stoischer Gedanken in der römischen Jurisprudenz », in Manfred Harder et Georg Thielmann (éds.), *De Iustitia et Iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1980, p. 127-146 ; Michèle Ducos, *Les Romains et la loi : recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, Les Belles Lettres, 1984. Pour une présentation du droit naturel stoïcien comme « auxiliaire idéologique désiré » du *jus gentium* de l'Empire, voir Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1961 ; tr. fr. *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 2002, p. 33.

<sup>14</sup> Ainsi Bobbio minimisant lui-même l'influence du néokantisme sur Kelsen, *op. cit.*, p. 53.

prétention native de la philosophie à laisser s'exprimer uniquement le *logos* et un *logos* unique :

Οὐκ ἔμου,  
ἀλλὰ τοῦ λόγου ἀκούσοντας  
ὁμολογεῖν σοφὸν ἔστιν  
ἐν πάντα εἶδεναι

À ceux qui écoutent  
Non pas moi,  
Mais le discours,  
La sagesse demande d'en convenir :  
Toutes choses sont une<sup>15</sup>.

L'un dans l'autre, l'alternative des deux philosophies nous fait perdre quelque chose. Par ignorance ou faute d'intérêt, elle poussera le philosophe à se méprendre sur ce que signifie *penser en juriste*, comme elle poussera le juriste à se tromper sur ce que signifie *philosopher*. Pour Gentile, l'art du raisonnement juridique se réduit en somme à un labyrinthe de contingences pénibles, sauf à présenter cet élément *idéal* qui ennoblit le droit en signalant l'Esprit qui se manifeste à travers lui. Pour Bobbio, la philosophie générale s'apparente à la limite à un dilettantisme de la raison, *délié* de l'esprit de suite nécessaire à l'analyse du droit. Chacune de ces représentations est unilatérale. Gageons quant à nous que la *poétique juridique*, pour garder au mot le sens grec de tour de main, renferme une pensée plus riche que ne l'imagine le néo-idéaliste ; et que la philosophie puisse se rendre plus pratique que ne le soupçonne le juriste. Bobbio ne l'a-t-il d'ailleurs pas mieux su lui-même qu'aucun autre ? Dans une œuvre de jeunesse, il s'était lui-même efforcé de mettre la « science des essences » husserlienne au profit de l'affirmation d'une origine transcendante de la juridicité, affirmant la possibilité d'une « orientation phénoménologique de la philosophie du droit<sup>16</sup> ». Cette tentative audacieuse, bientôt recouverte par l'expérience de la résistance au fascisme, à moitié désavouée ou tombée dans l'oubli après-guerre (l'ouvrage ne fut jamais réédité), indiquait clairement une troisième voie, où la pensée,

---

<sup>15</sup> Héraclite, Fragment 50, in *Fragmenta Heraclitea. Libri reliquiae superstites. Textus, versiones, apparatus*, éd. et tr. Serge N. Mouraviev, Sankt Augustin, Academia Verlag, 2006, p. 126 ; je traduis.

<sup>16</sup> Norberto Bobbio, *L'Indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Turin, Istituto Giuridico dell'Università di Torino, 1934. Sur le sens du mot « transcendental », du moins chez Kant, voir ci-dessous p. 79.

rendant pleinement commutative l'expression de *philosophe-juriste*, pouvait se développer librement sans devoir clamer son appartenance ni à une famille ni à l'autre.

### **Mouvoir les lois ou les connaître**

La controverse des *giuristi* et des *filosofi* plonge pourtant dans la tradition philosophique des racines plus profondes. Si le thème d'une double philosophie du droit trouve semble-t-il son point d'origine dans la pensée juridique italienne du XX<sup>e</sup> siècle — où nous venons de voir qu'il avait surtout servi à repousser après-guerre l'influence d'un néo-hégélianisme fascisant au sein des Universités de droit — il s'appuie en réalité sur une partition beaucoup plus ancienne de l'univers normatif. Aussi bien la réticence des philosophes à scruter les aspects concrets du droit positif, telle que nous l'avons remarquée plus haut, procède-t-elle moins d'un banal repli de la discipline sur elle-même — comme le suggérait le groupe des opinions que nous avons rapportées plus haut<sup>17</sup> — qu'elle n'apparaît comme la reproduction, sous la forme dégradée d'un automatisme, d'une décision dont l'une des formulations les plus énergiques et les plus nettes fut à l'œuvre dans la pensée de l'idéalisme allemand, auquel il n'est pas anodin que nous demeurions redevables de l'expression même de *Rechtsphilosophie*<sup>18</sup>.

Cette décision apparaît d'abord comme l'amplification philosophique d'un partage structurant de la tradition juridique occidentale, celui qui oppose, pour emprunter les termes de sa présentation classique chez Domat, les lois *immuables* et les lois *arbitraires*. Au plan juridique, la distinction de ces deux familles de normes (comme il convient de paraphraser le terme romanisant de « lois » tel que l'emploie Domat au XVII<sup>e</sup> siècle) tient avant tout aux modalités supposées de leur existence. Les lois immuables sont réputées incréées ; elles ne peuvent s'éteindre — ni par conséquent s'abolir. Les lois arbitraires au contraire « sont des lois positives, parce que les hommes peuvent les établir, les changer et les abolir<sup>19</sup> ». C'est une loi

---

<sup>17</sup> Voir ci-dessus les opinions de Derrida, Nancy, Deleuze et Colliot-Thiélène, p. 54.

<sup>18</sup> Pour être exact, Kant parle de doctrine du droit (*Rechtslehre*) ; Hegel de science philosophique du droit (*philosophische Rechtswissenschaft*) ou de *Philosophie des Rechts* ; mais tous ces usages, porteurs d'une opposition similaire à la *Rechtswissenschaft* des juristes, annoncent l'expression de *Rechtsphilosophie*, telle qu'elle s'impose dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Voir l'entrée « Rechtsphilosophie », dans *l'Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 8, 1992.

<sup>19</sup> Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, 3 t., Paris, Knapen, 1777, t. 1., p. XXI.

*immuable* qui par exemple interdit le meurtre ou qui en matière civile oblige celui qui a emprunté la chose d'autrui à la conserver. Ces règles « sont tellement essentielles aux engagements qui forment l'ordre de la société, qu'on ne saurait les changer sans ruiner les fondements de cet ordre<sup>20</sup> ». À ces lois immuables, consubstantielles en quelque sorte à l'ordre social, deux raisons rendent cependant nécessaire d'adjoindre des lois arbitraires, autrement dit des lois d'invention humaine — et ces lois s'exprimaient, aux temps de Domat, sous forme d'ordonnances royales, de décrets canoniques ou de coutumes. D'abord, l'exécution des lois immuables peut entraîner certaines difficultés, de sorte qu'il devient inévitable de mêler ces premières lois de déterminations, souvent quantitatives, précisant les conditions de leur application. Par exemple si, comme l'affirme Domat, c'est une règle immuable que les fils doivent hériter de leurs pères, en revanche il « est indifférent [à cette loi] qu'il y ait ou cinq, ou six, ou sept témoins dans [le] testament<sup>21</sup> » qui prévoiera la succession. En plus de ces difficultés, dont le réglage occupe une part essentielle de l'activité juridique (et la description rétrospective une part essentielle de l'histoire du droit), l'introduction de lois arbitraires s'explique par « l'invention de certains usages qu'on a cru utiles dans la société<sup>22</sup> », comme par exemple les substitutions héréditaires — c'est-à-dire la possibilité d'instituer simultanément plusieurs d'héritiers fidéicommissaires.

En pratique, la différence de l'immuable et de l'arbitraire emporte une conséquence immédiate et notable. Elle détermine la liberté du législateur d'intervenir ou non dans la définition d'une discipline normative donnée. Les normes immuables sont intangibles, indisponibles pour ainsi dire à la volonté législative — sauf à détruire l'ordre même de la société. Les normes arbitraires, au contraire, sont éminemment maléables, accessibles à l'interventionnisme législatif, puisqu'elles reposent sur l'appréciation pragmatique de l'utilité qui ressort des différentes manières d'appliquer ou de préciser le dispositif des lois immuables. Pour reprendre les exemples de Domat, nous dirons, puisqu'il est de droit immuable que l'emprunteur conserve la chose qu'il a reçue en prêt, que le législateur n'a pas la capacité de modifier cette règle ; en revanche on lui accordera la liberté de modifier la gradation des substitutions héréditaires, parce qu'il s'agit là d'une matière arbitraire<sup>23</sup> — ou encore on le laissera porter de 5 à 7 le nombre de témoins requis pour la

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. XV.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. XV.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. XVI.

<sup>23</sup> La pratique de ces substitutions sera d'ailleurs abolie par le code napoléonien.

formation d'un testament valide. À la disposition de la norme à *se muer* correspond donc le pouvoir du législateur de la *mouvoir*.

La division des normes muables et immuables est donc ancienne et courante. Or la naissance de la *Rechtsphilosophie* comme discipline ne se laisse pas dissocier du parti-pris de certains philosophes d'amplifier cette vieille division juridique, en l'envisageant sous un nouveau point de vue. Délaissant la question proprement juridique des conditions de naissance et d'extinction des normes, tout comme celle, socio-politique, des limites de l'intervention législative — quoique ce second problème persistera, nous le verrons, sous d'autres formes — ces philosophes, dans la lignée de Kant, vont appréhender cette distinction au prisme d'une question purement théorique : celle des formes de la connaissance. À la division juridique traditionnelle des normes *muables* et des normes *immuables* — qui fondait un certain état de la doctrine des prérogatives du législateur — va dès lors se surimposer une division proprement philosophique des types d'activité subjective — nous dirions « cognitives » — impliquées dans la connaissance des normes, considérées comme des objets de représentation.

Ainsi, dès l'ouverture des *Fondements métaphysiques de la doctrine du droit* (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*), qui forment la première partie de sa *Métaphysique des moeurs* (*Metaphysik der Sitten*), parue deux ans avant la prise de la Bastille, Kant donne une caractérisation essentiellement négative des lois que Domat appelait arbitraires. Elles se définissent en effet par leur défaut de caractère rationnel. Ceci les oppose aux normes immuables, qui « reposent uniquement sur des principes *a priori*<sup>24</sup> ». Si la raison se définit, comme l'affirme la *Critique de la raison pure*, comme la « faculté des principes (*Vermögen der Prinzipien*) », nous en déduisons que les normes immuables sont purement rationnelles, et relèvent entièrement, du point de vue de la manière dont nous les connaissons, de la « faculté suprême de connaître (*die oberste Erkenntniskraft*)<sup>25</sup> ». Au contraire, en tant qu'elles sont maniées par les juristes et les experts en droit (*juris periti*), les normes positives, faute d'être rationnelles et de dériver uniquement de principes *a priori*, tombent dans le champ du savoir *historique*, au sens classique où la rhétorique aristotélicienne affirme que

---

<sup>24</sup> Emmanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in *Werke in zwölf Bänden*, t. VII, *Die Metaphysik der Sitten*, Franfort sur le Main, Suhrkamp, 1977, p. 345 ; tr. fr. Alain Renaut, Paris, Flammarion, 1994, p. 25. (Désormais RL).

<sup>25</sup> KrV, introduction à la Dialectique transcendantale, A 299, p. 410-411 ; tr. fr. p. 322-323.

l'histoire « donne des faits particuliers<sup>26</sup> ». Nous voyons donc l'effet de l'adoption d'un point de vue philosophique — c'est-à-dire d'une réflexion sur les formes de la connaissance — sur la présentation des typologies normatives. La différence *juridique* des normes immuables et des normes arbitraires est désormais subordonnée à une différence intellectuelle : celle d'« objets normatifs rationnels » et d'« objets normatifs historiques » — j'emploie ici le terme d'objet pour bien marquer que nous commençons à considérer les normes non pas dans leur rapport contraignant à la *praxis* (c'est-à-dire non pas comme des normes !) mais comme des contenus représentationnels, au sens où la philosophie — du moins sous sa forme idéaliste — se présente comme une activité de contrôle, d'analyse ou de synthèse des représentations.

C'est par l'intermédiaire d'une connaissance historique que nous apprenons que le *London Bridge*, au XIII<sup>e</sup> siècle, est regardé comme le titulaire d'un patrimoine propre<sup>27</sup> ; ou que le procureur de la République de Mayotte dispose d'un délai de quinze jours pour décider de surseoir à l'enregistrement de la reconnaissance d'un enfant par l'officier d'état civil<sup>28</sup>. Peu importe ici que les instantiations de ce type de connaissance appartiennent au passé ou au présent. Comme l'écrit Goethe dans une lettre à Humboldt : « qu'une chose survienne dans une époque passée, dans des empires lointains ou tout près de moi en cet instant, cela ne m'est d'aucune différence<sup>29</sup> ». Dans tous les cas la chose est survenue, et la connaissance de cet événement s'impose à mon esprit sous la couleur d'un fait particulier (τὸ καθ' ἕκαστον). Chacun de nos exemples, passé ou présent, satisfait par conséquent le critère discriminant que l'*Architectonique de la raison pure*<sup>30</sup> associe au sens subjectif de la *cognitio ex datis* :

Eine Erkenntnis [...] ist doch bei dem, der sie besitzt, historisch, wenn er nur in dem Grade und so viel erkennt, als ihm anderwärts gegeben

---

<sup>26</sup> Aristote, *Rhétorique*, I, 4, 1360 a 37 : « ἡ ἱστορία τὰ καθ' ἕκαστον λέγει ».

<sup>27</sup> Charles Welch, Sir John Wolfe-Barry, William Benham, *History of the Tower bridge and of other bridges over the Thames built by the Corporation of London: Including an account of the Bridge House trust from the twelfth century, based on the records of the Bridge House estates committee*, Londres, Smith, Elder & co., 1894.

<sup>28</sup> Art. 2499-2 du Code civil.

<sup>29</sup> « Ob etwas in der vergangenen Zeit, in fernen Reichen oder mir ganz nahe räumlich im Augenblick vorgeht, ist ganz eins », lettre de Goethe à Humboldt, citée par Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus. Werke in Drei Bände*, t. 1, München, Oldenbourg, 1965, p. 571.

<sup>30</sup> Sur ce texte qui conclut la grande critique, voir plus haut note 2 p. 42.

worden, es mag dieses ihm nun durch unmittelbare Erfahrung oder Erzählung oder auch Belehrung [...] gegeben sein.

Une connaissance est historique chez celui qui la possède, quand il ne connaît rien que dans la mesure où cela lui est donné d'ailleurs, et rien de plus que ce qui lui a été donné, qu'il l'ait appris par l'expérience immédiate, ou par un récit, ou même par le moyen de l'instruction<sup>31</sup>.

C'est par le moyen d'un récit — de la compulsions d'archives — bref d'une connaissance « donnée d'ailleurs (*anderwärts gegeben*) », que nous apprenons que le *Tower Bridge* était tenu pour le destinataire juridique des droits d'ancrage (*God's pence*) acquittés par les navires venus débarquer au port de Londres. De même, la connaissance des dispositions que le code civil prévoit contre les reconnaissances frauduleuses de paternité remonte en dernière analyse à la considération du fait « historique » de la promulgation législative de ces dispositions, c'est-à-dire de leur rédaction puis de leur inscription littérale dans le Code — bref de la série des formalités qui garantissent *in fine* leur reconnaissance juridique au sens de Hart<sup>32</sup>. Non seulement la pratique du droit est peuplée de ce type de connaissances, mais elle en est entièrement dépendante, s'il est vrai, comme l'a bien expliqué Kelsen, que les prescriptions du droit positif — sur lequel il appartient au juriste de régler son raisonnement — présentent toutes le caractère d'un *fait* :

Das positive Recht erscheint [...] als etwas Künstliches, d.h. als etwas durch einen empirischen, im Reiche des Seins, in der Sphäre des tatsächlichen Geschehens verlaufenden menschlichen Willensakt "Gesetzes", als ein Sein also, als Wirklichkeit [...].

Le droit positif apparaît [...] comme quelque chose d'artificiel, c'est-à-dire comme quelque chose de posé par un acte empirique de la volonté humaine, accompli dans le règne de l'Être, dans la sphère des événements de fait, donc comme un être, comme une réalité<sup>33</sup>.

Tirée d'une allocution en 1928 devant la *Kant-Gesellschaft*, la remarque de Kelsen, en ce point tout à fait kantienne, établit clairement que toute norme de droit positif

---

<sup>31</sup> KrV, AA, B 864, *op. cit.* p. 863 ; tr. Barni, p. 693. La remarque vise ici les modalités subjectives de propagation de la métaphysique dogmatique, mais son sens recoupe exactement la présentation que Kant donne ailleurs du droit positif.

<sup>32</sup> Sur la *rule of recognition*, voir *supra* p. μ...-È∞.

<sup>33</sup> Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Philosophische Vorträge der Kant-Gesellschaft (31), Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heine, 1928, p. 10.

repose sur un *fait*. Pour qu'une norme puisse être dite positive, il faut qu'elle acquière ce supplément, non pas d'âme, mais de réalité, capable d'en faire un événement objectif et perceptible : « etwas Geschendes », quelque chose qui arrive<sup>34</sup>. Cet événement pourra certes faire l'objet de différentes formes de descriptions — et le positivisme juridique, on le sait, est loin de constituer une doctrine unanime. Chez Kelsen, il correspond à l'« acte empirique de la volonté humaine » qui pose la loi, acte qui peut apparaître de diverses manières, soit comme la promulgation effective de la loi proprement dite, soit plus généralement comme l'unité du processus global de reconnaissance juridique de la norme. Mais dans tous les cas, il est clair que la connaissance (subjective) d'une norme de droit positif, dans la mesure où son caractère positif procède d'un *événement réel* qui est un *fait particulier* ressortit nécessairement à la *cognitio ex datis*, ou à la connaissance « historique » au sens que nous venons d'indiquer.

Pour reprendre l'énumération des quatre questions fondamentales qui, d'après le *Canon de la raison pure*, couvrent le champ philosophique, nous pouvons donc dire que l'analyse de la nature des normes a glissé ici du domaine du raisonnement *pratique* — qui répond à la question « que dois-je faire ? » — au domaine du raisonnement *spéculatif* — qui répond à la question « que puis-je savoir<sup>35</sup> ? ». Par la raison, je *peux savoir* qu'il faut conserver la chose qu'on m'a remise en dépôt, car c'est là une règle qui « repose sur un principe a priori » ; mais c'est par l'histoire que *j'apprends* qu'il faut 5 ou 7 témoins, en certaines conditions de temps et de lieu, à la formation d'un testament.

Ces remarques forment donc les premiers éléments d'une *critique* de la connaissance juridique. Ici, le mot « critique » reçoit le sens proprement kantien d'une analyse des conditions *a priori* de la connaissance — conditions qui, lorsqu'elles sont référées à l'activité d'un sujet, s'appellent transcendantales. Adoptant ce lexique particulier, nous dirons donc que la modalité transcendantale du droit positif est l'histoire, conçue comme *cognitio ex datis*, et que la modalité transcendantale du droit immuable est la raison, conçue comme *cognitio ex principiis* ou comme cette « lumière naturelle » que Kant, en philosophe des Lumières, assimile à la nature immuable de l'homme.

---

<sup>34</sup> Sur le « supplément » d'existence qui doit marquer le seuil de la positivité juridique, voir Hent Kalmo, « Le positivisme de Karl Magnus Bergbohm : son arrière-plan et ses reflets dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », *Droits*, 42, 2006, p. 199-228, p. 211.

<sup>35</sup> KrV, A 805, p. 838 ; tr. fr. 671.

## Gelehrte et Literaten

Mais en quoi cette présentation *critique* de la connaissance juridique modifie-t-elle la distinction classique des sources de droit, celle qui oppose les lois *immuables* aux lois *arbitraires* ? En apparence, elle semble seulement la prolonger et rien n'indique qu'elle en bouleverse le sens pratique. Changerait-elle quelque chose par exemple à la distance que l'antiquité romaine instaurait déjà, entre la doctrine stoïcienne du droit naturel et les dispositions concrètes du *ius civile* ? Là aussi, les philosophes associaient la *droite raison* (*recta ratio*) à la connaissance d'un droit immuable<sup>36</sup>. Mais à Rome, quoiqu'on ne l'ait pas toujours assez remarqué, les deux plans vivaient dans une sorte d'indifférence réciproque. Marc Aurèle pouvait épouser dans ses *Pensées* la doctrine stoïcienne qui fait de l'esclavage une institution de pur droit civil dépourvue de fondement naturel, tout en dégradant comme empereur la condition juridique des esclaves — en lançant l'État, à côté des maîtres, à la poursuite des esclaves fugitifs<sup>37</sup>, ou en annulant les affranchissements d'esclaves acteurs lors de spectacles<sup>38</sup>. À aucun moment la conception philosophique du droit de nature n'entraîne en contradiction ouverte avec les sévères aménagements juridiques qui présidaient à la vie de la cité. Il ne semblait même pas qu'elle dût les tempérer. Les deux plans, spéculatif et pratique, courraient pour ainsi dire parallèles l'un à l'autre, sauf à concevoir ci et là quelque « vestige » de l'état de nature au sein de l'état de société<sup>39</sup>. En pratique, la culture juridique avait trop nettement séparé ces deux plans. Tout en recueillant des thèmes stoïciens — telle la formule cicéronienne de la *recta ratio* — les juristes, comme l'a bien montré Yan Thomas, ne « reprennent pas à leur compte l'idée que le droit trouverait sa source dans la nature<sup>40</sup> ». C'est pourquoi l'institution de l'esclavage s'est si peu ressentie des spéculations qui postulaient son inexistence à l'état de nature. En tant qu'institution de strict droit positif, elle restait indemne de ces hypothèses. En pratique, il convenait toujours à l'Empereur de prêter

---

<sup>36</sup> C'est cet élément véridique que Michel Villey fut poussé à extrapoler, comme nous l'avons vu ci-dessus p. 47 seq.

<sup>37</sup> D. 11. 4. 1. 2.

<sup>38</sup> C. 7. 11. 3. Voir Luigi Canfora, *Storia della letteratura Greca*, Bari, 2008, p. 692-693. Je dois cette remarque et cette référence à Pierre Vesperini.

<sup>39</sup> Ainsi la propriété des choses sauvages est présentée par Nerva le fils comme un « *vestigium* » de l'occupation originaire, in D. 41. 2. 1.

<sup>40</sup> Yan Thomas, « L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », in *Les Opérations du droit*, Paris, Seuil-Gallimard, 2011, p. 21-40, p. 23.

main forte aux patrons, en autorisant par exemple un maître à empiéter sur la propriété d'autrui pour poursuivre un esclave fugitif<sup>41</sup>. Et c'est encore pourquoi Posidonius, le plus grand philosophe stoïcien de l'époque hellénistique, n'exprime aucune espèce de soutien aux révoltes des esclaves de Sicile, dont le premier il écrit l'histoire<sup>42</sup>.

Or, c'est précisément ce coefficient d'*indifférence* que la nouvelle philosophie spéculative du droit, au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle, va s'appliquer à réduire. Tout en reprenant la distinction des lois immuables incréées et des lois arbitraires, Kant va lui donner une tournure nouvelle. En braquant un regard « critique » sur cette vieille division juridique de l'immuable et de l'arbitraire, le philosophe ne se contente pas en effet de compléter la théorie de la connaissance, en précisant les ressorts subjectifs ou les « modalités transcendantales » de la pratique du droit en tant que telle. Il la tord, en aménageant cette présentation comme un véritable cheval de Troie, destiné à prendre non pas la « citadelle intérieure » de l'âme de l'empereur, mais la bastille même du droit positif.

L'allure polémique de l'entreprise ressort clairement du dernier ouvrage publié par Kant en 1794, *Le Conflit des facultés*<sup>43</sup>. Sous l'apparence d'un écrit de circonstance, touchant à l'organisation de l'enseignement universitaire, c'est-à-dire à la distribution industrielle (*fabrikenmässig*) du travail intellectuel, ce texte montre la valeur stratégique de la distinction critique des formes de connaissance engagées dans la pratique de l'*ars juris*.

Partant des modalités de la prise en charge collective du savoir (*Gelehrsamkeit*), Kant présente plus particulièrement sa répartition entre deux types distincts de dépositaires : les *savants* proprement dits (*Gelehrte*) et les lettrés (*Literaten*), auxquels les officiers de justice appartiennent à côté des médecins et des théologiens<sup>44</sup>. Dans la Prusse de l'époque — le cas qui occupe ici Kant, cette

---

<sup>41</sup> Autre innovation de Marc Aurèle, Ulpien, *Off. proc.*, VII.

<sup>42</sup> Les passages de l'*Histoire* de Posidonius touchant aux deux révoltes serviles de Sicile, au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., nous sont connus à travers l'*Histoire universelle* de Diodore, dont on s'accorde à considérer qu'ils forment sur ce point la source principale, voire unique. Voir Gerald P. Verbrugghe, « Narrative Pattern in Posidonius' "History" », in *Historia. Zeitschrift für Alte Geschichte*, 24, 2, 1975, p. 189-204, note 1.

<sup>43</sup> Emmanuel Kant, *Der Streit der Philosophischen Fakultät mit der Juristischen*, éd. Horst D. Brandt et Piero Giordanetti, Hambourg, Meiner, 2005 ; tr. fr. Gibelin, Paris, Vrin, 1955.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 15. J'exagère ici le sens de cette distinction, en négligeant le cas des professeurs de médecine, de théologie et de droit — qui mériteraient d'être assimilés à des *savants*, puisqu'ils enseignent à l'Université. Mais dans la mesure d'une part où leur enseignement est destiné à former des *lettrés*, d'autre part où le système du *Juristenrecht* ne tardera pas à suivre le vœu formé par

opposition a d'abord un sens immédiatement institutionnel, puisqu'elle reproduit la division de l'organisation universitaire entre Facultés supérieures (Droit, Médecine, Théologie) et Faculté inférieure (Philosophie). Ainsi les *savants* peuplent les facultés inférieures ; et les *lettrés* les facultés supérieures.

Déjà dans un discours prononcé à l'Université d'Iéna, Schiller avait souligné, non sans mordant, l'écart entre la *forma mentis* propre à ces deux étages de la formation universitaire. Par opposition aux philosophes, les étudiants des Facultés supérieures se voyaient appelés *Brotgelehrte*, des « savants venus gagner leur pain », ou des « savants par appétit » :

Anders ist der Studierplan, den sich der Brotgelehrte, anders derjenige, den der philosophische Kopf sich vorzeichnet.

Le savant par appétit se trace un certain projet d'étude, mais la tête philosophique s'en trace un autre<sup>45</sup>.

Le *Streit* de Kant s'inscrira dans le sillage de cette pique, ainsi que tout l'effort institutionnel d'Humboldt après lui. La nouvelle génération intellectuelle partage en général le besoin de renverser l'infériorité statutaire dans laquelle l'organisation de l'Université plaçait la philosophie, au profit de filières que nous dirions aujourd'hui professionnalisantes, telles que la médecine et le droit. Il fallait inverser, presque de pied en cap, le sens de cette domination, en plaçant au contraire la *science*, encore identifiée à la philosophie, au fondement du système d'enseignement<sup>46</sup>. C'est à ce projet que la critique kantienne va proposer d'apporter une certaine assise théorique.

---

Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840, t. 4, p. 504-505) d'impliquer les professeurs de droit dans l'activité des tribunaux, je m'autorise à prendre l'opposition kantienne dans son extension la plus grande, en réservant le titre de savant aux philosophes, et en faisant de tous les juristes des lettrés.

<sup>45</sup> Friedrich Schiller, « Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte ? » [Conférence inaugurale à l'Université d'Iéna, le 26 mai 1789], in *Sämtliche Werke*, éd. par G. Fricke et H.G. Göpfert, 4 vol., Munich, 1980, vol. IV., p. 750. L'insinuation de Schiller s'inscrit du reste dans une longue tradition de critique littéraire de la cupidité des juristes, qui trouve dans les lettres de Pétrarque à Giovanni d'Andrea un précédent célèbre.

<sup>46</sup> Je me permets de présenter ici à gros traits une histoire évidemment plus complexe. Dans ses *Discours sur la méthode de l'étude académique*, (*Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*, Université d'Iéna, 1802), Schelling s'oppose par exemple à la promotion d'une faculté de philosophie séparée des autres, leur fût-elle supérieure. Mais les débats propres à l'organisation universitaire ne m'intéressent ici qu'incidemment. Pour un exposé circonstancié, voir récemment Sven Haase, *Berliner Universität und Nationalgedanke 1800-1848. Genese einer politischen Idee*, Stuttgart, Steiner, 2012.

À l'appui de la distinction contextuelle des deux Facultés, Kant dégage une série de différences générales entre le rapport que les *Gelehrte* et les *Literaten* entretiennent respectivement au savoir. Ces différences, affirme-t-il, sont si grandes que tout pousse les disciplines qu'elles engagent à entrer en *conflit* (*Streit*). Le problème déborde ainsi le simple cadre de l'organisation de l'Université, pour intégrer la dimension publique de la distribution sociale du savoir. Kant mentionne par exemple le cas des savants libres (*Zunftfrei*), qui pratiquent la science soit au sein d'associations libres comme les sociétés savantes, soit en tant qu'amateurs à « l'état de nature<sup>47</sup> ». Puis laissant ce cas de figure de côté, il se concentre sur les conditions de fonctionnement internes à la grande « fabrique » du savoir qu'est l'Université.

Dans le droit fil de la perspective *critique* dont nous venons de présenter la formule, la question est de savoir de quelle *source* chaque discipline dérive sa connaissance. Pour Kant, la réponse s'impose clairement. La connaissance philosophique prendra sa source dans la raison. Les autres disciplines concernées, non seulement le droit mais la médecine, la théologie et le droit, s'appuieront au contraire essentiellement sur des « *Satzungen* », c'est-à-dire sur des règlements, qui dans le cas du droit sont « des statuts juridiquement valides en réalité (*realiter geltenden rechtlichen Statuten*)<sup>48</sup> ».

Ainsi l'opposition entre la pensée « rationnelle » et la pensée « historique (historische) » est-elle couplée à cette autre opposition, entre deux types de sources : les principes rationnels d'un côté ; les règlements de l'autre. La philosophie est l'exercice de la pensée qui se règle exclusivement sur les premiers, qui existent naturellement ; le droit, comme la médecine et la théologie, est un exercice de la pensée au contraire réglé sur des règlements, en l'occurrence sur des sources de droit, qui existent en réalité (*realiter*). Ceci explique l'instauration de ce partage disciplinaire — dont la duplication de la philosophie du droit prolonge l'écho jusqu'à nous — entre la « *philosophische Rechtslehre* » (doctrine philosophique du droit), qui pour Kant correspond à la doctrine du droit naturel ; et la « *juristische Rechtslehre* » (doctrine juridique du droit), qui coïncide avec l'exposé raisonné du droit statutaire.

Que la doctrine juridique s'appuie, contrairement à la doctrine philosophique, sur des règlements qui existent en réalité (*realiter*), plutôt que sur la seule raison, cela ressort encore de la considération suivante, à savoir qu'elle « se fonde sur un texte

---

<sup>47</sup> *Streit, op. cit.*, p. 16 ; tr. fr. p. 14.

<sup>48</sup> Peter Burg, *op. cit.*

écrit (*auf Schrift*)<sup>49</sup> » — et ici l'exposé de Kant se réfère à l'ordre juridique prussien, de droit écrit en effet. Cet « écrit » n'apparaît pas au sens littéraire général du « petit livre » dont parle Ovide en s'adressant à lui :

Parve — nec invideo — sine me, liber, ibis in urbem,  
ei mihi, quo domino non licet ire tuo !

petit livre  
hélas  
va sans moi dans la ville où je suis interdit<sup>50</sup> !

Il n'est pas ce fragile parchemin qui circule pour le compte du poète, et qui contient son propos comme la glace contient les paroles gelées dans le conte de Rabelais<sup>51</sup>. Il est plutôt, en termes juridiques, l'écrit *authentique*<sup>52</sup> dont l'affichage et la promulgation solennelles donnent aux normes cette dimension publique, cette prééminence à la fois ostensible et anonyme par où elles acquièrent, comme le dit Ortigues, une « objectivité sociale<sup>53</sup> ». Matériellement, l'écrit juridique est donc ce « *Gesetzbuch*<sup>54</sup> », ce *Codex* vénérable et sacré, souvent fort onéreux, qui est au juriste comme la Bible au Théologien<sup>55</sup>. Les travaux de Pierre Legendre n'ont-ils pas montré en effet que la Bible était le « livre-ancêtre » des codes juridiques occidentaux ? Savigny n'avait-t-il pas lui-même comparé les Pandectes aux écritures saintes<sup>56</sup> ? En ce sens, au fond archaïque, le juriste est en tout cas, fondamentalement, un « lettré (*Literat*) », ou plus exactement — car il n'y a rien ici de ce que nous mettrions quant à nous derrière la notion d'homme de lettres ou de littérateur — un « clerc » ou un

---

<sup>49</sup> *Streit*, p. 20 ; tr. fr. p. 20.

<sup>50</sup> *Ovidi Nasonis Tristium libri quinque ibis ex ponte*, 1, 1, éd. S.G. Owen, Oxford Classical Series, 1959 ; tr. fr. Marie Darieussecq, *Tristes Pontiques*, Paris, P.O.L., 2008, p. 25.

<sup>51</sup> François Rabelais, « Comment en haulte mer Pantagruel ouyt diverses parolles degelees », *Le Quart livre des faicts et dictz héroïques du bon Pantagruel*, ch. 50, Paris, M. Fezandat, 1552, p. 115-117. En fondant, les glaces entre lesquelles naviguent Pantagruel et ses compagnons libèrent les paroles qui y avaient été capturées.

<sup>52</sup> Au sens technique où l'interprète *authentique* d'un texte de droit désigne ou bien son auteur — par exemple le législateur — ou bien l'auteur dont les interprétations sont pourvues d'effet juridique — typiquement, le magistrat compétent.

<sup>53</sup> « La norme possède [à travers sa promulgation] une objectivité sociale propre qui ne se confond pas avec un mode d'existence symptomatique ou expressionniste (suivant le schéma d'interprétation causale privilégié dans les diverses écoles historicisantes, psychologisantes ou sociologisantes) », Edmond Ortigues, « Philosophie du droit et philosophie du langage », in *Religion du Livre. Religion de la coutume*, Paris, Le Sycomore, 1981, p. 158-186, p. 165.

<sup>54</sup> *Streit*, *ibid.*, p. 21.

<sup>55</sup> Pierre Legendre, *L'Autre Bible de l'occident. Le monument romano-canonique*, Leçons IX, Fayard, 2009.

<sup>56</sup> *Beruf*, p. 123 ; tr. fr. p. 109.

« scribe », bref un « *schriftgelehrte Jurist* », écrit Kant, d'un érudit versé dans la connaissance *ex datis* d'un Livre de la loi. Les espèces de ce livre varient certes par la géographie et par l'histoire : Juriclasqueur, *Grágás* de l'Icelande libre médiévale, *Halsbury's Laws of England*, *Costituzione della Repubblica Italiana*, etc. Mais chacune de ces « écritures » enregistre pour son compte une version anonyme et unique de la règle (ou plus exactement d'un corps de règles en vigueur), pour l'ériger dans l'espace public en référence à la fois stable et obligée. Cet acte solennel autorise à présumer la validité juridique de la règle, sauf à ce que l'attestation d'une *inscription de faux en écriture publique* vienne annuler cette présomption, si le « texte » a fait l'objet d'une falsification subreptice. Le *Schrift* dont parle Kant est donc ce « vrai en écriture », cet écrit matérialisé auquel se mesure pas à pas l'exercice authentique de la pensée juridique. Après tout, les étymologies d'Isidore n'avaient-elles pas dérivé le mot « loi » du mot « lire » ? *Lex a legendo vocata, quia scripta est* : « le mot loi se dit d'après le fait de lire, car la loi est écrite<sup>57</sup> ». La vie du droit se déploie de part en part dans le registre et sous le signe de cette écriture authentique, figée, ostensible, anonyme et contraignante — qui finit à la limite par transformer les idées juridiques, comme le dira Savigny, en « êtres réels<sup>58</sup> ».

Or en se rivant de la sorte à un *texte*, le discours juridique positif ne peut manquer selon Kant de se départir du caractère proprement rationnel qui appartient au droit naturel. Il lui faut en effet prendre acte de la promulgation de la loi, se ranger sous la puissance qui a établi le « vrai en écriture », qui a *posé* la version authentique du Texte lui-même. En ceci le juriste de métier doit nécessairement se fonder « sur des préceptes émanant de l'arbitraire d'une autorité supérieure, plutôt que dérivés pour eux-mêmes de la raison<sup>59</sup> ». Seule une certaine *autorité* — peu importe qu'elle soit prédiquée de l'État, de l'Église, de l'Empire, de l'Histoire ou de Dieu — peut garantir l'authenticité de l'écrit sur lequel s'appuie le raisonnement de droit positif. Authentique parce qu'autorisé, le texte peut alors valoir pour un commandement ; il peut abriter cette parole performative qui donne un ordre ou attribue des droits en

---

<sup>57</sup> Isidorus Hispalensis, *Etymologiae II. Rhetoric*, éd. P. K. Marshall, Paris, Les Belles Lettres, 1983, 2, 10, 1, cité par André Magdelain, qui souscrit à cette hypothèse d'Isidore, *La Loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, Les Belles Lettres, 1978, p. 16-18.

<sup>58</sup> Savigny vante l'expérience des juristes romains, dont le génie « littéraire » résidait en ceci, que les idées juridiques leur apparaissaient non pas comme de simples catégories de pensée, mais comme des « wirkliche Wesen », *Beruf*, éd. Heidelberg, 1814, p. 29 ; tr. fr. p. 63.

<sup>59</sup> « Von der Willkür eines Obern ausgehende (für sich selbst nicht aus der Vernunft entspringende) Lehren », *Streit*, p. 21 ; tr. fr. p. 20.

même temps qu'elle s'énonce. Mais il n'acquiert cette valeur — discriminante pour l'établissement de sa pertinence juridique — qu'à travers « [sa] sanction par un législateur extérieur » (« [seine] Sanktion durch einen äusseren Gesetzgeber<sup>60</sup> »).

### **Larvatus prodere**

À tous ces points de vue, la connaissance rationnelle s'oppose à la connaissance juridique. L'une est *rationnelle* (une *cognitio ex principiis*), l'autre est *historique* (une *cognitio ex datis*) ; elle s'appuie sur les principes universels de la nature, l'autre sur un *écrit* particulier ; elle est à elle-même sa propre *autorité*, l'autre se range sous une autorité extérieure.

Passée au crible de la spéculation, la vieille distinction du droit naturel et du droit positif se retrouve ainsi chargée d'une force nouvelle. Au parallélisme qui, dans l'antiquité tout au moins, maintenait séparés la nature des choses et le plan des institutions, se substitue un enchevêtrement composite, dans lequel le droit positif dérive en partie seulement, mais de manière décisive, du droit naturel. C'est pourquoi Kant rejette au début de sa *Doctrine du droit* la possibilité d'« un concept uniquement empirique du droit. » Un droit délié de tout fondement en raison, dit-il, serait sans cervelle, « comme le masque » dans la fable de Phèdre<sup>61</sup> :

Personam tragicam forte vulpes viderat :  
« O quanta species » inquit « cerebrum non habet ! »  
Hoc illis dictum est quibus honorem et gloriam  
Fortuna tribuit, sensum communem abstulit

Par hasard un renard vit un masque tragique  
« Quelle splendeur, dit-il, qui n'a pas de cervelle » !  
Ces mots sont faits pour ceux auxquels le Sort donna  
La gloire et l'honneur, hormis le sens commun<sup>62</sup>.

Emblème d'un droit strictement positif, aperçu « par hasard (*forte*) », autrement dit *historiquement*, le masque sans cervelle est à la fois le prototype de la *persona* que

---

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Emmanuel Kant, « *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* » in Emmanuel Kant, *Werke in zwölf Bänden*, Vol VII, *Die Metaphysik der Sitten*, (éd. Wilhelm Weischede), Franfort sur le Main, Suhrkamp, 1977, p. 336 ; tr. fr. Alain Renaut, Paris, Flammarion, 1994, p. 16.

<sup>62</sup> « *Vulpis ad personam tragicam* », *Phaedri augusti liberti Fabulae Aesopiae*, éd. Louis Havet, Paris, Hachette, 1895, p. 9 ; tr. fr. modifiée Henri Tournier, « Le Renard et le masque tragique », *Fables Grecques et latines*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2006, p. 104.

revêtent les acteurs qui pénètrent sur la scène judiciaire — selon l'origine dramaturgique de la notion, bien connue de Hobbes<sup>63</sup> — et ce pur simulacre de splendeur (*quanta species!*) disposé autour d'un néant. Pour qu'il puisse remplir sa fonction, le masque, face fictive (*facia fictitia*), doit venir compléter cette « cervelle », ce « sens commun » qui, dans la philosophie, trouve librement son plein déploiement. Alors seulement la « gloire et l'honneur » (*honor et gloria*) dont le masque est l'insigne prendront leur sens vrai. De même, les dispositions de droit positif doivent accompagner le rayonnement de cette *lumière naturelle* sans laquelle elles n'ont aucune valeur, et dont il leur revient *in fine* de rehausser l'aspect et de faire porter la voix.

Le droit ne peut donc exister comme un « concept purement empirique » : il faut nécessairement qu'il vienne coiffer l'une des « têtes philosophiques » dont parlait Schiller. Voilà évidemment une thèse capable de bouleverser l'organisation de l'Université prussienne. En principe, la faculté supérieure de droit se voit désormais sinon subordonnée, du moins appariée à la faculté inférieure de philosophie. La « cervelle philosophique » — expression de la raison naturelle — apporte au droit positif la plus-value indispensable, sans laquelle son exercice se réduirait à l'exercice brutal d'une pure contrainte. Si la culture juridique possède nécessairement un aspect *autoritaire* — lié à l'établissement solennel du *Schrift* sur lequel se fonde son existence, comme on l'a vu — elle n'est pas vouée à s'y réduire, à moins de s'amputer elle-même de sa relation originaire à la *raison*.

La seule idée de cette dépendance modifie tout à la fois l'idée de droit naturel et la position de la philosophie. Comme l'a justement remarqué Ernst Bloch, Kant invente un « droit naturel sans nature », dépassant « en pureté abstraite » le droit naturel classique et rationaliste<sup>64</sup>. Là où ce-dernier repose encore sur une doctrine ou sur des hypothèses empiriques — expliquant par exemple la nécessité du contrat social par une tendance naturelle de l'homme à la sociabilité, ou au contraire par la nécessité de mettre un terme à l'état de guerre de tous contre tous qui résulte de la complexion native de l'âme et du corps humains — Kant cherche dans sa philosophie du droit une explication plus pure : « il exige que le principe méthodique soit lui-

---

<sup>63</sup> « A Latinis Persona frequentissime sumitur pro Facie Ficticia, quae et Larva dicitur, quali utebantur in theatris Histriones » ; « *Persona* in Latin signifies the disguise, or outward appearance of a man, counterfeited on the stage », Thomas Hobbes, *Léviathan*, éd. Noel Malcolm, Oxford, Clarendon Press, 2012, 3 t., t. 2, ch. XVI, « De Personis et Authoribus » ; « Of Persons, Authors and Things personated », p. 244-245.

<sup>64</sup> Ernst Bloch, *op. cit.*, p. 87.

même déduit, que le fondement déterminant du droit naturel soit lui-même fondé sur un principe *a priori*<sup>65</sup> ». Quoiqu'il en soit de l'économie particulière de cette déduction — sur laquelle nous reviendrons plus tard — cette surenchère dans l'abstraction nous autorise à présenter l'entreprise de Kant comme une réduction du droit naturel classique à ce que l'on pourrait appeler un *droit rationnel*, expurgé de toute référence explicite à la nature humaine.

Or, et c'est là le point qui nous intéresse ici, ce processus d'abstraction rationaliste ne se laisse pas dissocier d'une promotion inédite de la position du philosophe à l'égard du droit. Si d'une part le droit positif s'articule nécessairement à la raison — sauf à devoir ressembler au masque sans cervelle de la fable ; et si d'autre part tout le concept du droit se déduit d'un principe rationnel — indépendamment de toute hypothèse empirique sur la nature humaine, alors le philosophe acquiert une sorte de droit de regard sur le droit lui-même. Il est intitulé à s'exprimer sur l'état du droit.

La première compétence à laquelle le philosophe peut prétendre est celle de déterminer ce qui, dans le droit, relève de l'arbitraire ou du rationnel. L'adoption d'un point de vue spéculatif et critique l'encourage même à adopter en la matière une position de surplomb. Face aux prestiges *historiques* de l'écrit (le *Schrift* qui commande le raisonnement juridique en tant que tel), le philosophe peut seul revendiquer l'exercice de cette étrange *iurisdictio* intellectuelle qui consiste à « apprécier (*würdigen*) » l'éventuelle valeur rationnelle d'une norme :

Wenn die Quelle gewisser sanctionirter Lehren historisch ist, so mögen diese auch noch so sehr als heilig dem unbedenklichen Gehorsam des Glaubens anempfohlen werden: die philosophische Facultät ist berechtigt, ja verbunden, diesem Ursprunge mit kritischer Bedenklichkeit nachzuspüren. Ist sie rational [...], so kann ihr (der untern Facultät) nicht gewehrt werden, die Vernunftgründe der Gesetzgebung aus dem historischen Vortrage herauszusuchen und überdem, ob sie technisch oder moralisch praktisch sind, zu würdigen.

Lorsqu'un précepte sanctionné possède une source historique, on a beau jeu d'exhorter l'autorité sans pensée de la croyance à le suivre, au prétexte qu'il serait sacré. Mais alors la faculté de philosophie est en droit, elle a même le devoir, de remonter la piste de cette origine à l'appui de la pensée critique. Si elle est rationnelle [...] on ne s'aurait s'opposer à ce qu'elle extraie des documents historiques les principes rationnels de la

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 86.

législation, et qu'elle décide à partir de là si ces principes sont techniques, ou s'il présentent une valeur pratique et morale<sup>66</sup>.

Nous mesurons ici le sens ultime de la comparaison du philosophe à un juge. De même qu'un magistrat ne possède le droit de juger que pour autant qu'il s'oblige à rendre la justice — ainsi que l'instituent les règles relatives au déni de justice — le philosophe ne revendique le droit d'examiner la valeur rationnelle des normes juridiques que pour répondre à l'obligation (*Verbindlichkeit*) d'exercer une sorte de contrôle public de la législation.

La comparaison du philosophe à un juge abrite dès lors une prétention clairement exorbitante au regard de la tradition du droit naturel classique. Nous avons vu plus haut que cette tradition reposait sur l'institution d'un parallélisme relativement strict entre les deux domaines des normes immuables et des normes arbitraires. Or la prétention nouvelle du philosophe modifie sensiblement cette géométrie. En réclamant d'exercer une forme supérieure de magistrature, dont la législation positive serait elle-même justiciable, le philosophe introduit une torsion de l'espace normatif qui, d'une manière qu'il nous reste à préciser, semble rendre ces deux plans sécants entre eux. La tendance à présenter les typologies normatives sous le prisme des formes de connaissance fait alors office de cheval de Troie, puisqu'elle implique en sous-main la prise de fonction du philosophe-juge. En somme l'enjeu consiste à placer le philosophe en position de pouvoir *juger* de l'extérieur le monde juridique. Il faut qu'il occupe en théorie un niveau en quelque sorte supérieur à celui du droit proprement dit — une sorte de super-cassation — quoiqu'en pratique ses avis restent évidemment dépourvu de toute « sanction » officielle, qui donnerait force de loi à ses verdicts.

Arrêtons-nous un instant sur les ressorts de cette promotion inédite du rôle du philosophe. Il n'est pas indifférent qu'elle s'appuie sur une ligne de force qui traverse beaucoup plus largement la pensée de Kant. Au-delà même de la question des rapports de la faculté de droit avec la faculté de philosophie — telle que le *Streit* l'examine dans les circonstances précises qu'on a dites, un biais plus général de la pensée de Kant le prédisposait à confier au philosophe ce type de rôle pour ainsi dire para-juridictionnel. Si Nietzsche voyait les philosophes comme « des avocats qui

---

<sup>66</sup> *Streit*, tr. fr. p. 34.

refusent de passer pour tels<sup>67</sup> », pour sa part Kant a beaucoup comparé l'activité du philosophe à celle d'un juge, y compris lorsqu'il s'agissait pour lui d'entrer dans des considérations parfaitement étrangères, du moins à première vue, au domaine du droit ou de la morale. Loin des dénégations et des préjugés que Nietzsche se plaisait à débusquer dans la psychologie de ses confrères universitaires, cette tendance est chez Kant au contraire tout à fait explicite.

On la rencontre d'abord, sous sa forme la plus célèbre, au commencement de la *Critique de la raison pure*<sup>68</sup>, qui se présente elle-même en sa préface comme la tentative d'ériger un *tribunal (Gerichtshof) de la raison*<sup>69</sup>. Le projet de cette institution s'explique par la nécessité de sortir des controverses dogmatiques qui, dit Kant, ont opposé à l'infini les métaphysiciens de tous les siècles. Incapables d'apporter aux problèmes philosophiques une solution unanime, les métaphysiciens auraient laissé la philosophie dégénérer en une « arène pour des conflits sans fin (*Kampfplatz endlosen Streitigkeiten*)<sup>70</sup> ». Face à la persistance de ces litiges, il s'agirait de ramener la paix. Pour cela Kant imagine de soumettre la raison à un tribunal « qui lui donne assurance en ses justes prétentions (*gerechten Ansprüchen*), mais qui, en revanche, puisse en finir avec ses « présomptions infondées (*grundlose Anmassungen*)<sup>71</sup> ». Il s'agira donc d'interrompre l'exercice ordinaire de la raison, exactement comme le procès pénal, d'après un grand procéduraliste italien, fige le cours de la vie :

L'azione si ripiega su se stessa, e docilmente, rassegnatamente si sottopone al giudizio.

L'action se replie sur elle-même puis, avec docilité et résignation, se soumet au jugement<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> « [Philosophen] sind allesammt Advokaten, welche es nicht heissen wollen », Friedrich Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, § 5, in *Sämtliche Werke. Kritische Studien Ausgabe*, 15 t., t. 5, München, Detuscher Tachenbuch Verlag, 1999, p. 19. Cette remarque est destinée à pointer la tendance des philosophes à baptiser « vérité » l'expression de leurs préférences inconscientes. La traduction de Cornelius Heim (*Par-delà bien et mal*, Paris, Folio-Gallimard, 1971, p. 24), par « avocats sans le savoir » me paraît appauvrir l'expression, en gommant sa nuance de dénégation.

<sup>68</sup> Voir surtout l'analyse de Jean-Luc Nancy, *op. cit.* Dans le même sens, Deleuze soutiendra que Kant « conçoit la théorie comme tribunal » (Gilles Deleuze, « Hume », in *L'Île déserte et autres textes*, éd. David Lapoujade, Paris, Minuit, 2002 [1972], p. 226-237, p. 226).

<sup>69</sup> KrV, préface à la première édition, A. XI ; tr. fr. p. 33-34.

<sup>70</sup> *Ibid.*, A. VII.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Salvatore Satta, *Il Mistero del processo*, Milan, Adelphi, 1994, p. 25.

Dans la *Critique*, c'est la pensée qui est amenée à « se replier sur elle-même ». La raison se cite à comparaître, désactivant pour un temps son propre exercice, de manière à établir les règles qui, à l'avenir — et le *futur* n'entre pas pour rien dans la perspective de Kant — assureront les conditions de sa légitimité :

Questa battuta di arresto è proprio il giudizio : un atto dunque contrario all'economia della vita, che è tutta movimento, tutta volontà e tutta azione.

Ce coup d'arrêt définit le procès dans ce qu'il a de plus propre : c'est un acte contraire à l'économie de la vie, laquelle est tout mouvement, toute volonté et tout action<sup>73</sup>.

Peu importe ici que la raison soit à la fois juge et partie à ce tribunal, comme un lieu commun du commentaire kantien pousse à le répéter depuis le temps où Marcel Proust faisait ses classes<sup>74</sup>. D'abord, vers quel *tiers* la raison pourrait-elle donc se tourner ? Elle ne saurait s'accomoder d'aucune censure extérieure. Ensuite, en déterminant les règles de son propre usage, elle ne fera que juger un acte qui, par lui-même, se présente déjà sous la forme d'un jugement, au sens de l'activité transcendantale qui soutient la formation de propositions assertoriques<sup>75</sup>. En d'autres termes, l'écart judiciaire qui oppose le juge aux parties se projette ici dans un autre : celui des jugements qui portent sur des objets du monde — c'est l'exercice spontané de la pensée — aux jugements qui portent sur des jugements — c'est l'exercice critique ou transcendantal de la pensée.

Seule compte donc la décision philosophique d'interrompre l'exercice de la pensée, ou de la « replier sur elle-même » pour le temps nécessaire à dégager les règles de son usage futur. Le « criticisme » s'identifie à cette décision inaugurale, qui est à la fois « contraire à l'économie de la vie » et porteuse d'un formidable espoir de paix. Le tribunal ne nous apprendra-t-il pas à départager à l'avenir entre les « justes

---

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Le grand-père de Michel Villey (voir Sylvain Piron, *op. cit.*, p. 5), Émile Boutroux, que Proust, dans son *Questionnaire*, nomme l'un de ses « héros dans la vie réelle », avait déjà fait cette remarque dans sa *Philosophie de Kant*, Paris, Vrin, 1926, p. 19.

<sup>75</sup> L'ensemble de l'entreprise critique repose en effet sur la réduction de l'exercice de la pensée dans son ensemble à la formation de *jugements*. En effet, « nous pouvons ramener tous les actes de l'entendement à des jugements (*Urteile*), si bien que l'entendement en général peut-être représenté comme un *pouvoir de juger* (*ein Vermögen zu urteilen*) » (KrV, B. 94 ; tr. fr. p. 132). Si penser, c'est juger, et s'il faut instruire le procès de la raison, le philosophe serait donc comme un magistrat d'appel, susceptible de confirmer ou de casser les jugements de première instance qui forment la vie de la pensée.

prétentions » de la raison et ses « présomptions infondées » ? Un modèle guidera le philosophe : celui du juge d'un tribunal civil s'appuyant sur l'ordre juridique pour décider d'accéder aux revendications d'un plaignant ou de rejeter sa requête. De même la *Critique* devra permettre, en dernière analyse, de discriminer les usages légitimes de la raison — ceux par exemple qui en mathématique procèdent par construction de concept — pour les distinguer de ses usages illégitimes — comme l'usage transcendant des Idées pures de la raison, ainsi que Kant dénomme l'usage que la raison fait des idées qu'elle engendre elle-même (comme l'âme ou Dieu), lorsqu'elle les « applique [...] directement à un objet censé [leur] correspondre<sup>76</sup> ».

Il est crucial de comprendre que ce champ lexical du jugement ne compose pas un simple réseau de métaphores, comme on se contente parfois de le remarquer passivement. Ils révèlent plutôt, selon la clé de lecture finement proposée par Jean-Luc Nancy, un profond mouvement de « juridicisation de la philosophie » :

Cette formule [du tribunal de la raison] doit être entendue à la lettre. Il ne peut plus être question désormais, comme on l'a sans doute compris, de solliciter ici les valeurs métaphoriques de l'appareil judiciaire dont Kant munit son discours. Il s'agit au contraire [...] de ne plus y voir une figure, mais la conceptualité même mise en jeu par Kant<sup>77</sup>.

Seule cette interprétation énergique peut nous faire comprendre le soin que met Kant à importer dans la *Critique* une forme d'argumentation aussi précise et connotée que celle de la *déduction* (*Deduktion*). En choisissant d'exposer son analyse de la pensée par concept sous la forme d'une « Déduction des concepts purs de l'entendement<sup>78</sup> », Kant emprunte une forme qui appartient explicitement aux usages juridiques de son temps. On a montré qu'elle reprenait l'organisation rhétorique des mémoires que les nations déposaient sous ce nom auprès de la chambre impériale (*Reichskammergericht*) du Saint Empire romain germanique<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> KrV, Appendice à la dialectique transcendantale, B 671 ; tr. fr. p. 553.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p. 90.

<sup>78</sup> « Les jurisconsultes, lorsqu'ils parlent de droit et d'usurpations, distinguent, dans une cause la question de droit (*quid juris*), de la question de fait (*quid facti*), et comme ils exigent une preuve de chacune d'elles, ils appellent *déduction* celle qui doit faire paraître le droit ou la légitimité de la prétention » (KrV, B. 116 ; tr. fr. p. 148).

<sup>79</sup> Dieter Heinrich, « Kant's Notion of a Deduction and the Methodological Background of the First Critique », in Eckart Förster (dir.), *Kant's Transcendental Deductions. The three "Critiques" and the "Opus postumum"*, Stanford University Press, 1989, p. 29-46.

## Deux types de sources

Il fallait sans doute tout ce vaste montage conceptuel pour en arriver à superposer à la question typiquement juridique des *sources* de droit celle, typiquement philosophiques, des *sources* de la connaissance. En assignant au philosophe la responsabilité simili-judiciaire de « remonter la piste<sup>80</sup> » de l'origine transcendante des lois, en l'invitant à « extraire des documents historiques les principes rationnels de la législation », en le déclarant compétent, enfin, pour « décider à partir de là si ces principes sont techniques, ou s'il présentent une valeur pratique et morale », Kant entrecroise deux traditions de recherche des *sources*, qui jusqu'à lui semblaient suivre des lignes passablement distinctes.

La recherche par excellence du juriste, celle qui accompagne la production de ses raisonnements quotidiens, est celle des *fontes iuris*. C'est le goût effréné de cette recherche que Marx a moqué, dans sa polémique contre Savigny, en parlant de la « *Quellenliebhaberei* » du juriste — le violon d'Ingres qu'aurait représenté pour lui la collation des sources normatives<sup>81</sup>. Rappelons brièvement les caractères généraux de cette première recherche. Schématiquement, elle consiste pour un juriste à rassembler les *écritures* (au sens authentique qu'on a vu) sur lesquelles la formulation de son argumentation pourra reposer. Pour réussir une argumentation juridique — et entendons ici cette réussite au sens le plus réaliste qui soit, du coup qui emporte l'assentiment de la cour au terme d'un procès<sup>82</sup> — il est crucial que les *sources de droit* qu'elle invoque ait été judicieusement sélectionnées. Comme le veut l'adage, *nulla poena sine lege* : pour rendre une décision, les juges doivent s'être eux-mêmes appuyés sur la loi, autrement dit citer les « sources » qui autoriseront leur jugement. Les controverses juridiques prennent donc typiquement la forme d'une dispute sur le bon usage des sources de droit. La source *x* s'applique-t-elle au cas *a* ? A-t-on pensé à lui opposer la source *y*, telle que l'invoque la source *z* ? Là encore, les *écritures* forment l'arête efficace et le *nervus probandi* de toute argumentation juridique.

---

<sup>80</sup> « Nachzuspüren », *Streit*, voir citation ci-dessus, p. 88.

<sup>81</sup> « L'école historique a fait de l'étude des sources son Shibboleth ; elle a poussé son violon d'Ingres philologique à un point tel qu'elle demande au marin de naviguer non pas sur le fleuve, mais sur sa source », Karl Marx, « Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule », in Karl Marx et Engels *Gesammte Ausgabe*, 1. vol, t. 1, 1, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus, 1970, p. 251-259.

<sup>82</sup> La sociologie est familière de cette métaphore probabiliste du procès comme « coup », dont fait grand usage l'article classique de Marc Galanter, « Why the "Haves" come out ahead : speculations on the limits of legal change », Roger Cotterrell (éd.) *Law and Society*, Aldershot, Dartmouth, 1994 [1974], p. 165-230.

Aussi la familiarité avec les sources passe-t-elle communément pour le premier atout d'un juriste de métier. Hier encore, l'avocat d'un puissant cabinet de Chicago (*Niro Scavone, Haller & Niro*) faisait l'éloge de l'art de lire les sources, en déplorant la tendance paresseuse des « mauvais avocats » à se contenter de copier à la hâte des séries d'allégations qu'ils ne connaissent que de seconde main :

We were taught in law school to read the case [...] But many lawyers these days are not readers. [...] The only thing they read are the headnotes [...]. You read a string of case citations in some lawyers' briefs [...] ; you get the impression that the writer has looked at many cases, and applied them all. But then you get the reporter, and when you read the first cited case yourself, you discover a couple of things: the parenthetical comes from the summary of the case; and the other cited cases aren't independent at all, because the first case quotes all of them. The brief writer didn't read; he just cut and pasted.

À la *law school*, on nous a enseigné à lire les arrêts de jurisprudence. [...] Mais aujourd'hui beaucoup d'avocats ne lisent plus. [...] La seule chose qu'ils lisent, ce sont les chapeaux introductifs que l'éditeur ajoute aux arrêts. On trouve toute une série de citations de jurisprudence dans les mémoires de tel avocat. On en tire l'impression que le rédacteur a consulté un grand nombre de cas, qu'il a tous appliqués. Mais en ouvrant le *Reporter* [le recueil officiel des décisions de justice] au premier cas cité, on découvre différentes choses : la référence est tirée du résumé du cas ; et les autres cas qui sont cités n'ont rien d'indépendant, car le premier cas les cite tous lui-même. Le rédacteur du mémoire n'a rien lu, il a juste copié-collé<sup>83</sup>.

Cette tribune prendrait sans doute un ton moins tartufe, si l'honneur d'un juriste de métier ne se trouvait pas précisément dans le fait de *bien* connaître ses sources, de les avoir lues et de savoir les alléguer correctement. Cette particularité de la culture juridique nous explique encore l'aspect de prime abord déceptif que peut éprouver un lecteur profane en ouvrant un manuel de droit romain. Avant même d'y trouver aucun élément d'histoire événementielle ni aucune interprétation idéologique — comme un historien ou un philosophe pourraient respectivement souhaiter les rencontrer de prime abord — il arrive que le lecteur se voie d'emblée engagé dans de longues et méticuleuses distinctions entre édit du préteur, responsa des juristes (*responsa*

---

<sup>83</sup> Joseph N. Hosteny, « What makes a good Lawyer ? », *Litigators Corner in Intellectual Property Today*, Octobre 2002. Je remercie la Professoressa Rebecca Spitzmüller, de l'Université de Roma Tre, pour son aide dans la traduction de ce texte.

*prudantium*), sénatus-consultes, constitutions impériales, *leges rogatae et datae*, proclamation du prince (*principum placita*), etc. C'est bien que la connaissance méthodique des sources de droit, de leur nature et des rapports hiérarchiques qu'elles soutiennent entre elles, est au commencement de tout apprentissage et de tout raisonnement proprement juridique<sup>84</sup>.

Voilà donc pour la recherche des *fontes iuris* — dont on perçoit facilement la cohérence avec le couplage général de la pensée juridique et de l'écriture authentique. Or il est clair que c'est à une tout autre tradition intellectuelle que renvoie la recherche des *sources de la connaissance*, dont nous avons vu qu'elle soutenait l'effort kantien de dégager les principes d'un droit rationnel. La question de savoir si une connaissance est empirique ou si elle est rationnelle relève en effet de la recherche des *fontes cognitionis*, ces sources de la connaissance qui ont occupé les philosophes de Jean Damascène à Karl Popper<sup>85</sup>. Ici les sources ne sont pas des groupes de documents écrits — ni même des normes non écrites dont la stabilité serait assurée par un code de transmission sociale équivalent, comme dans le cas du *ius non scriptum* ou du droit des sociétés sans écriture — mais, pour ainsi dire, des foyers d'activité noétique. La *sensibilité* par exemple — au sens philosophique d'instance de la perception sensible — pourra se présenter comme une source de la connaissance, puisque l'expérience sensible me fournit l'intuition de certains états de chose, comme lorsque la vision d'un objet me donne une idée de sa position dans l'espace. Je dirai alors que la connaissance que j'ai de l'emplacement de cet objet *dérive* de mon expérience sensible, qui en est la source. De même, mon idée de la causalité — c'est-à-dire de la liaison que je conçois entre deux objets d'intuition possible, lorsque je fais de l'existence de l'un une suite nécessaire de celle de l'autre — dérive selon Kant d'une autre source, qui est l'*entendement*. Enfin, mon idée d'un monde, c'est-à-dire de la totalité de ce qui est, dérive quant à elle de la *raison*, qui pour Kant est elle aussi

---

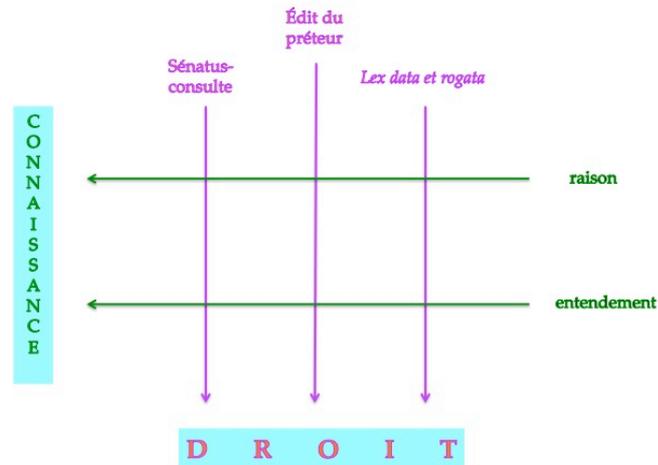
<sup>84</sup> On pourrait facilement multiplier les illustrations de ce point. Au cinéma, la virtuosité dans le maniement des sources juridiques est incarnée par le personnage de J. Lyman "Bruiser" Stone, dans le film *Rainmakers* de Francis Ford Coppola (1997) — personnage significativement présenté par ailleurs comme un escroc patenté. Peu importe au reste le point de savoir si le choix des sources emporte le tout de l'argumentation juridique, comme l'a notamment contesté Perelman, pour qui « l'analyse de la pratique du droit nous prouve que la théorie de sources du droit ne suffit pas à expliquer son fonctionnement » (Chaïm Perelman, *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 30).

<sup>85</sup> Πηγὴ Γνώσεως, l'œuvre maîtresse du théologien byzantin Jean Damascène, est connue sous le titre latin de *Fons cognitionis* — in B. Kotter (éd.), *Die Schreiben des Johannes von Damaskus*, vol. 1, p. 27-146 ; vol. 2 ; vol. 4, p. 1-67, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1968-1988 ; Karl Popper, « On the Sources of Knowledge and Ignorance », in *Conjectures and Refutations*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969 [1963], p. 3-32.

une source d'idées. Ici les « sources » ne désignent donc pas des écritures réelles, qu'on découvrirait en compulsant le *Code* ou le *Juriclasseur* ; elles sont essentiellement des facultés de l'âme, des *Seelenvermögen*.

La différence paraît claire entre ces deux acceptions de la recherche des sources. Traditionnellement, il semblerait que la question juridique de savoir si une norme apparaît comme un édit du préteur ou bien comme un sénatus-consulte est sans commune mesure avec celle de savoir si les concepts qu'elle met en jeu dérivent de l'entendement ou de la raison — conçues comme deux facultés de l'âme. Au sens juridique, strictement positif, le projet d'alléguer tel ou tel précédent, d'invoquer tel ou tel article de procédure — ne se ressent en rien de la facture intellectuelle de cette source, ni des facultés qui sont mobilisées pour en construire la représentation. Le seul point pertinent est de savoir si ces normes sont inscrites dans une *écriture* authentique, quelle place elles y occupent — c'est-à-dire quelle est leur situation dans ce que Kelsen nomme la *hiérarchie des normes* — et par quel biais elles sont susceptibles de s'appliquer au cas d'espèce soumis à l'attention du juriste.

Voilà pourtant le point précis auquel s'oppose toute la réflexion mise en place par Kant dans le *Streit*. Son analyse « spéculative » de la tradition juridique complique en effet singulièrement la cartographie des sources normatives, en affirmant qu'à côté des *fontes iuris* proprement dites, la pensée juridique implique comme toute autre province de la pensée des *connaissances*, qui philosophiquement prennent elles-mêmes leur source dans telle ou telle faculté de l'âme. Qu'une norme dérive *historiquement* d'un règlement (au sens kantien) ou qu'elle puisse se déduire de la raison, voilà une question qui relève indubitablement de l'expertise du philosophe, seul capable de se prononcer sur la teneur intellectuelle des normes. Or, contrairement au « parallélisme » qu'observait la tradition classique du droit naturel, dont nous avons vu qu'elle se gardait pour l'essentiel de croiser le cours de la vie juridique positive, le philosophe investit le champ juridique d'une manière qu'on pourrait dire *perpendiculaire*, puisqu'il s'agit pour lui de distinguer, au sein du droit positif, entre les normes qui trouvent leur origine dans l'entendement, et celles qui procèdent de la seule raison. Le schéma suivant nous donnera une première notion du sens de cette « intervention ».



C'est de manière latérale que le philosophe du droit examinera le droit positif. Muni de toute la conceptualité idéaliste de la philosophie critique, il demandera non pas si une norme trouve son origine dans un édit du préteur ou un sénatus-consulte — selon la perspective caractéristique de la recherche des *fontes iuris* — mais si elle procède de la raison ou de l'entendement. Remarquons que toutes les combinaisons sont possibles, puisque les lignes que suit chacune de ces recherches sont sécantes entre elles. Il se peut ainsi qu'une *lex data et rogata* procède de la raison, comme il se peut qu'elle procède de l'entendement. À l'inverse, une norme qui dérive de l'entendement pourra se trouver aussi bien dans un sénatus-consulte que dans une constitution impériale. Seul importe que l'identification des écritures dont dépend un point de droit positif puisse croiser l'identification des facultés de l'âme que met en jeu sa connaissance.

Cet investissement latéral ou perpendiculaire de l'art juridique tend d'ailleurs à se traduire par l'adoption d'une terminologie nouvelle. Les règles dont la connaissance est purement historique seront notamment appelées *techniques* ou *réglementaires* — c'est l'usage que nous rencontrons en 1958 chez Giorgio del Vecchio, penseur du droit qui s'inscrit encore dans la tradition de pensée inaugurée par Kant<sup>86</sup>. Il est significatif que l'acceptation de ces deux termes s'écarte sensiblement de celle qu'ils possèdent dans la langue du droit. Si le philosophe par exemple répute

<sup>86</sup> Giorgio Del Vecchio, « L'*homo juridicus* e l'insufficienza del diritto come regola di vita », in *Studi sul diritto*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1958, p. 279-308, p. 287.

technique ou réglementaire la règle de droit qui prévoit de porter à 5 le nombre de témoins nécessaires à la formation d'un testament, au motif que cette règle ne peut se déduire de la raison et qu'elle doit nécessairement s'appuyer sur l'édiction d'un statut, cela ne suffira pas à conduire le juriste à qualifier cette même règle de technique ni de réglementaire. Il s'agit en l'espèce d'une disposition fixée par le droit civil. Elle n'émane donc pas d'une autorité administrative qui se substituerait au parlement pour « légiférer sur des matières non réglées par la loi », ce qui relèverait de la *réglementation* proprement dite<sup>87</sup> ; et son caractère juridique n'a rien de spécifiquement *technique*, au sens du calcul notarial des degrés de parenté. Cette nuance s'explique en revanche parfaitement, si l'on garde à l'esprit que ces qualifications indiquent, pour le philosophe, que les règles en question procèdent de l'entendement. Ce sont les règles dont la connaissance est strictement historique. Leur connaissance est reçue de l'expérience — au sens large où c'est par expérience que nous constatons le fait (le supplément de réalité) qui atteste de leur validité juridique. L'entendement à son tour est la faculté de « penser par règles » qui permet d'associer entre elles la représentation de la règle juridique et la représentation du cas d'espèce auquel elle pourra s'appliquer. En ce sens, l'allégation — au sens juridique du terme — est une pratique qui procède, intellectuellement, de l'entendement. Elle repose sur l'action de l'entendement — peu importe ici sa structure — par laquelle celui-ci joint entre elles les deux représentations (historiques) que sont la règle juridique d'un côté, le cas d'espèce de l'autre.

Au contraire, les normes qui procèdent de la raison, laquelle se définit comme la faculté de connaître *par principes* — ainsi que nous l'avons déjà remarqué — sont dites *catégoriques*<sup>88</sup>. L'institution de l'héritage par exemple est réputée catégorique, au sens précis où elle appartient, selon Kant, aux conditions mêmes de la possibilité d'une pensée rationnelle. Si les testaments n'existent certes pas comme tels à l'état de nature, « ils sont [néanmoins] susceptibles et dignes d'être introduits et sanctionnés dans l'état civil<sup>89</sup> ». Quel écart avec la terminologie de Domat ! Le terme *catégorique* renvoie à un contenu spéculatif, qui décrit la vie propre de la raison — comprenons : telle qu'elle se réverbère dans la philosophie ; par contraste le mot *immuable* se

---

<sup>87</sup> Selon la définition du mot « règlement » donnée dans le *Vocabulaire juridique* d'Henri Capitant.

<sup>88</sup> Del Vecchio, *op. cit.*

<sup>89</sup> *RL*, § 35, tr. fr., p. 101.

référait plutôt, ainsi que nous l'avons dit<sup>90</sup>, à un mode d'existence de la norme, c'est-à-dire aux particularités de sa naissance et de son extinction. L'accent porte là encore sur la manière de connaître, plutôt que sur la nature ou l'efficacité de l'objet connu. C'est un accent idéal, et non pas pragmatique.

---

<sup>90</sup> Plus haut p. 77.

## Chapitre 3

### Toucher l'histoire

#### Deux clés de répartition

C'est dans cette nouvelle *ventilation* des sources juridiques — comme disent les comptables pour indiquer la répartition d'une somme entre ses différents bénéficiaires — que la discipline que nous nommons depuis Kant « philosophie du droit » prend son origine. Dans la généalogie de la réflexion sur le droit, elle semble structurellement destinée à recueillir cette expertise d'un genre nouveau, qui s'applique à la culture juridique comme elle s'applique ailleurs à la théologie ou à la médecine. Fondée sur l'analyse de la connaissance des normes plutôt que sur celle de leur mode d'être, cette expertise offre au philosophe un titre à intervenir dans le champ juridique. Affublant certaines normes d'un caractère discriminant de rationalité, rejetant les autres au tout-venant de l'entendement, le philosophe mène une campagne de tamisage. Passant les normes de droit au crible de la conceptualité spéculative et critique, il en propose une nouvelle répartition, dont la clé ne serait plus empruntée à la typologie normative des *écritures*, conçues comme sources de droit, mais à la distinction philosophique des facultés de l'âme..

Il est facile d'apercevoir la part offensive de ce programme. Parler de normes juridiques rationnelles ou de la présence d'un élément rationnel au sein des dispositions de droit positif, c'est hisser le discours philosophique derrière un pupitre d'où il peut prétendre à se mêler de matières juridiques, tout en coupant court aux usages idoines de la jurisprudence professionnelle. Ainsi le philosophe va-t-il « remonter la piste (*nachspüren*)<sup>1</sup> » des préceptes juridiques, pour déterminer le ressort intellectuel de leur valeur pratique. En cas de tamisage réussi, ces préceptes pourront être repris par le discours du philosophe, exposés comme au second degré à la faveur d'une présentation des principes *a priori* du droit. En cas de déception, ils seront laissés au compte de la connaissance historique, abandonnés au détail

---

<sup>1</sup> Selon l'expression de Kant, dans le texte que j'analyse ci-dessus, p. 88.

d'Écritures sans cervelle, dont la raison n'a certes pas vocation à détruire la sacralité, mais dont elle veillera à maintenir le prestige « dans les limites de la simple raison<sup>2</sup> ».

Aussi bien l'élévation idéale d'une institution juridique que sa dégradation par réduction à l'histoire réglementaire attestent l'existence d'une magistrature rationnelle, susceptible de passer le patrimoine normatif au crible d'un questionnement sur les principes *a priori*. En revendiquant l'exercice d'une juridiction « idéale » sur le droit positif, « perpendiculaire » à la culture juridique, le philosophe, rien moins qu'innocent, engage nécessairement une passe d'armes avec la profession. N'est-il pas assez évident que les règles que ce quasi-tribunal qualifiera de catégoriques, de rationnelles, ou encore d'*a priori* auront pour elles, si l'on peut dire, une sorte de prépondérance sur celles qu'il nommera techniques ou réglementaires ? À leur validité juridique, au sens positif de l'expression, l'expertise philosophique ajoute un caractère rationnel additionnel, que seule une partie des normes positives pourra présenter. *In fine*, le tamisage auquel se livre le philosophe du droit apparaît non seulement comme une sélection des parcelles de raison qui innervent le droit en vigueur mais, en puissance tout au moins, comme une manière de surseoir à sa logique propre.

Bien sûr, toute règle statutaire conserve pour elle l'autorité que lui confère le *fait* d'avoir été promulguée par statut. On n'en est pas à clamer que « tout pouvoir établi est le fruit de l'ignorance ou de la perversion<sup>3</sup> », et en aucun cas il ne s'agit pour Kant de contester la légitimité pratique des règles « techniques », au motif que leur technicité devrait en tant que telle les rendre injustes et les vider de leur validité. Ainsi qu'on l'a souvent souligné, Kant affirme à l'inverse « le caractère irrésistible des ordres de l'État<sup>4</sup> », rejetant très clairement l'affirmation d'un droit de résistance aux ordres du souverain, quand bien même ces ordres seraient manifestement injustes. Mais ce point engage seulement la théorie des limites de l'autorité souveraine, qui est de droit public ; il n'empêche pas le moins du monde que la légitimité, la validité même des normes réglementaires se voit *idéalement* relativisées par la découverte

---

<sup>2</sup> Pour paraphraser le titre que Kant donnera à sa célèbre étude de la religion de 1792, *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, Œuvres en 12 volumes, vol. 8, Hambourg, Meiner, 1977 (tr. fr. Gibelin, *La Religion dans les limites de la simple raison*, Paris, Vrin, 1983).

<sup>3</sup> Giampetro Berti, *Il pensiero anarchico dal Settecento al Novecento*, Lacaita, Manduria, 1998, p. 52.

<sup>4</sup> RL, II, § 49, tr. fr. p. 137. Michel Villey, « Kant dans l'histoire du droit », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 251-269, p. 258.

philosophique de ce que leur connaissance procède *seulement* de l'histoire, et non pas *aussi* de la raison<sup>5</sup>.

Sous cette forme, l'affirmation est certes encore trop générale pour entraîner aucune conséquence univoque. Quel est le sens de cet *aussi* qui s'ajoute à la description d'une norme de droit, pour établir qu'en outre d'avoir telle ou telle source dans les écritures, elle procède *également* d'un principe rationnel ? Quelles sont en pratique les implications de la « ventilation » qui conduit à croiser *fontes iuris* et *fontes cognitionis*, en projetant l'analyse philosophique des principes de la connaissance sur la tradition lettrée des cultures juridiques ? De fait, Kant ne semble pas avoir développé toutes les implications pratiques de sa critique. Sa philosophie du droit a même passé pour une œuvre « sénile<sup>6</sup> », par contraste avec la nature révolutionnaire des principes qu'elle mettait en jeu, quoiqu'on en ait. Si le *Streit* nous a déjà donné une idée plus appropriée de ce renversement, c'est vers Hegel qu'il faut se tourner pour comprendre toute la portée de cette colonisation du champ juridique par l'Idée.

Continuateur critique de Kant, Hegel accomplit en effet un pas supplémentaire dans l'effacement du parallélisme que la tradition classique du droit naturel avait posé entre les normes immuables et les normes arbitraires — pour nous en tenir une fois de plus à la terminologie de Domat. Si Kant avait « rationalisé » le droit naturel, en le rendant pur de toute connotation empirique — c'est-à-dire de toute doctrine

---

<sup>5</sup> On ne saurait donc suivre Michel Villey, lorsqu'il infère de l'opposition de Kant au droit de résistance une « victoire totale, effrénée, du positivisme juridique » (*ibid.*, p. 259). En exceptant la liberté de philosopher du pouvoir de contrôle du souverain (*Streit*, tr. fr. p. 28), Kant ménage précisément la possibilité d'instituer cette magistrature idéale, dont l'activité conduit *ipso facto* à relativiser l'autorité des lois positives — sinon en pratique pour le justiciable (ce qui serait la voie révolutionnaire) du moins dans l'idée du citoyen qui raisonne. Si « victoire » il y a (mais sur quel ennemi, sinon peut-être sur le catholicisme juridique qui constitue le *credo* de M. Villey ?), c'est une victoire tout en demi-teinte.

<sup>6</sup> Selon l'expression d'Anselm Feuerbach, rapportée par Ernst Bloch, *op. cit.*, p. 84. Il est commun par exemple de moquer l'aspect réactionnaire de l'analyse kantienne du mariage et de la famille, conçus au titre des « droits personnels d'espèce réelle », en s'étonnant de la reconnaissance par Kant d'un droit d'usage sexuel sur le corps du conjoint, ou de l'édification de la famille sur un droit réel de possession de la personne d'autrui (*RL*, tr. fr. p. 76-96 – voir par exemple Peter Fenves, « Marital, Maritime Law : Toward Some Controversial Passages in Kant's *Doctrine of Right* », *Diacritics*, 35, 4, 2005, p. 101-120). Mais ces récriminations restent tout à fait futiles, si elles manquent d'interroger la dépendance de Kant à l'égard de constructions juridiques tout à fait positives, anciennes et partagées, telles que le *ius in corpus* de droit canonique (Filippo Vassalli, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero sia La dogmatica ludicra*, Rome, G. Bardi, 1944 – ce thème fait actuellement l'objet d'une recherche de l'historienne Marta Madero) ou encore telles que l'action d'état de droit civil — dont la mise en œuvre procédurale, depuis le Moyen Âge et jusqu'aujourd'hui, repose sur une action possessoire ou pétitoire (Florence Demoulin-Auzary, *Les Actions d'état en droit romano-canonique, XIIIè-XIVè s.*, Paris, LGDJ, 2004). Comme s'il s'agissait là de *thèses* personnelles de Kant, et non d'un tamisage d'écritures juridiques historiques !

empirique de la nature humaine — et s'il avait abordé le droit statutaire sous l'angle de la connaissance — le soumettant à la question des facultés de l'âme qui interviennent dans sa production, la contribution spécifique de Hegel consiste à avoir voulu réconcilier (*versöhnen*) avec l'histoire, et donc avec le mouvement, le droit de la raison qui a résulté de ces opérations.

En ceci la pensée hégélienne suit une inclination qui lui est générale. Elle veut affirmer *in toto* l'unité de la raison et du devenir historique<sup>7</sup>. Or une telle ambition ne peut manquer de modifier l'orientation de la philosophie du droit. Il est d'abord facile d'apercevoir qu'elle impose d'écarter l'assimilation de la raison à une simple faculté de l'âme. Si la raison devait n'être qu'un moyen ou un instrument (*Werkzeug*) au service de la conscience individuelle, comment pourrait-on concevoir en effet son unité avec l'objet que la conscience aspire à saisir, à plus forte raison si cet objet est en dernière analyse un objet de nature historique, un être en devenir<sup>8</sup> ? Pour que la raison puisse s'identifier à l'histoire — et commençons par prendre ce mot au sens le plus général de *devenir* de ce qui est — il faut qu'elle puisse constituer non seulement la forme, mais encore le contenu du savoir ; il faut que toute connaissance puisse s'analyser comme une manière, pour la raison, de se connaître elle-même. Alors la raison apparaîtra non pas comme une activité de l'esprit, mais comme la « certitude [de la conscience] d'être toute réalité<sup>9</sup> » ou comme « la vérité » elle-même « en tant que savoir<sup>10</sup> ». Si déroutantes qu'elles puissent être de prime abord, ces deux définitions hégéliennes du concept de raison signalent l'expansion de celle-ci en direction de l'être même des choses. La raison n'est plus comme chez Kant la faculté de connaître par principes, qui se dresse en face du monde des phénomènes comme la condition *a priori* de leur intelligibilité. Elle « passe » dans ce monde phénoménal, pour apprendre à reconnaître en lui comme un épisode de ses propres transformations.

Un tel passage ne pouvait manquer d'entraîner quelques conséquences notables pour l'appréhension philosophique du droit. Dans ce chapitre, j'essaierai d'en fouiller la signification du point de vue de la philosophie spéculative de l'histoire,

---

<sup>7</sup> La fidélité herméneutique exigerait de référer de préférence « l'idée » à la logique, « la raison » à la conscience individuelle et « l'esprit » à la communauté historique — mais mon but est moins d'exalter pour elle-même la cohérence du discours hégélien que d'analyser l'obstacle qu'il oppose à l'étude de la jurisprudence.

<sup>8</sup> Sur la critique de la représentation instrumentale de la connaissance, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, éd. Hans-Friedrich Wessels et Heinrich Clairmont, Hambourg, Meiner, 1988, p. 57 ; tr. fr. Jean Hyppolite, Paris, Aubier, 1997 [1941], t. I, p. 65. Désormais abrégé PhG.

<sup>9</sup> PhG, p. 156 ; tr. fr. t. I, p. 192.

<sup>10</sup> « Die Wahrheit als Wissen », *Enz.*, § 439, p. 434.

afin d'en dégager, dans le chapitre qui suit (*Athènes et Rome*), les incidences plus étroitement juridiques.

### **Les curseurs de l'esprit**

Mais reprenons les deux définitions à peine citées afin de clarifier cette vocation de la raison à s'étendre dans l'être et à s'identifier à l'histoire. Selon la définition de l'*Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé*, la raison est d'abord « la vérité en tant que savoir ». Cette formule confirme bien le sens de l'ambition d'une unification de la raison à l'être. La vérité doit en effet se définir « au sens philosophique » comme un « accord avec soi-même<sup>11</sup> ». Si la raison est « vérité », c'est donc qu'elle n'est pas destinée à s'accorder à un objet du monde extérieur. C'est plutôt avec elle-même que la raison doit s'accorder. En dernière analyse, soutenir que la raison est « vérité » revient donc à admettre qu'elle porte en elle-même le réel qu'elle aspire à connaître, et le « savoir vrai » sera le savoir que la raison acquiert de sa propre coïncidence avec elle-même, ou de sa consistance — dont ce que nous nommons « le réel » ne serait jamais, en quelque sorte, que l'effet ou l'expression.

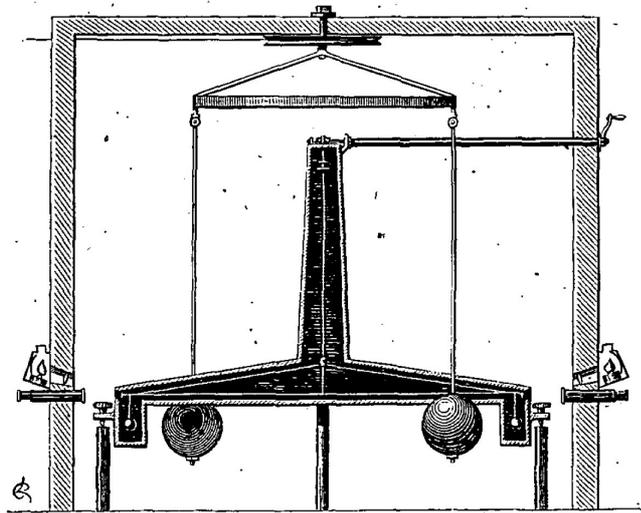
En tant que figure de la conscience — en d'autres termes au plan que Hegel nomme phénoménologique — la raison s'éprouve alors comme la *certitude* de ne faire qu'un avec le réel. Cette certitude la pousse en premier lieu à contempler le monde naturel à la recherche de son image ou plus exactement afin de se trouver elle-même au cœur de l'existant. Comme « raison observante » (*beobachtente Vernunft*), elle acquiert la certitude de se reconnaître dans la *permanence* des espèces naturelles et le système des caractères qui permet de les classifier ; dans les *lois* de la dynamique qui règlent le mouvement des corps et leurs relations chimiques ; enfin dans l'*organisation* qui régit la forme et le comportement des êtres vivants<sup>12</sup>. L'observation — au sens de celle qu'on produit dans un *observatoire* astronomique — marque la première étape de cet *élan* général de la raison vers l'être, dont la pratique de l'expérimentation représente la radicalisation. En effet, la science expérimentale moderne pousse à son comble l'aspiration de la raison à se retrouver elle-même dans

---

<sup>11</sup> Enz. WL (1827-1830), Addition au § 24, tr. fr. p. 479.

<sup>12</sup> PhG, p. 164-232 ; tr. fr. t. I, p. 204-287. Quoique Hegel ne le fasse pas lui-même, il est commode d'associer ces trois formes d'observation à l'histoire naturelle de Linné, à la philosophie naturelle de Newton et à la biologie de Lamarck.

l'être. Ainsi de l'expérience menée par Henry Cavendish qui, en déterminant la masse volumique de la terre à l'aide d'une balance de torsion, apporta en 1798 une confirmation expérimentale à l'hypothèse de l'attraction universelle.



*Deux balles de plomb, pesant chacune 729 grammes, sont adaptées aux extrémités d'un levier horizontal, suspendu par son centre à l'aide d'un fil très fin. Deux grosses sphères de plomb, pesant chacune 158 kilogrammes, sont placées à côté des précédentes...*

Achille Cazin, *Les Forces physiques*, Paris, Hachette, 1869, p. 20.

Avec ses lourdes sphères de plomb, ses lunettes et ses suspensions, l'expérimentation de Cavendish ancre dans les choses mêmes la loi que Newton, un siècle avant lui, n'avait dégagée qu'à force de mathématiques et d'observations. Ce faisant, elle ne se contente pas de « vérifier » les conséquences de la dynamique de Newton, ni d'en « confirmer » ou d'en « corroborer » les hypothèses — comme diraient les épistémologues contemporains<sup>13</sup>. Du point de vue hégélien, elle offre plutôt à la raison le gage de la « certitude » qu'elle recherche. Tout en mesurant le mouvement qui pousse les petites balles de plomb vers les grosses, elle atteste que les lois universelles de l'attraction, qui en tant que *pensées* appartiennent bien à la raison, sont *aussi* un aspect de la réalité, plutôt que de simples hypothèses que la raison formulerait quant à soi pour satisfaire son propre besoin d'intellection. En ceci la

<sup>13</sup> Ces différents concepts, développés tour à tour par Alfred J. Ayer, Carl Hempel et Karl Popper, apparaissent comme autant de tentatives pour résoudre le problème logique de l'induction, autrement dit pour expliquer la capacité d'un fait d'observation à « favoriser », comme dit Jean Nicod, la loi supposée l'expliquer. Cf. Jean Nicod, *Le Problème logique de l'induction*, Paris, Alcan, 1924, p. 219.

raison observante et expérimentante s'écarte de l'attitude intellectuelle qui inspirait l'essentiel de la cosmologie classique. Celle-ci prétendait découvrir les lois naturelles par déduction, à partir d'« idées claires » et premières, purement « rationnelles ». En expérimentant, la raison moderne au contraire voudrait buter sur les lois comme sur des faits. L'intérêt d'une expérience comme celle de Cavendish réside dès lors en ceci, que

[die Wahrheit des Gesetzes] darstellt sich für die Bewusstsein als das Gegenwärtige und Wirkliche.

[la vérité de la loi] se montre pour la conscience comme ce qui a une présence et une réalité effective<sup>14</sup>.

La raison peut alors appréhender son objet non pas comme une représentation théorique du cours des choses — autrement dit comme un *devoir-être* (*Sollen*), le corollaire d'une simple hypothèse mathématique — mais comme une loi immanente de la réalité effective :

Was *sein soll*, ist in der Tat auch, und was nur *sein soll*, ohne zu *sein*, hat keine Wahrheit. Hieran bleibt der Instinkt der Vernunft mit Recht seinerseits fest hängen, und lässt sich nicht durch die Gedankendinge, die nur *sein sollen*, und als Sollen Wahrheit haben sollen, ob sie schon in keiner Erfahrung angetroffen werden.

Ce qui *doit être* est aussi en fait, et ce qui seulement *doit être* sans *être* n'a aucune vérité. C'est à juste titre que l'instinct de la raison tient ferme sur ce point et ne se laisse pas induire en erreur par ces êtres de raison qui *doivent* seulement être, et doivent avoir une vérité, comme *devoir-être*, quoiqu'on ne les rencontre dans aucune expérience<sup>15</sup>.

Ce langage ne peut que frapper le juriste. « L'instinct de la raison », qui se manifeste ici dans l'observation de la nature, n'annonce-t-il pas mot pour mot l'impulsion qui, sur le terrain de la théorie juridique, lancera au XX<sup>e</sup> siècle toute une famille d'écoles réalistes à l'assaut du formalisme ? Lorsque Karl Olivecrona accuse par exemple les « conceptions métaphysiques » d'avoir « produit l'idée que la science juridique devait

---

<sup>14</sup> PhG, p. 170 ; tr. fr. I p. 211.

<sup>15</sup> *Ibid.*

se mouvoir dans une autre sphère de réalité<sup>16</sup> » que les sciences d'observation, n'est-il pas exactement guidé par l'*instinct* dont parle ici Hegel ? N'embrasse-t-il pas, comme juriste, le parti-pris de « ne pas se laisser induire en erreur » par des formes « qui *doivent* seulement être (die nur sein *sollen*) » ? Si Hegel pense en l'occurrence, plutôt qu'à des controverses de nature juridique, à la fameuse prétention de Newton à « ne pas feindre d'hypothèse » — au moins est-il clair que les termes qui lui servent à interpréter la signification philosophique de cette prétention ouvrent une fenêtre directe sur les mouvements les plus intimes de la pensée juridique du XX<sup>e</sup> siècle.

Mais indépendamment de ces affinités lointaines, l'extension hégélienne de la notion de raison emporte une conséquence immédiate pour l'émergence d'une pensée philosophique sur le droit. C'est qu'elle pousse à remettre en cause la doctrine des facultés de l'âme (*Seelenvermögen*). Nous avons vu le rôle que jouait cette doctrine dans la philosophie du droit de Kant. Elle habilitait le philosophe à investir transversalement la sphère juridique, en posant la question des sources intellectuelles de la connaissance d'une norme particulière. Or Hegel renverse la doctrine des facultés. Comme l'affirme l'*Encyclopédie*, l'esprit ne doit pas se concevoir comme un agrégat de facultés séparées, mais comme une « unité vivante » dont le « sentiment de soi » :

setzt sich von selbst gegen die Zersplitterung desselben in die verschiedenen, gegeneinander selbständig vorgestellten *Vermögen, Kräfte* oder, was auf dasselbe hinauskommt, ebenso vorgestellten *Tätigkeiten*.

s'oppose spontanément à son éclatement en une diversité de *facultés*, de *forces* ou, ce qui revient au même, d'*activités* conçues comme indépendantes les unes des autres<sup>17</sup>.

Sans effacer la différence de l'entendement et de la raison, il s'agit d'établir que l'un et l'autre n'existent que comme des manifestations de « l'unité vivante » de l'esprit. Car « l'esprit est [...] considéré comme quelque chose de mort, lorsqu'en lui on admet des *facultés* (*Vermögen*) [...] qu'il doit avoir<sup>18</sup> ». Vivant, l'esprit doit

---

<sup>16</sup> « Only the metaphysical conceptions have engendered the doctrine that legal science should move within another sphere of reality than social science in general », Karl Olivecrona, *Law as Fact*, Londres, Stevens, 1971, p. 55.

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 379.

<sup>18</sup> G.W.F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, première partie *Die Wissenschaft der Logik*, éd. 1817, *Gesammelte Werke*, t. 13, Meiner, Hamburg, 2000, § 166, p. 102 ; tr. fr. Bernard Bourgeois, *Encyclopédie des sciences philosophiques, Science de la Logique*, Paris, Vrin, 1994, § 167, p. 270.

s'accomplir comme le germe s'épanouit dans la plante. De même qu'un arbre « s'organise » et que les différents éléments de son être (ses racines, ses feuilles, son écorce) existent les uns par les autres et règlent leur comportement sur une unique finalité : assurer la résistance de l'ensemble à la mort ; de même l'esprit, en partance vers lui-même, s'oppose à son « éclatement ».

Cette idée d'unité vivante commence à nous faire comprendre en quel sens la raison s'identifie à l'histoire. Ce n'est pas tant que l'histoire humaine ait un sens, ni qu'elle suive un but ou qu'elle possède une raison d'être, c'est plutôt que le *sens* lui-même possède une histoire. La disposition de l'esprit à composer une « unité vivante » nous offre au plan de la structure subjective de la pensée un premier témoignage de ce fait. En refusant « d'éclater » en une pluralité de facultés, l'esprit témoigne déjà d'une disposition, non seulement à la vie, mais à l'*historicisation* de lui-même. Le « sentiment de soi » que lui prête Hegel, celui-là même qui le pousse à désirer l'organisation solidaire de ses activités, apparaît comme le symptôme psychologique d'une sorte de vocation à l'histoire, dont la *res gestae* de l'humanité ne sera jamais que la réalisation suprême.

Anxieux de se poser dans l'existence, l'esprit doit donc s'organiser pour affronter la possibilité de la mort. En termes logiques, il lui faut résister à sa négation. C'est cet affrontement avec le « négatif » qui ouvre ce que nous nommons l'histoire. Ici le mot *histoire* ne renvoie pas à l'idée d'une simple succession chronologique des faits dans le temps. Elle n'est pas un « étalement indifférent de moments », encore moins la chronique d'événements « survenus l'un au dehors de l'autre<sup>19</sup> ». Elle enveloppe, au sens métaphysique, l'ensemble des péripéties auxquelles l'esprit doit faire face pour s'accomplir dans l'existence<sup>20</sup>.

Voici donc le principe général qui conduit Hegel à réviser la doctrine kantienne des « facultés » de l'esprit. Que celles-ci se présentent isolément les unes des autres, cela tient uniquement au fait que « l'esprit s'analyse et distingue ses propres moments<sup>21</sup> ». Alors chaque « faculté » tiendra une place dans le processus qui mène l'esprit à sa réalisation effective. Si la raison, par exemple, fouille la nature et

---

<sup>19</sup> *Jenenser Realphilosophie*, Vol. II, p. 10, cité par Gérard Lebrun, *op. cit.*, p. 257.

<sup>20</sup> En ce sens large, nous dirons que même la nature, qui est la forme sous laquelle l'esprit s'aliène lui-même le plus radicalement, appartient à l'histoire de l'esprit, quoiqu'elle « n'ait pas d'histoire » (PhG, p. 199 ; tr. fr. t. I, p. 247, à propos de la nature organique, que Hegel décrit avant Darwin).

<sup>21</sup> PhG, p. 290 ; tr. fr. II, p. 11.

l'observe, comprenons qu'elle explore le « devenir vital immédiat<sup>22</sup> » de l'esprit. Si au contraire elle découvre « cet autre côté du devenir de l'esprit » qu'est l'histoire, son activité doit se concevoir comme l'exposition du « devenir qui s'actualise dans le savoir<sup>23</sup> ». Ou encore c'est l'intuition sensible qui, dans l'*Esthétique*, offre à l'esprit l'occasion de s'appréhender sous la forme d'une belle apparence. Ainsi comprises les facultés ne sont donc pas des capacités *de* l'esprit. Elles sont les curseurs qui règlent les différents aspects de son passage à la réalité, l'appoint des vicissitudes qui marquent son existence naturelle tout d'abord, puis proprement historique.

### **Logique et devenir**

Avant d'examiner les conséquences de cette nouvelle présentation de l'esprit, arrêtons-nous un instant sur la signification d'une telle « historicisation du sens ». Nous avons dit qu'elle était par principe antérieure à la succession chronologique que nous associons communément à l'écoulement du temps. En effet, cette propension au *devenir* doit se concevoir au plan psychologique — ainsi que nous venons de le voir — comme une prédisposition de l'esprit à s'organiser à la manière d'une unité vivante, c'est-à-dire à se ramifier en plusieurs déclinaisons complémentaires de lui-même — au sens où l'écorce et le feuillage par exemple sont des déclinaisons complémentaires de l'arbre : ce que l'on nomme précisément des *organes*. C'est une complémentarité de cet ordre qui distingue la structure des organismes de celle des mécanismes. Dans une montre, comme l'avait déjà remarqué Fontenelle :

une partie est l'instrument du mouvement des autres parties, mais un rouage n'est jamais la cause efficiente de l'existence d'un autre rouage. Une partie existe *pour* une autre, non *par* une autre. La montre ne peut ni produire les parties qui lui sont ôtées, ni se rectifier elle-même lorsqu'elle est dérégulée<sup>24</sup>.

De fait, la pensée hégélienne apparaît comme l'inlassable description de ce *jeu*, par lequel les différentes parties de l'esprit ne cessent de se « rectifier » les unes les autres, de se renverser ou de s'allier au gré des nécessités auxquelles l'esprit doit faire front pour « se régler ». Bien sûr cette aptitude systémique, si l'on peut dire, des parties à

---

<sup>22</sup> PhG, p. 530 ; tr. fr., t. II, p. 311.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Je reprends le résumé de l'argument de Fontenelle par François Jacob, *La Logique du vivant*, Paris, Gallimard, 1970, p. 103.

exister les unes *par* les autres faisait totalement défaut au tableau des facultés de l'âme, tel qu'il soutenait l'effort critique de Kant : là l'entendement et la raison suivaient chacun un cours indépendant, sans que leurs activités concourent, même secrètement, à la satisfaction d'une même finalité supérieure.

Or cet « organicisme » hégélien revêt non seulement un sens psychologique, mais encore, et plus profondément, un sens logique. En termes de stricte philosophie, la vision de Hegel s'apparente au développement d'un principe logique élémentaire : que toute différence doive être conçue comme une identité en instance d'affirmation, comme le « moment disparaissant d'un mouvement qui se replie en soi-même (*verschwindende Momente der sich in sich zurücknehmenden Bewegung*)<sup>25</sup> ». Aussi la différence n'est-elle jamais qu'un état provisoire de l'identité, la pluralité qu'une expression momentanée d'une unité à venir. Voici qui justifie à parler de *monisme* à propos de la philosophie de Hegel, car sa pensée affirme bien le primat de l'Un (et d'un seul - *μόνος*) sur le multiple.

Cependant l'identité et la différence ne font pas que se succéder l'une à l'autre dans le temps. Leur rapport n'est pas de simple alternance, comme un feu de circulation qui passerait du vert au rouge et du rouge au vert dans un « étalement indifférent de moments<sup>26</sup> ». Il faut comprendre au contraire que l'identité et la différence se rapportent *intimement* l'une à l'autre, selon un mouvement analogue à celui qui permet aux éléments d'un organisme de « se rectifier » mutuellement. Comme l'a bien vu Russell, la relation de deux termes opposés, chez Hegel, est fondamentalement *interne*, en ceci qu'elle s'appuie sur leur nature même<sup>27</sup>. Si l'identité et la différence se contredisent, c'est qu'elles se poussent l'une contre l'autre, qu'elles s'entrechoquent de manière à s'affirmer l'une *par* l'autre.

Le même principe peut encore s'expliquer en termes ontologiques. Dans les mots de la *Science de la logique* de 1812, l'être pur qui « n'a aucune diversité en lui » — c'est-à-dire l'être en tant qu'identité pure de toute différence — « est en fait néant », car en lui rien ne peut être pensé. Par conséquent il *pass*e dans son contraire ; il devient néant. Or le néant à son tour ne peut être affirmé sans devenir « quelque chose » et retomber par là dans l'être. Ainsi l'être pur se révèle un néant ; et le néant

---

<sup>25</sup> PhG, p. 169 ; tr. fr. I, p. 210.

<sup>26</sup> Voir citation ci-dessus, p. 108.

<sup>27</sup> Russell fait dépendre l'ensemble de l'idéalisme hégélien, colporté par Bradley à Oxford, d'une « doctrine des relations internes » selon laquelle « every relation is grounded in the natures of the related terms » (Bertrand Russell, « The Monistic Theory of Truth », in *Philosophical Essays*, Londres, Longmans, 1910, p. 131-146, p. 139).

un être. Les deux termes permutent et basculent l'un dans l'autre, comme les pôles d'un champ magnétique qui s'inverse. Le caractère qui signifiait leur identité initiale s'est retourné sur lui-même, et ce renversement a révélé que chacun de ces termes était *différent* de ce qu'il affirmait être. Pourtant dès que les termes de départ tentent de s'identifier à leur opposé — comme lorsque l'être veut s'affirmer en tant que pur néant — ils tombent dans une nouvelle contradiction, car cette nouvelle identité diffère à son tour d'elle-même : le néant ne supporte pas d'être posé comme être. Dans ce conflit, seul le mouvement qui révèle tour à tour l'aspect instable et fragmentaire des affirmations en présence offre l'identité recherchée. En définitive, la « vérité » des deux termes opposés « est ce mouvement du disparaître l'un dans l'autre : le devenir<sup>28</sup> ». Ce n'est ni l'être ni le néant qu'il faut affirmer, mais le devenir, qui est l'« unité de l'être et du néant<sup>29</sup> ». Voilà qui sera la seule base possible pour l'ensemble de la logique devenue *dialectique*. Chaque terme, pour affirmer son identité, doit se contredire lui-même en s'identifiant à son autre, qui devient ainsi *son* autre : l'autre *par* lequel il existe et en vue duquel il se « rectifie » pour préserver l'identité commune vers quoi ils tendent unanimement.

Le devenir appartient donc à la logique même. Voilà en quel sens nous pouvons affirmer que *le sens a une histoire*. En plus de l'image de la pensée, ce principe bouleverse naturellement l'analyse de la proposition. On se souvient, de ce point de vue, que Kant faisait se correspondre l'exercice de la pensée et la production de *jugements*. Cette thèse inspirait même en filigrane, ainsi qu'on l'a vu, la création d'un tribunal de la raison, qui apparaîtrait comme une sorte de cour d'appel, où les jugements spontanés de la raison feraient l'objet d'un contrôle de légalité critique. Plus classiquement, la *Logique* de Port Royal présentait déjà toute proposition comme un jugement. Juger revenait à prédiquer une propriété d'un sujet. Le jugement était dit « assertorique », en ceci qu'il impliquait *l'assertion* en vérité de l'appartenance du prédicat au sujet. Cela conduisait Descartes à contester que la vérité et l'erreur puissent se trouver dans les idées : elles ne devaient se rencontrer que dans des jugements, conçus comme le résultat d'un exercice conjoint de la volonté et de l'entendement — c'est-à-dire d'une décision du sujet pensant « d'assurer ou de nier »

---

<sup>28</sup> « Ihre Wahrheit ist also diese *Bewegung des Verschwindens* des einen in dem anderen : *das Werden* », *WL* 1832, t. I *Das Sein*, p. 83 ; tr. fr. modifiée p. 59.

<sup>29</sup> *Ibid.*

telle ou telle de ses idées<sup>30</sup>. Or « sous cette forme judiciaire » (« in Form eines Urteils »), la proposition pour Hegel « est impropre à exprimer des vérités spéculatives<sup>31</sup> ». En effet, le jugement exprime un rapport d'identité entre un sujet et un prédicat. Or,

es wird dabei davon abstrahiert, daß das Subjekt noch mehrere Bestimmtheiten hat als die des Prädikats, sowie davon, daß das Prädikat weiter ist als das Subjekt. Ist nun aber der Inhalt spekulativ, so ist auch das *Nichtidentische* des Subjekts und Prädikats wesentliches Moment, aber dies ist im Urteile nicht ausgedrückt.

en cela il est fait abstraction de ce que le sujet possède bien d'autres déterminations que celles qu'indiquent le prédicat, comme de ce que le prédicat ne s'arrête pas au sujet. Or lorsqu'il en va d'un contenu spéculatif, la *non-identité* du sujet et du prédicat devient un moment essentiel, mais cela, le jugement ne l'exprime pas<sup>32</sup>.

L'unité vivante du sens constitue bien l'horizon à partir duquel Hegel recompose la présentation générale de la logique. Elle réclame ici de renverser le primat du jugement, tel qu'il avait prévalu de la *Logique* de Port Royal à la logique transcendantale de Kant. À rebours de l'esprit d'analyse auquel le XX<sup>e</sup> siècle nous a formés<sup>33</sup>, il faudrait concevoir, entre les termes logiques, une pulsion lovée au fond de chacun d'eux, qui leur insufflerait l'aspiration à rejoindre l'*absolu*. Comme s'il fallait en quelque sorte imaginer *logiquement, spéculativement*, que chaque être se ressentît « du plus intime de tous les désirs » évoqué par Goethe à propos du Paradis dans l'*Élégie de Marienbad* :

Hier war das Ziel des innigsten Bestrebens

Là était le but du plus intime des désirs<sup>34</sup>

L'identité à soi dessine l'Eden logique imaginé par Hegel. Elle est le but vers lequel chaque terme, du fait même d'être posé, est porté à se mouvoir. Cette force incite

---

<sup>30</sup> Descartes, *Méditations Métaphysiques* (Quatrième méditation), Paris, Flammarion, 1908, p. 116.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>32</sup> *Ibid*.

<sup>33</sup> Il est significatif qu'Ayer ait parlé de « pseudo-propositions » à propos des énoncés spéculatifs néo-hégéliens de Bradley, in Alfred Jules Ayer, *Language, Truth and Logic*, Londres, Victor Gollanz, 1946, p. 36.

<sup>34</sup> Johann Wolfgang Goethe, *Sämtliche Werke, Briefe, Tagebücher und Gespräche*, t. 2, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1987, p. 457-462.

chaque termes non seulement à persévérer dans *son* être, mais plus encore à se confronter à celui des autres — c'est-à-dire à l'être qu'il n'est pas, au point même de vouloir, pour ainsi dire, se l'approprier. Le lexique romantique de l'absolu et de l'infini — dont la passion doit « manger qui la contemple<sup>35</sup> » — trouve ici sa contrepartie logique. Dans tout être est déposée la tendance à rejoindre l'absolu, comme est déposée dans les cœurs celle à trouver le bonheur. Voici qui explique pourquoi les termes logiques résistent à se laisser inscrire dans des *jugements*. Ce carcan contrarie le penchant qui spontanément les porte à dépasser ce qu'ils sont pour devenir ce qu'ils ne sont pas. Ils ne peuvent en effet tolérer la double exclusion qui fait que l'affirmation d'un prédicat se paie de l'exclusion de tous les autres, ou que la prédication d'une propriété à un sujet particulier éclipse les sujets tiers qui la possèdent également. Leur *désir* — au sens non animal où Aristote prêtait aux corps légers, dans le monde sublunaire, un « désir » du haut — ne peut s'épanouir que sur une autre scène philosophique : celle de la spéculation, qui tient pour un « moment essentiel » la non-identité du sujet et du prédicat.

### **Le malheur et l'exemple**

Or il est bien évident que la promotion logique du devenir, telle qu'elle accompagne la thèse « moniste » de l'identité de l'identité et de la différence, ne peut manquer de se répercuter dans l'histoire. Quoiqu'en bonne rigueur la décision de faire du devenir un principe logique précède toute prise en compte empirique du cours des choses, elle livre néanmoins la clé du projet qui vise à réconcilier la raison avec celui-ci. Et si les propositions spéculatives ne peuvent manquer d'apparaître dans « une lumière paradoxale et bizarre<sup>36</sup> » à l'esprit analytique habitué à *juger* — en revanche il semble relativement aisé de comprendre qu'une spéculation fondée sur le principe logique du devenir puisse déboucher sur une élection philosophique de l'histoire.

Mais pourquoi parler même ici de « réconciliation » ? Que la raison doive se *réconcilier* avec l'histoire suppose non seulement qu'elle en soit disjointe, mais qu'elle se soit préalablement *opposée* à elle. Mais quel est le *casus belli* qui aura soulevé cette opposition ? Comme nous l'a déjà montré l'exemple du stoïcisme

---

<sup>35</sup> Louis Aragon, *Aurélien*, Paris, NRF-Gallimard, 1971 [1944], ch. XXXVI, p. 249.

<sup>36</sup> « [Im] paradoxen und bizarren Licht », *WL* 1832, t. I *Das Sein*, p. 93 ; tr. fr. p. 67.

d'époque hellénistique, la disjonction des deux plans n'entraîne pas nécessairement leur opposition. Ainsi la raison universelle sur laquelle les stoïciens fondent leur droit naturel est parfaitement distincte du droit positif, par exemple de celui qui sanctionne l'esclavage. Entre le droit historique et le droit naturel en effet,

la frontière est infranchissable. Les juristes [de Rome] pensent nettement ces deux droits comme deux genres successifs et contradictoires : entre esclavage et liberté, statuts et égalité, propriété et jouissance commune, il y a toute la distance qui sépare l'histoire de ce qui n'est pas encore elle<sup>37</sup>.

Pourtant cette succession n'implique, semble-t-il, aucune sorte de conflit. Apposés, les deux plans sont simplement indifférents l'un à l'autre. Certes, quelques mythes imaginent leur convergence dans un âge d'or immémorial. Mais ces récits constituent surtout l'occasion thématique de discours obligés, que les lettrés romains composaient à tour de rôle lors de banquets, à l'occasion de voyages en mer, de promenades ou aux bains. Car pour le reste et passées les origines, jamais l'état de nature n'entraîne plus en contact avec les affaires de la cité : aucun point de passage ne les attachait l'un à l'autre ; aucun *devenir* ne les entraînait vers un destin commun. Aussi était-il toujours loisible de s'accomoder en pratique de leur vis-à-vis, comme Posidonius blâmant les esclaves de Sicile de revendiquer davantage d'égalité<sup>38</sup>.

En envisageant de *réconcilier* la raison et l'histoire, Hegel fait donc plus que de souligner une distinction de ce genre. Il instille une sorte d'*inquiétude* dans le rapport des deux plans, capable de troubler le repos de leur indifférence réciproque. En invitant à penser qu'ils s'opposent l'un à l'autre, il pousse la raison contre l'histoire et l'histoire contre la raison. L'idée spéculative du devenir ne guide-t-elle pas les opposés, pour les forcer à se « régler » l'un sur l'autre ? Au moins le mot d'ordre de la réconciliation suffit à inscrire l'histoire et la raison dans le jeu logique des contraires appelés à découvrir leur identité. Mais comment s'exprime en l'espèce l'opposition des deux termes en présence ? À quoi tient l'opposition de la raison au temps historique — si par opposition il faut comprendre davantage que le calme contraste de deux termes simplement indifférents l'un à l'autre ?

C'est Kant, en vérité, qui nous donne encore le meilleur point d'entrée pour saisir le sens de cette *opposition* supplémentaire à la séparation des deux plans. Chez

---

<sup>37</sup> Yan Thomas, « L'institution de la nature », in *Les Opérations du droit, op. cit.*, p. 22.

<sup>38</sup> Sur Posidonius, voir ci-dessus, p. 81.

Kant en effet, « un concept purement empirique » du droit serait comme le masque de la fable : beau, mais sans cervelle. Tout ce qui est positif apparaît en effet nous l'avons vu comme un donné, dont la connaissance n'est jamais qu'*historique*. Un fait historique — comme celui de la promulgation ou de l'écriture d'une loi — paraît s'imposer à la raison à la manière d'un fait extérieur, qu'elle ne saurait déduire de ses propres principes. Voici donc réunis, encore une fois dans le lexique de la connaissance, les éléments d'une *friction*. La raison tend à appréhender des normes purement historiques (le *God's pence* qu'il faut verser au Pont de Londres) comme quelque chose d'étranger, dans lequel elle peine à se reconnaître. Or n'est-elle pas portée par « instinct » à se reconnaître elle-même dans ce qui est ? N'est-elle pas la « certitude d'être toute réalité » ? Dans les phénomènes naturels, qu'elle les observe ou qu'elle les produise comme Cavendish par l'expérimentation, elle apprend à se découvrir elle-même. Mais peut-elle se retrouver dans l'histoire civile *de la même manière* que dans l'histoire naturelle ?

C'est ce que semble démentir la notion même de *positivité*, dont Jean Hyppolite a montré qu'elle accaparait une part essentielle de la réflexion du jeune Hegel<sup>39</sup>. Prise à l'extrême, la positivité gâte la satisfaction que la raison éprouve à se retrouver dans ce qui est. Faute de parvenir à déduire de son propre fond ce qui est positif, elle y voit le signe de sa limitation, d'une finitude qui contrarie son aspiration à s'identifier à la réalité. Sous sa forme positive, la religion chrétienne par exemple « pose comme principe de la vie et des actions la représentation de quelque chose d'objectif qui ne peut devenir subjectif<sup>40</sup> ». Suspendue à la transmission apostolique de la parole du Fils de Dieu et du témoignage sur ses œuvres, elle implique « des sentiments qui sont plus ou moins imprimés par contrainte (*gewaltsam*) dans les âmes ; des actions qui sont l'effet d'un commandement (*Befehl*) et le résultat d'une obéissance (*Gehorsam*) et sont accomplies sans intérêt direct<sup>41</sup> ». Comment la raison pourrait-elle en effet se satisfaire de suivre des prescriptions uniquement fixées par l'histoire, comme celles qui s'attachent en général à la vie mondaine du Christ et aux miracles qui, d'après plusieurs traditions, l'auraient ponctuée ? Pour pouvoir soulever la question de la moralité, la raison pratique devrait-elle au préalable avoir déterminé

<sup>39</sup> Hyppolite, *Introduction, op. cit.*, p. 41-49.

<sup>40</sup> « Fragment über Moralität und Religion », in *Hegels Theologische Jugendschriften*, éd. Hermann Nohl, Tübingen, Mohr, 1907, p. 374 ; cité et traduit par Gérard Lebrun, p. 38.

<sup>41</sup> « Die Positivität der christlichen Religion », in Nohl, *ibid.*, p. 139, cité et traduit par Hyppolite, *Introduction, op. cit.*, p. 43.

l'identité historique du scripteur des Évangiles ? Faudrait-elle qu'elle dispose du bon stemma de la Septante<sup>42</sup> ? Une religion entièrement dépendante de considérations historiques de ce genre, hybride de foi et d'érudition, risque de ne pouvoir donner lieu ou bien qu'à une superstition, ou bien qu'à un système autoritaire de contrainte disciplinaire. Ces deux contrefaçons sont d'ailleurs compatibles. Du premier côté, c'est Voltaire dénonçant « l'esprit faux » de ceux qui reçoivent sans examen les fables colportées par les religions positives, ironisant sur le « Siamois qui croit fermement aux métamorphoses de Sammonocodon » et sur le Turc « persuadé que Mahomet a mis la moitié de la lune dans sa manche<sup>43</sup> ». De l'autre côté, c'est la fulmination de Sade contre « l'orgueil, la tyrannie, le despotisme des prêtres, vices toujours renaissants dans cette horde [hostile aux valeurs] de liberté et d'égalité<sup>44</sup> ». Une religion purement positive, dévergondée de toute attache rationnelle, finirait marquée par ces deux vices complémentaires : l'esprit faux et le despotisme.

En matière juridique, Kant avait pourtant apporté toutes les explications utiles à justifier que la raison se soumette aux ordres historiques du souverain. La raison par là semblait s'accommoder de la positivité historique. Mais ces explications, parce qu'elles demeuraient extérieures, ne délivraient la possibilité d'aucune *conciliation* véritable. La justification qu'elles apportaient au consentement à l'histoire restait abstraite et purement formelle. Indéterminée, la doctrine du contrat social n'offrait qu'une légitimité générique aux commandements particuliers du souverain. La force d'obligation qu'elle reconnaissait à ceux-ci avait même si peu de rapport à leur contenu particulier, que le philosophe devait renoncer à fonder en raison le droit de résister à l'ordre injuste. De même, à propos de la positivité du christianisme, Kant se contentait d'apporter une résolution extérieure au conflit des Facultés de théologie et de philosophie. Il affirmait que :

Die Zeugnisse der Schrift sollen auch nicht die Wahrheit dieser [Christen-] Lehren bestätigende historische Beweisgründe sein [...] sondern bloss Beispiele der Anwendung der praktischen

---

<sup>42</sup> La philologie nomme *stemma codicum* la représentation graphique de la tradition d'une œuvre, sous forme d'arborescence régressive, depuis les diverses familles de ses sources témoins jusqu'à sa source archétypique, le plus souvent perdue ou supposée.

<sup>43</sup> Voltaire, « L'Esprit faux », in *Dictionnaire philosophique. La Raison par l'alphabet*, Genève, Cramer, 1769, p. 265.

<sup>44</sup> Donatien Alphonse François de Sade, « Français, encore un effort », in *La Philosophie dans le Boudoir ou les Instituteurs immoraux*, Paris, Folio-Gallimard, 1976, p. 188.

Vernunftprinzipien auf Fakta der heiligen Geschichte, um ihre Wahrheit anschaulicher zu machen.

Les témoignages de l'Écriture ne doivent pas être des preuves historiques, pour *confirmer* la vérité [des enseignements chrétiens], mais seulement des exemples de l'application des principes de la raison pratique à des faits de l'Histoire sainte, pour rendre la vérité de ces principes plus manifeste<sup>45</sup>.

Alors la dimension proprement positive de la religion chrétienne — celle qui s'adosse au simple fait historique de la tradition — est amoindrie. La foi ne doit pas chercher à s'appuyer sur les « conjectures manquées » en quoi consiste souvent la philologie. Il faut qu'elle reflète la vie intérieure de la raison, qui trouve dans les écritures historiques de simples *exemples* (*bloss Beispiele*) utiles à l'édification. Si la Bible est d'origine divine, cela s'aperçoit à sa capacité d'éveiller dans les cœurs le sentiment des « lois de la religion rationnelle », plutôt qu'à travers aucune considération proprement historique. À la propension du théologien à transformer la Bible en « Code de la Révélation », c'est-à-dire en ensemble de « prescriptions religieuses statutaires<sup>46</sup> » répond le témoignage du mystique, qui indique la possibilité d'une foi chrétienne sans culte ni code, émanant tout entière d'une « loi intérieure » « habitant en nous depuis l'éternité<sup>47</sup> ».

Ainsi l'éternité à quoi est rivée la raison se distingue-t-elle de l'histoire positive sans toutefois s'opposer à elle. Son regard tourné tour à tour à l'extérieur et au dedans, vers le ciel étoilé ou vers la loi morale<sup>48</sup>, le philosophe remarque incidemment dans l'histoire, ici et là, quelques *exemples* de rationalité. À la rigueur, même la trajectoire des planètes, en témoignant de certaines régularités, n'offrirait qu'un exemple parmi d'autres d'une exigence éternelle et primordiale de la pensée,

---

<sup>45</sup> *Streit*, p. 37 ; tr. fr. p. 82.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>47</sup> *Streit*, *op. cit.*, tr. fr. p. 90. Rappelons « toutes les sortes de mystiques, de visionnaires, d'imitateurs du cordonnier de Görlitz [i.e. Jakob Boehme] » qui « associaient le refus [des piétistes allemands] de croire à toute Église visible à l'espoir d'un commerce expérientiel, extatique ou prophétique avec la lumière divine », Leszek Kolakowski, *Chrétiens sans Église. La conscience religieuse et le lien confessionnel au XVII<sup>e</sup> siècle*, tr. fr. Anna Posner, Paris, NRF-Gallimard, 1987, p. 623. Il est remarquable que la mystique religieuse, plutôt qu'aucune leçon théologique, serve de point d'appui à la philosophie kantienne de la religion naturelle. Citons encore la définition que saint Thomas donne de la mystique comme *cognitio Dei experimentalis* — où l'expérience est personnelle et ne dépend précisément de la médiation d'aucune écriture (cité par Gershom Scholem, *Les grands courants de la mystique juive*, Paris, Payot, 1994 [1946], p. 16).

<sup>48</sup> On se souvient des deux réalités capables d'émerveiller le philosophe : « *Der bestirnte Himmel über mir, und das moralische Gesetz in mir* », in Kant, *Kritik der Praktischen Vernunft*, Leipzig, Meiner, 1922, p. 205.

comme celle que les phénomènes répondent à des lois et s'inscrivent dans des rapports de causalité. En matière juridique, Kant peut bien remarquer que le droit romain prévoyait d'aménager la succession du patrimoine du défunt vers l'héritier. Mais cette remarque vaut *en passant* : elle ne fournit rien de plus à ses yeux qu'un exemple dont la contrepartie archétypique, en même temps que l'ensemble du droit rationnel, « habite en nous depuis l'éternité ». Ce qui compte est le lien particulier d'illustration qui va parfois, le cas échéant, de la raison à l'histoire. Celles-ci, ici ou là, se répondent l'une à l'autre, comme lorsque l'événement de la prise de la Bastille, « témoigne (*beweist*) de la tendance morale du genre humain<sup>49</sup> » à progresser vers le bien. Mais en aucun cas le mot *beweisen* ne peut ici signifier « prouver », comme l'a cru Jean Gibelin. Plutôt qu'à des *preuves historiques* (« historische Beweisgründe ») il ne renvoie qu'à des *simples exemples* (« blosse Beispielen »), comme ceux que les récits bibliques offraient « de l'application des principes de la raison aux *Fakta* de l'histoire sainte<sup>50</sup> ». Pas plus que l'histoire sainte, l'histoire profane ne passe *intellectuellement* pour rien d'autre que pour un réservoir d'exemples, utiles à illustrer un principe rationnel — et dont la mention ne doit servir au philosophe qu'à des fins qu'on pourrait dire protreptiques, exactement comme les éléments de l'histoire sainte servaient au pasteur à des fins d'édification, pour « rendre plus manifeste » les principes de la morale rationnelle<sup>51</sup>.

Hegel au contraire demande si le consentement de la raison à l'autorité de l'histoire, et sa disposition pour ainsi dire à supporter de ne pouvoir reconduire celle-ci à la sienne, ne connaît pas une certaine limite. Jusqu'à quel point ce consentement, cette disposition vont-ils *tenir* face à « l'instinct de la raison » ? Si l'histoire compose au mieux un pêle-mêle d'*exemples* d'application des principes rationnels, au pire une série indéfinie de masques qui sonnent le creux — c'est-à-dire une masse de contenus empiriques dépourvus de toute rationalité propre — que signifie le fait de devoir la traverser ? Jusqu'à quel point le marin s'accommodera-t-il d'acquiescer le *God's pence*

---

<sup>49</sup> *Streit*, p. 45 ; tr. fr., p. 100.

<sup>50</sup> L'expression de « confirmation empirique » employée à ce propos par Bernard Bourgeois me paraît équivoque elle aussi (Bernard Bourgeois, « Histoire et droit chez Kant », *Revue germanique internationale*, 6, 1996, p. 91-100, p. 92).

<sup>51</sup> Quant à la possibilité de « prédire au genre humain » son avenir politique, en s'appuyant « même sans esprit prophétique » sur le « signe » des événements révolutionnaires (*Streit*, tr. fr. p. 104), on peut soutenir qu'elle se conçoit encore à l'intérieur du vis-à-vis sans contact de l'éternité et de l'histoire, où du moins de ce rapport extérieur qui fait de l'histoire *a priori* kantienne, selon l'expression de Koselleck, un « organe exécutif temporalisé de la moralité » (Reinhart Koselleck, « Du caractère disponible de l'histoire », *Le Futur Passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, tr. Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock, Paris, Éditions de l'EHESS, 2000 [1979], p. 239).

en passant le pont de Londres, si sa raison comprend qu'il n'existe en nature aucun fondement substantiel à faire de lui le destinataire de cette taxe ? Plus généralement, comment attribuer une quelconque consistance à l'expérience historique ? À supposer qu'il existe quelque chose comme une « expérience historique<sup>52</sup> », il faut qu'elle soit l'expérience douloureuse de butter sur ce seuil. De même que la positivité religieuse donne lieu à des sentiments « imprimés par contrainte dans les âmes », de manière plus générale la positivité risque d'apparaître à la raison comme un autre en quoi elle échoue à se reconnaître. Si elle admet devoir s'y conformer par l'entremise d'une explication générique — comme celle du contrat social — elle ne peut épouser cette obligation qu'à la manière d'une contrainte extérieure, sans y trouver aucun « intérêt direct ». Or c'est bien cette insatisfaction qui, portée à son comble, indique la voie par laquelle la raison et l'histoire vont devoir redéfinir leurs rapports et se transformer du même coup l'un par l'autre.

Rapportée à la conscience, l'insatisfaction devant les particularités du mouvement historique s'incarne en premier lieu dans un malheur primordial. Il appartient en effet à la nature même de la conscience, d'éprouver son enfoncement dans l'existence temporelle comme une disgrâce, qui contredit le sens de son aspiration profonde au repos. Son « désir le plus intime », selon la formule de Goethe, la porte vers l'infini ; or en se sachant soumise à ce désir — car la conscience se définit par cette capacité réflexive à se savoir elle-même — elle saisit le contraste qui existe inévitablement entre la perfection *idéale* qu'elle désire et l'imperfection *réelle* qui suscite précisément ce désir. Il en résulte un sentiment de vanité dans lequel la conscience est portée à s'abîmer. Des deux côtés, la conscience est « empêtrée dans la confusion (*verwirrend*)<sup>53</sup> ». Incapable de décider s'il vaut mieux pour elle tenir ferme au plus intime de ses désirs ou se résoudre à y renoncer, du moins sent-elle, perdante des deux côtés, que « la vie telle qu'elle s'offre à elle n'est pas la vraie vie<sup>54</sup> ». Ainsi donc l'histoire ou ce que nous nommons *histoire* livre la conscience à un désespoir cardinal, ou bien de se savoir chue de l'Éden originel ou bien de devoir constater que les Temps ne sont pas encore achevés. Car comme dit Augustin, « notre récompense,

---

<sup>52</sup> Jean Hyppolite a bien remarqué l'extension que Hegel faisait subir au terme philosophique d'expérience, en lui faisant recouvrir non seulement le domaine de la réception des impressions sensibles (au sens de l'empirisme écossais par exemple) mais également celui de « l'expérience éthique, juridique, religieuse » c'est-à-dire de l'histoire, *Genèse et structure de la phénoménologie de l'Esprit de Hegel*, Paris, Aubier-Montaigne, 1946, p. 14.

<sup>53</sup> PhG, tr. fr. t. I, p. 176.

<sup>54</sup> Jean Hyppolite, *Genèse et structure, op. cit.*, p. 187.

qui doit être immuable et éternelle (*inconcussa et aeterna*), ne peut se trouver dans des choses sujettes au devenir et au cours du temps<sup>55</sup> ».

Toutefois, pour rendre un compte plus précis de ce malheur, il est remarquable que Hegel ne recoure pas en premier lieu au langage transcendant de la Providence — ni à la promesse eschatologique d'une remise de peine et d'une béatitude assimilées à la jouissance de Dieu (*fruitio Dei*) au-delà du tombeau<sup>56</sup>. Sans évoquer ni la chute originelle ni la venue d'une fin des Temps réparatrice, il oppose plutôt l'un à l'autre le caractère *immuable* qui désigne l'objet du désir de la conscience au *mouvement* qui appartient à son enfoncement dans l'histoire positive. Ce qui déchire la conscience, le véritable chef sous lequel son malheur voit le jour, c'est d'apercevoir le contraste entre la liberté *immuable* à laquelle elle aspire et l'expérience du caractère *singulier* de sa propre vie. Voici par où l'histoire et la raison s'opposent l'une à l'autre. Loin de se refléter d'aventure, épisodiquement, elles se contredisent, et cette contradiction fait le malheur de la conscience. Avec le sage stoïcien — celui-là même qui concevait un *droit naturel* en miroir du droit positif — la conscience voudrait « se libérer de toutes les situations déterminées qui se présentent<sup>57</sup> », n'être dans la cité ni maître, ni esclave, accéder « au repos de l'unité (*zur Ruhe der Einheit*) ». Mais cette impulsion vient se briser contre la « conscience de la vie », qui « est seulement la douleur (*Schmerz*) au sujet de l'être-là de la vie même<sup>58</sup> ». Cette douleur n'est pas tant le résultat d'une malédiction qui frapperait l'existence humaine en général, ni d'un châtement tombé sur un peuple élu, encore moins le soleil noir d'une mélancolie abattue sur l'individu de génie. Elle est l'expression d'un désarroi proprement métaphysique, qui tient à ce que « rien n'est jamais assez quelque chose<sup>59</sup> ». C'est cette circonstance, si l'on peut dire, qui fait que l'« ascension vers l'immuable (*Erhebung zum Unwandelbaren*)<sup>60</sup> » se paye pour la conscience d'un

---

<sup>55</sup> « Non enim merces nostra, quae inconcussa et aeterna esse debet, in rebus volubilibus et temporalibus collocanda est », *De Sermone Domini in monte*, I, 5-15, in *Opere di Sant'Agostino*, t. X/2 *Opere esegetiche*, Rome, Città Nuova, 1997, p. 98.

<sup>56</sup> Sur la béatitude comme remise de peine, Ép. Rom., 4, 6-9 (μακάριοι ὧν ἀφέθησαν αἱ ἀνομίαι ; *beati, quorum remissae sunt iniquitates*) ; sur la *fruitio Dei* comme jouissance réservée aux élus au Royaume de Dieu, par exemple Dante, *Banquet*, II, IV, 10.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> PhG, p. 145 ; tr. fr. t. I, p. 178.

<sup>59</sup> Louis Aragon, *op. cit.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

déchirement. En s'efforçant de s'élever vers lui, elle découvre que « l'immuable qui entre [en elle] est en même temps touché par l'existence singulière<sup>61</sup> ».

Voici le choc que recherchait Hegel. Si l'immuable apparaît « touché par l'existence singulière » ; de l'autre côté l'existence singulière se révèle tourmentée par l'impossible élévation à l'immuable. Mais alors leur *différence* change de signification : elle reçoit désormais un sens spéculatif. C'est que chacun des termes se noue à l'autre, comme nous avons vu que se nouaient en général l'identité et la différence. Le malheur de la conscience n'est pas une fatalité métaphysique, ni le signe d'une chute dans un monde qu'il faudrait pouvoir quitter. Comme l'écrit Hyppolite, « le malheur de la conscience c'est la contradiction<sup>62</sup> ». Loin de constituer de simples vicissitudes psychiques, le déchirement et le malheur recèlent donc une vérité, c'est-à-dire en premier lieu un sens logique : celui de mettre en présence des termes qui se *contredisent*. Or voilà le résultat du monisme hégélien : c'est que sous cette forme logique, et non plus eschatologique, de la contradiction, la « différence » est promise à se résorber. Relativisée, il faut nécessairement qu'elle s'efface dans l'unité supérieure d'un « mouvement qui se replie en soi-même », capable de la contenir comme une expression momentanée de soi.

Ainsi Hegel peut conclure que la conscience malheureuse, doublée entre sa projection dans l'immuable et sa conscience de la vie :

erfährt eben dieses Hervortreten der Einzelheit AM Unwandelbaren und des Unwandelbaren AN der Einzelheit. [...] Denn die Wahrheit dieser Bewegung ist eben das Einssein dieses gedoppelten Bewusstseins.

fait justement l'expérience de cette naissance de l'existence singulière au sein de l'immuable et de cette naissance de l'immuable au sein de l'existence singulière [...] car la vérité de ce mouvement est précisément *l'être-un* de cette conscience doublée<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> « Ist ebendadurch zugleich von der Einzelheiten berührt », *Ibid.* À dire vrai, la spéculation hégélienne semble toute faite pour autoriser la réduction du catéchisme chrétien à quelques principes logiques élémentaires. Ainsi Bakounine explique-t-il sans difficulté la « constitution du christianisme » par la dialectique du devenir qui inaugure la Grande logique, telle que nous l'avons exposée plus haut : « L'Être effectivement existant, le monde réel, était considéré désormais [par les premiers chrétiens] comme le néant ; et le produit de la faculté abstraite de l'homme, la dernière, la suprême abstraction, dans laquelle cette faculté, ayant dépassé toutes les choses existantes n'ayant plus rien à dépasser, se repose dans la contemplation de son vide et de son immobilité absolue ; cet abstractum, le vrai néant, Dieu, est proclamé le seul Être réel, éternel, tout-puissant. Le Tout réel est déclaré nul, et le nul absolu, le Tout », Michel Bakounine, *Dieu et l'État*, Genève, Imprimerie Jurassienne, 1882, p. 88.

<sup>62</sup> *Op. cit., ibid.*

<sup>63</sup> PhG, *ibid.*

Voici l'effet thématique du monisme hégélien. Celui-ci veut faire sens du contact de l'immuable et du positif, de l'éternel et du transitoire. L'un et l'autre « prennent naissance » au sein de leur contraire, pour s'inscrire dans un *unique* devenir commun. En termes phénoménologiques, la conscience découvre que la scission appartient constitutivement à sa nature. En termes spéculatifs, l'histoire et la raison peuvent se *concilier* : c'est-à-dire non pas seulement se faire écho au gré d'emboîtements passagers, extérieurs et formels ; mais s'entr'appartenir intimement l'un à l'autre, comme « l'être-un d'un devenir doublé ». Alors la raison pourra se retrouver elle-même dans la richesse de l'histoire, et il sera possible de concevoir quelque chose comme une *expérience* proprement historique.

### **Le grand malentendu**

Inévitablement, la promesse de cette conciliation implique une transformation réciproque des deux termes. Contaminés l'un par l'autre, entrés en « contact » mutuel, il faut que la raison s'historicise, et que l'histoire se rationalise — que l'immuable devienne fugitif, et que le fugitif en quelque façon s'immobilise. Mais comment faire sens de ce croisement ?

Pour ce qui concerne le concept de raison, nous avons déjà remarqué un premier aspect de son inflexion. En refusant que la raison apparaisse comme une simple faculté de l'esprit, Hegel souhaiterait la concevoir comme l'une des chrysalides de cette « réalité » (*Wirklichkeit*) qui avance inquiète à la conquête d'elle-même. En tant que moment du développement unitaire de l'esprit, la raison se voit assignée une fonction singulière. Plutôt que de fournir un *moyen* de contempler l'être des choses ou que de constituer un « pouvoir de juger de façon autonome<sup>64</sup> », la raison vient *couronner* l'accomplissement de la réalité. En ce sens, elle ne se rapporte plus à l'histoire comme la faculté psychologique à travers laquelle l'homme, à la manière d'un spectateur, devrait tirer un *sens* du cours des événements dans lesquels il est pris, ni même tenter d'en dégager les causalités ou d'en tirer les leçons. Plus profondément, la raison apparaît comme la *pièce* d'un processus métaphysique global, qui conduit la réalité à s'organiser elle-même. À travers la philosophie, qui n'est rien

---

<sup>64</sup> Selon la définition que Kant dans le *Streit* donne de la raison, *op. cit.*, tr. fr. p. 27.

d'autre qu'un savoir « qui n'a pas besoin d'aller au-delà de soi-même<sup>65</sup> », la raison découvre qu'elle est elle-même le *terme* d'un processus historique, et que l'histoire en général est *son* histoire — l'histoire de son propre accomplissement.

Ce changement de perspective ne peut manquer de jeter un jour nouveau sur la positivité en général, et la positivité juridique en particulier. Alors que le droit naturel égrenait les « lois immuables » inscrites « de toute éternité » dans la raison naturelle, Hegel nous explique que cette raison immobile doit « naître au sein de l'existence singulière ». Mais alors une nouvelle étape est franchie dans le mouvement qui depuis Kant aura porté à briser le parallélisme que la tradition avait fait courir entre les lois immuables de la raison et les lois arbitraires apparues dans l'histoire.

Dès son article de jeunesse sur *Les manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, Hegel confronte ainsi l'attitude rationaliste propre en général à la philosophie pratique du XVIII<sup>e</sup> siècle — du *jusnaturalisme* classique jusqu'à Kant compris — aux « sciences positives du droit », qui prennent en charge le maniement des normes de droit positif. Cette mise en regard procède exactement du parti-pris spéculatif de laisser la raison et l'histoire « s'affecter » l'une par l'autre. Aux projections atemporelles d'un appareil « immuable » de normes rationnelles s'oppose donc la « positivité » des normes qui régissent effectivement la vie des peuples. Or de même que la conscience malheureuse avait souffert de se savoir scindée entre son aspiration au « repos de l'unité » et son enfoncement particulier dans l'existence ; de même ici la raison *souffre* de ne pas toucher l'histoire. En se déployant sous la forme immaculée des prescriptions du droit de nature, « l'idéal [en effet] ne parvient pas à la réalité ».

Bien que dans cette raison pratique, l'idéal et le réel soient identiques, le réel demeure pourtant absolument opposé ; ce réel est posé, essentiellement, en dehors de la raison, et c'est seulement dans la différence à l'égard de lui qu'est la raison pratique<sup>66</sup>.

Ces lignes résonnent de toute l'attaque contre la raison-faculté. Certes, Kant a compliqué l'exercice effectif de la pensée juridique, en flanquant les tribunaux civils d'un tribunal de la raison, depuis lequel les affaires juridiques pouvaient être

---

<sup>65</sup> « [Der] nicht mehr über sich selbst hinaus zu gehen nötig hat », PhG, introduction, p. 62 ; tr. fr. t. I, p. 71.

<sup>66</sup> Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, tr. fr. Bernard Bourgeois, *Des manières de traiter scientifiquement du Droit naturel*, Paris, Vrin, 1972, p. 31.

examinées librement, d'après leur conformité à la raison naturelle. En ceci, nous l'avons vu, il introduisait, en puissance tout au moins, un élément de conflit, par où la raison pouvait réclamer de se mêler indirectement des réalités du commerce juridique. Mais comme nous l'avons vu également, la forme du *procès* implique d'interrompre provisoirement le cours des choses. Dans le procès, dit Satta, l'action « se replie sur elle-même » ; et le juge nécessairement se détache, en tant que *tiers*, de la position de plain-pied qui appartient aux acteurs<sup>67</sup>. Cela indique assez l'extériorité entre les avis que rend le tribunal de la raison — et notamment le partage qu'il opère entre les normes rationnelles et les normes historiques, la règle de la transmission patrimoniale d'un côté ; la règle du nombre de témoins nécessaires à la formation d'un testament de l'autre — à l'égard de l'histoire effective. Quoique la raison devienne elle-même une source de production normative — et c'est à quoi songe Hegel en écrivant que pour la raison pratique « l'idéal et le réel sont identiques » — sa production n'en continue pas moins à planer autour du réel, sans le toucher directement ni se laisser toucher par lui, y compris en particulier lorsque ce « réel qui est posé » (*gesetzt*) en dehors d'elle-même se confond avec les *leges* du droit positif (*Gesetz*).

Il n'en faut pas davantage pour contrarier l'instinct de la raison. Pour lui « was nur *sein soll*, ohne zu *sein*, hat keine Wahrheit » : ce qui seulement *doit être*, sans *être*, ne possède aucune vérité<sup>68</sup>. Mais alors comment la raison peut-elle accepter que ce qui pour elle est *réel*, ne soit réel que *pour elle* ? Si par exemple sa propre nature l'amène à se figurer l'égalité des conditions comme une loi naturelle, comme l'expression d'une nécessité qui appartient de toute éternité à la nature des choses, comment peut-elle concilier la représentation de la nécessité qu'elle prête à cette loi, avec l'expérience du fait que les droits positifs la contredisent ? Elle ne peut le faire qu'en consentant à limiter l'étendue de son empire sur l'être, en se recroquevillant dans un *devoir-être* de principe — quitte à le rétro-projeter dans un âge d'or mythique. Certes, une telle limitation lui permettra de maintenir ferme le caractère immuable qu'elle tient à prêter à ses lois. Mais en se montrant incapable de « naître dans l'existence singulière », les prescriptions de la raison révèlent une finitude qui heurte leur principe même. Quoique les droits universels de la raison n'inspirent pas à Hegel

---

<sup>67</sup> Cela explique la culture traditionnelle de réserve, voire d'ascétisme et d'austérité, qui fut longtemps à l'honneur chez les magistrats français de même que chez les militaires. (Jean-Pierre Mounier, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 20-30).

<sup>68</sup> PhG, *op. cit.*, voir *supra*, p. 106.

cette hostilité qui sera l'apanage des penseurs de la réaction, d'Edmund Burke à Joseph de Maistre, bien qu'il acquiesce sans réserve aux principes qui sont exprimés dans ces droits universels ; il déplore néanmoins qu'ils restent détachés de l'expérience, comme s'ils devaient se borner à refléter certaines projections rationnelles dans le ciel des idées, sans devoir infiltrer le cours même des choses.

À cette limite intrinsèque de la notion des droits naturels, répond l'imperfection de la notion qui lui est symétrique : la notion de droits positifs dépourvus de caractère rationnel substantiel. Tout comme la raison doit pouvoir s'étendre dans l'être, il faut que les droits historiques puissent présenter quelque dimension rationnelle propre. C'est ce qu'affirment avec force les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*), publiés en 1821<sup>69</sup> :

Dass das Naturrecht oder das philosophische Recht vom positiven verschieden ist, dies darein zu verkehren, dass sie einander entgegengesetzt und widerstreitend sind, wäre ein grosses Missverständnis.

Certes, le droit naturel ou le droit philosophique est différent du droit positif. Mais ce serait se méprendre gravement que d'en conclure qu'ils sont opposés l'un à l'autre et se contredisent<sup>70</sup>.

Ce n'est pas seulement qu'il sera *possible* au philosophe de déduire de la raison naturelle telle ou telle typologie de droit positif, comme lorsqu'il fera par exemple dériver d'un principe conceptuel la différence formelle du contrat de location (*locatio conductio*) et du louage de service (*locatio operae*)<sup>71</sup>. D'abord, cette sorte de déduction se rencontrait déjà, plus ou moins explicitement, dans la tradition du jusnaturalisme classique : comment nier que Grotius ait transcrit dans son droit

---

<sup>69</sup> Il existe de nombreuses éditions de cette oeuvre, sur la Hegel s'appuya pour délivrer un cours à l'Université de Berlin, dont il reste par ailleurs une série de remarques orales. L'édition la plus complète est celle de K. H. Ilting, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 4 vol., Stuttgart, 1974, dont le deuxième volume (*Die Rechtsphilosophie von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825*) donne le texte publié en 1821 à Berlin. Parmi les quatre traductions du texte qui sont disponibles en français, on peut se référer à celles de Robert Déathé, *Principes de la philosophie du droit en abrégé*, Paris, Vrin, 1975 et de Jean-François Kervégan, Paris, PUF, 2003. J'utilise pour ma part l'édition originale : *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1821 et sauf indication contraire la traduction de R. Déathé.

<sup>70</sup> GPR, *op. cit.*, § 3, p. 7 ; tr. fr. p. 64.

<sup>71</sup> GPR, § 80 ; tr. fr. p. 132.

naturel des éléments de droit positif romain<sup>72</sup> ? Nous avons également indiqué comment Kant retrouvait en sous-main, dans sa *Rechtslehre*, des éléments appartenant à l'histoire du pur droit positif, comme le *ius in corpus* du droit canon du mariage<sup>73</sup>. Qui plus est, pour que ces recoupements puissent démentir l'idée d'une opposition entre le droit philosophique et le droit positif, encore faudrait-il qu'ils répondent à un principe structurel, de sorte qu'il ne tienne pas simplement d'un hasard ponctuel que les deux ensembles soient sécants ou qu'ils fournissent quelques *exemples* l'un de l'autre. Il s'agirait au contraire de pouvoir penser *positivement* leur unité, comme « l'être-un d'un devenir clivé ».

Mais alors, s'il faut lever le grand malentendu (*grosses Missverständnis*) qui fait barrage à la compréhension d'une unité de ce genre, rien ne retient plus le philosophe de scruter le détail des droits positifs. Il n'obtient pas seulement, comme chez Kant, un droit de regard « perpendiculaire » à la science juridique, pour interroger les sources des « connaissances » normatives, et repérer en passant la coïncidence de telle ou telle disposition de droit positif avec le droit éternel de la raison. Bien au-delà de ces incursions fugitives, le fait que les traditions juridiques

veillent trouver leur applicabilité dans le monde effectif, [...qu'elles] se rapportent à des systèmes individuels de constitutions et de législations existantes [...et qu'elles] appartiennent à un peuple déterminé ainsi qu'à un temps déterminé ne détermine aucune différence les excluant nécessairement de la philosophie<sup>74</sup>.

Il ne saurait s'agir de répandre dans les têtes philosophiques la « curiosité » de l'histoire, ni de les encourager à dresser l'oiseuse comparaison des faits historiques avec « l'idée absolue<sup>75</sup> ». Plutôt, Hegel avance une notion du droit en général, qui tend à le rendre indissociablement positif *et* philosophique. Aucune différence de principe ne doit plus pouvoir s'imposer entre la raison et le *fait* de l'inscription d'un

---

<sup>72</sup> Pour une démonstration ponctuelle de la prégnance du droit romain chez Grotius, voir, outre l'ouvrage de Benjamin Strauman, *Hugo Grotius und die Antike*, Baden-Baden, Nomos, 2007, Robert Feenstra, « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence. Its Origins and its Influence in Civil Law Countries until modern Codifications », in E.J.H. Schrage (éd.), *Negligence. The comparative legal History of the Law of Torts*, Berlin, 2001, p. 129-172 ; M. Van Ittersum, « Dating the Manuscript of De Jure Praedae (1604-1608) : What Watermarks, Foliation and Quire Divisions Can Tell Us About Hugo Grotius' Development as a Natural Rights and Natural Law Theorist », *History of European Ideas*, 35 (2009), p. 125-193.

<sup>73</sup> Voir ci-dessus, note 6 p. 102.

<sup>74</sup> *Naturrecht*, *op. cit.*, tr. fr. p. 85.

<sup>75</sup> *Ibid.*, tr. fr. p. 15.

droit donné dans l'histoire et la géographie singulière d'un peuple. Au contraire, le droit de la raison *est* la série des droits en vigueur, et il n'y a pas de droit qui ne soit le droit d'un peuple aux prises avec l'histoire.

## Chapitre 4

### Deux Royaumes

#### La positivité selon le contenu

Voici donc l'une des premières thèses sur lesquelles s'appuie Hegel pour ménager la conciliation qu'il appelle de ses vœux. C'est que le droit n'est pas seulement positif « par la forme (*durch die Form*) », c'est-à-dire « par le fait d'être en vigueur dans un État », selon la définition d'usage — mais également « selon son contenu (*dem Inhalte nach*) », à la fois par l'ensemble des dispositions de détail qui permettent de « prononcer des jugements effectifs dans les cours de justice<sup>1</sup> » et « par le caractère national particulier d'un peuple ». Nous retrouvons ici l'affirmation de l'article de jeunesse sur le droit naturel. Le droit positif a ceci de particulier qu'il *veut* s'appliquer dans le monde effectif — en conséquence il englobe tous les dispositifs réglementaires, procéduraux, jurisprudentiels requis pour le rendre « applicable » en réalité ; en outre la perspective de cette application engage « l'existence singulière » d'un peuple déterminé, à une époque déterminée de son histoire.

L'affirmation du « caractère national » des systèmes de droit positif tranche nettement avec l'idée cosmopolite d'un droit rationnel éternel. Aux yeux de Hegel, précisément, elle apporte à la raison l'occasion de « perdre son caractère abstrait et devenir adéquate à la richesse concrète de la vie<sup>2</sup> ». Reporté à la multiplicité des peuples historiques, à leur succession comme à leurs rapports réciproques, le concept de raison se courbe vers l'existence. Alors le premier axiome de la philosophie du droit réside en ceci, que ce sont les peuples historiques (Hindous, Babyloniens, Perses, Grecs, Germains...) et non les personnes privées, abstraitement conçues comme

---

<sup>1</sup> GPR, § 3, p. 7 ; tr. fr. p. 64.

<sup>2</sup> Hyppolite, *Introduction, op. cit.*, p. 46. Voir encore cette autre formule : « le droit éternel n'est plus un *a priori* abstrait qui s'oppose aux peuples concrets de l'histoire, il entre lui-même dans le champ des réalités contingentes ». La lecture de Jean-François Kervégan semble ici plus pondérée : « il est de l'essence abstraite et anhistorique du droit rationnel de produire et, pour ainsi dire, de livrer à l'extériorité les expressions successives de sa rationalité » (*L'Effectif et le rationnel. Hegel et l'Esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007, p. 95). En faisant du passage à l'existence une simple expression de la rationalité, conforme à son « essence anhistorique », cette lecture en effet paraît atténuer la fragmentation qui accompagne, selon la formule de Hegel déjà citée, « la naissance de l'immuable au sein de l'existence singulière ».

substrats d'une volonté libre (nous dirions « sujets de droits »), qui représentent les soutiens véritables et premiers de la vie juridique. Si le droit naturel des philosophes rationalistes avait pour contrepartie la foule indéfinie des hommes qui furent et seront jamais, le droit hégélien trouve la sienne dans la série limitée des « figures de l'Esprit du monde » que représentent les grands peuples. À l'Hadès anonyme des individus autonomes succède le Panthéon des génies nationaux. C'est pourquoi la « collision (*Kollision*) » élémentaire dont dérive la construction du système philosophique du droit n'est plus tellement celle, comme dans le droit philosophique de Kant et de Fichte, des volontés libres, conçues comme « volonté de l'individu exerçant le libre arbitre qui lui est propre<sup>3</sup> ». Là où il s'agissait pour ces penseurs de concevoir le droit rationnel comme un système de règles universelles permettant *a priori* d'assurer que la liberté des uns s'accorde à celle des autres, « la base substantielle » du concept de droit au contraire doit être placée dans « l'Esprit en tant qu'esprit vrai<sup>4</sup> », dont les porteurs réels sont les peuples eux-mêmes. À travers *leur* droit, qu'aménagent *leurs* juristes et qu'administrent *leurs* juges, les peuples de l'histoire fixent en effet leur devoir-être jusqu'à se donner *in fine* un État au sein duquel trouver leur « unité substantielle », « le but en soi, absolu et immobile, dans lequel la liberté atteint son droit le plus élevé<sup>5</sup> ».

Voici donc la manière dont l'immuable prend naissance au sein du transitoire : il se fragmente dans des peuples, eux-mêmes soumis au mouvement universel de l'histoire. En lançant périodiquement ceux-ci à la conquête les uns des autres, l'histoire mondiale se substitue aux droits de la personne humaine, comme l'épos de la guerre au rêve d'une paix perpétuelle. Plus exactement — et malgré le célèbre éloge hégélien de la guerre dont le « patriotisme insecticide » des fascismes européens sut apprécier l'utilité<sup>6</sup> — l'aspiration générale de Hegel à penser la raison comme un couronnement de l'histoire le conduit à situer les droits naturels *eux aussi* parmi l'ensemble des droits positifs, en les inscrivant dans le processus mondial qui a emporté l'apparition, la succession et le déclin d'une pluralité de génies nationaux.

---

<sup>3</sup> GPR, § 29, p. 35 ; tr. fr. p. 89.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> « Diese substantielle Einheit ist absoluter unbewegter Selbstzweck, in welchem die Freiheit zu ihrem höchsten Recht kommt », GPR, § 258, p. 242 ; tr. fr. p. 258.

<sup>6</sup> Filippo Tommaso Marinetti, *Patriottismo insetticida*, Milan, Mondadori, 1939. Sans même évoquer Ezra Pound ni Carl Schmitt, rappelons simplement le rôle de Gentile comme interprète mussolinien de la philosophie de l'histoire de Hegel.

Non pas pourtant qu'il s'agisse de retracer le récit événementiel de la proclamation des droits des nations, sur le mode narratif qui correspond à notre précompréhension du travail rétrospectif de l'historien de métier. Quoique le romantisme allemand en général puisse bien préfigurer les réflexions d'un Marc Bloch sur le besoin qu'a l'homme de « s'appréhender dans le temps<sup>7</sup> », l'histoire, avant même de se décliner sous la forme d'aucune entreprise savante, agit ici, plus profondément, comme justification, comme force de légitimation, et même comme *fons justitiae*. En tant qu'« histoire conçue (*begriffene Geschichte*) », elle est l'histoire du consentement de la raison à l'existence, qui trouve son modèle théologique dans le « calvaire (*Schädelstätte*) » du Dieu fait homme au mont Golgotha<sup>8</sup>. De même que le Père s'est incarné dans le fils, quitte à s'exposer lui-même à la mort, de même la raison « se résout à *laisser* librement aller hors d'elle-même le moment de sa particularité<sup>9</sup> ». Affrontant « l'épreuve de la contingence<sup>10</sup> », elle passe dans l'histoire ; mais transporte du même coup avec elle l'*autorité* qu'elle possédait en premier lieu sous sa forme éternelle.

Ainsi doit se comprendre l'arc que dessinent les *Principes de la philosophie du droit*. À la première extrémité de cet arc, leur préface affirme sans détour, d'une façon aussi radicale que célèbre, l'identité de la raison et du réel :

Was vernünftig ist, das ist wirklich  
Was wirklich ist, das ist vernünftig

Tout ce qui est rationnel est réel  
tout ce qui est réel est rationnel<sup>11</sup>.

Faut-il qu'on ait si peu remarqué que ce propos devait servir d'ouverture à une philosophie *du droit*, pour se persuader que la « révolution mondiale » à laquelle Hegel associait cette équivalence fût « le changement apporté par le christianisme<sup>12</sup> » ? Malgré toute l'importance que Hegel prête au christianisme en tant

<sup>7</sup> Marc Bloch, *Apologie pour l'histoire*, Paris, Armand Colin, 1949.

<sup>8</sup> C'est l'image qui refferme la *Phénoménologie de l'Esprit*, PhG, p. 531 ; tr. fr. t. II p. 313.

<sup>9</sup> Enz. WL. 1817, § 193, p. 110 ; tr. fr. p. 279. Ce passage porte sur le « passage à la vie » de l'idée, qui marque aussi l'articulation de la logique à la philosophie de la nature. La décision de la Raison de passer dans l'histoire lui est analogue ; elle la réitère à un niveau supérieur.

<sup>10</sup> Bernard Mabille, *Hegel. L'Épreuve de la contingence*, Paris, Aubier, 1999.

<sup>11</sup> GPR, préface, p. XIX ; tr. fr. p. 55.

<sup>12</sup> Selon l'interprétation d'un traducteur anglais, T.M. Knox, reprise par R. Dérathé dans la note qu'il adjoint à ce passage, *ibid.*

qu' « ultime approximation de l'Esprit absolu<sup>13</sup> », la vraie révolution *historico-juridique* consiste au contraire dans l'irruption du droit de la raison dans le temps. Lors de la bataille d'Iéna, l'Esprit du monde a grimpé sur le cheval de Bonaparte. Depuis les révolutions américaine et française jusqu'à la Monarchie de Juillet, dont le régime a repris « toutes les idées libérales que l'esprit du peuple a développé depuis la révolution [de 1789]<sup>14</sup> », la raison a fait *politiquement* irruption dans l'histoire. Certes le droit naturel n'est pas sans rapport, au moins généalogique, avec la promotion chrétienne de la liberté individuelle. Mais l'enjeu de la formule de Hegel est ailleurs : il se trouve dans la *réconciliation* du droit de la raison et de la positivité. Du philosophe, on n'attend plus qu'il construise le système du droit *in abstracto*, pour le situer « dans un au-delà qui serait Dieu sait où (*ein Jenseitiges, das Gott weiss wo sein sollte*)<sup>15</sup> ». Qu'importe qu'on le situe dans la Jérusalem céleste ou dans l'état de nature ! Seul compte que les droits *soient positivement déposés* dans l'histoire des peuples. Jusqu'aux droits éternels de l'homme et du citoyen ont été universellement *déclarés* par le peuple français<sup>16</sup>. C'est parce que cette déclaration elle aussi marque un événement de l'histoire mondiale, que le rationnel en effet, dans l'après-coup de la remémoration de l'événement, peut-être dit « réel ».

À l'autre extrémité de l'arc, nous voyons la *Philosophie du droit* se clore sur l'exposition de l'histoire mondiale (*Weltgeschichte*) comme succession de royaumes (*Reichen*)<sup>17</sup>. Ainsi le regard que pose le philosophe sur le droit révèle son sens ultime : celui de *préparer* l'interprétation de l'histoire. Encore ce terme est équivoque. On se tromperait à vouloir détacher les deux termes, en se figurant que l'histoire serve

<sup>13</sup> Gérard Lebrun, *op. cit.*

<sup>14</sup> D'après le *Nachschrift* des *Heidelberger Rechtsphilosophie-Vorlesung*, cité par Ludwig Siep, « Vernunftrecht und Rechtsgeschichte. Kontext und Konzept der *Grundlinien* im Blick auf die Vorrede », in ead. (dir.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Akademie Verlag, (Klassiker Auslegen), 2005, p. 5-29, p. 6.

<sup>15</sup> GPR, *Préface*, p. XVIII ; tr. fr. p. 54.

<sup>16</sup> Même si, comme le remarque finement Alain Boureau, le mot de « déclaration », en 1789 « s'entend non pas dans le sens d'une énonciation créative, mais en son sens ancien, commun dans l'exégèse biblique, de *mise au clair*, d'explicitation de l'implicite » (« Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval », in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*. 57, 6, 2002. p. 1463-1488, p. 1464).

<sup>17</sup> Il peut paraître surprenant que Robert Dérathé ait sciemment substitué le mot « monde » au mot « royaume », traduisant par exemple « *Das Germanische Reich* » par « le monde germanique » (p. 340). Il s'agit là, il me semble, d'un contresens qui obscurcit le sens théologico-juridique que Hegel prête à l'histoire mondiale. Les grandes civilisations mondiales valent ici dans la mesure où elles réalisent, chacune à leur manière, l'objectivation de l'Esprit dans des États particuliers, dont la série se substitue sans reste au *Reich Gottes*, c'est-à-dire au Royaume de Dieu de l'eschatologie vétéro-testamentaire. Cela explique à mon sens la difficulté soulignée par Jean-François Kervégan à utiliser le mot « empire » à propos du monde grec, tout en décourageant peut-être de dissoudre cette connotation dans une traduction plus neutre telle que « règne » (voir J.-F. Kervégan, tr. citée, p. 437).

ici à illustrer « dans un étalement de moments<sup>18</sup> » tel ou tel point de la théorie juridique. Au contraire, nous l'aurons maintenant compris, vouloir comprendre la signification d'un rapport juridique donné — tel par exemple l'idée de *servitude foncière* — c'est *ipso facto* s'exposer à plonger dans l'histoire. On ne saurait en d'autres termes surestimer l'importance de ce fait, que la *Philosophie du droit* se referme sur un *épitomè* de l'histoire du monde. Ce n'est pas verser dans « l'oblation herméneutique » que Bourdieu moquait chez les philosophes fascinés par le texte des *grands auteurs*<sup>19</sup>, que de remarquer l'importance de cette apparition de l'histoire dans les dernières pages d'un traité qui, pour la première fois en Europe, prétendit transformer le droit naturel en science de l'État. De même que le « superbe lever de soleil » de la grande révolution a fait apparaître la raison dans l'histoire, nous rapprochant du « stade ultime » de celle-ci<sup>20</sup>, aujourd'hui c'est l'histoire qui fait irruption dans le droit naturel. Mais reste encore à comprendre la nature de cette brèche, du point de vue qui nous importe ici : celui des modalités intellectuelles de l'appréhension de la positivité juridique.

### **Fractions de raison**

Au fil d'un hommage appuyé à Montesquieu, Hegel se revendique de l'*Esprit des lois* pour considérer les normes de droit positif « non pas isolément et abstraitement (*nicht isoliert und abstrakt*) », mais en relation à « l'ensemble de toutes les déterminations (*allen übrigen Bestimmungen*) » qui concourent aux destinées des peuples<sup>21</sup>. Comment penser cet emboîtement ? En quoi conduirait-il à rendre moins *abstraites* les normes positives, ou à les tirer de leur *isolement* ? À rebours de l'axiome le plus élémentaire de la pensée juridique, romaine en tout cas, qui d'après quelques grands romanistes consiste effectivement à « isoler (*isolieren*) » le droit du

---

<sup>18</sup> Voir citation ci-dessus, p. 108.

<sup>19</sup> Pierre Bourdieu, « L'ontologie politique de Martin Heidegger », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1 (5-6), nov. 1975, p. 109-156, p. 122. La formule de Bernard Bourgeois, selon laquelle « pour le hégélianisme, la philosophie du droit ne sait sa vérité que dans la philosophie finale de l'histoire », juste par elle-même, pourrait néanmoins prêter à confusion, s'il est vrai que ce qui fait irruption à la fin des *Principes*, c'est moins la *philosophie de l'histoire* que l'histoire elle-même (Bernard Bourgeois, « Histoire et droit », *op. cit.*, p. 19).

<sup>20</sup> Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, tr. J. Gibelin, Paris, 1970, p. 337 et 340.

<sup>21</sup> GPR, § 3, p. 7 ; tr. fr. p. 64-65.

non-droit<sup>22</sup>, l'exigence de cette mise en relation prend valeur d'enjeu. Flanquée de la jurisprudence — entendue comme l'appendice technique qui accompagne l'application des lois en précisant « leurs déterminations particulières » (*ihre besondern Bestimmungen*), la législation apparaît en effet, dit Hegel, comme l'un des paramètres qui « constituent le caractère d'une nation et d'une époque » (*[die] den Character einer Nation und einer Zeit ausmachen*). Cette déclaration, prise à elle seule, n'est peut-être pas des plus originales. Que les lois forment le caractère des peuples, c'était déjà l'opinion des historiens Romains, comme d'Hérodote ou d'Al-Bīrūnī, lorsqu'ils déchiffraient les mœurs des Perses, des Samnites ou des Indiens dans les lois qu'ils s'étaient données. Mais Hegel va plus loin, en assimilant les normes de droit positif à « un moment dépendant d'une totalité » (*das abhängiges Moment einer Totalität*)<sup>23</sup>. Entre les lois et « les autres déterminations qui constituent le caractère » d'une nation, le rapport doit être ici conçu comme un rapport à la fois de solidarité (*Zusammenhang*) et de dépendance.

Pour employer dans le sens que Hegel souhaite lui donner l'expression « d'esprit objectif » — qui recouvre *mutatis mutandis* le domaine de la philosophie pratique — il faudrait donc supposer que les lois (et la jurisprudence) concourent à la réalisation *objective* de l'Esprit d'une manière exactement analogue à celle dont nous avons trouvé que les facultés de l'âme (sensibilité, entendement raison) devaient concourir à sa réalisation *subjective*. Le même sens de l'*unité vivante* serait à l'œuvre, la même disposition à refuser « l'éclatement » (*Zersplitterung*). Aussi lorsque « la vraie vision historique » perçoit que les normes de droit positif sont prises dans un emboîtement qui en quelque sorte les dépasse, elle applique en réalité à leur interprétation le modèle biologique dont on a vu qu'il régissait en premier lieu la relation systématique des éléments d'une totalité organique. De même que le feuillage de l'arbre et son écorce existent l'un *pour* l'autre, la typologie des contrats de droit privé qui est en vigueur dans un peuple devrait se régler sur les « autres déterminations » de son Esprit objectif : non seulement sa *moralité*, mais aussi bien sa *vie éthique* (*Sittlichkeit*) — de manière à assurer la résistance de l'ensemble à la mort. Ce réglage, bien sûr, conserve quelque chose de mystérieux : il n'est pas question ici,

<sup>22</sup> Selon le concept du romaniste Friedrich Schultz, tiré de la définition du droit comme « Scheidungsart » par Jhering et repris par Yan Thomas dans « Mommsen et l'Isolierung du droit. Rome, l'Allemagne et l'Etat », préface à Th. Mommsen, *Droit public romain*, tr. fr. P. F. Girard, 7 vol., Paris, De Boccard, 1984, vol. 1, p. 3-48.

<sup>23</sup> Je corrige la traduction de R. Dérathé, « un élément étroitement lié à une totalité », qui efface à la fois le *moment* — or le terme n'est pas neutre — et la dépendance — plus forte qu'une simple liaison.

comme dans l'analyse économique du droit qui fut encore en vogue jusqu'à récemment, de trancher telle question juridique en s'appuyant sur le calcul de l'effet économique possible de chaque décision. Néanmoins le principe philosophique d'une *solidarité* et d'une *dépendance* entre les règles du droit abstrait et le système des besoins — c'est-à-dire de la vie économique qui constitue une composante de ce que Hegel nomme au sens large la *moralité* — apparaît clairement affiché. Le droit abstrait, la moralité et l'éthique sont les moments d'un processus qui les emporte tous les trois vers autre chose qu'eux mêmes, tout en les rendant solidaires les uns des autres.

Si ce processus est rivé au seul but de permettre à l'ensemble de résister à la mort, celle-ci prend en l'occurrence le sens très concret de l'extinction d'une civilisation, de la chute ou de la décadence d'un Empire. La vie au contraire s'identifie au rayonnement historique d'un peuple, à sa prospérité. Si par sa tournure spéculative le discours hégélien baigne dans une « lumière bizarre », de l'autre il promet une vision singulièrement terre à terre de l'histoire. Comme histoire mondiale — c'est-à-dire au sens de ce que nous appellerions plus volontiers aujourd'hui « géopolitique » ou même « relations internationales » — l'histoire apparaît comme la lutte de puissances qui se disputent la suprématie. Cet affrontement illustre la définition que la philosophie hégélienne maintient de « l'état de nature » comme « l'être-là de la force et le se faire valoir de la violence<sup>24</sup> ». L'un dans l'autre, ce curieux mélange de providentialisme romantique et d'esprit de suite militaire fournit le principe au nom duquel le droit naturel des philosophes doit basculer dans l'histoire et le droit formel des juristes sortir de son isolement.

Car le geste hégélien, de ce point de vue, est double. Dans le même temps où il « réconcilie » le droit de la raison avec la positivité juridique, il place celle-ci sous le signe d'un *processus* qui conduit à rompre l'autonomie du droit. Du premier côté, le droit abstrait, en tant qu' « homologue du droit naturel au sens reçu par la pensée moderne<sup>25</sup> », se voit déchu de son éternité. Il est pris dans une sorte de mouvement cosmique, qui le pousse à orienter la vie des peuples vers leur *destin*. La critique du droit abstrait des philosophes se précise, puisque « le droit un et universel se fragmente », afin de former « l'expression d'une certaine totalité éthique organique<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> *Enz.*, § 502, p. 488.

<sup>25</sup> Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p. 105.

<sup>26</sup> Jean Hyppolite, *Introduction, op. cit.*, p. 68.

». Le droit naturel renonce donc à l'éternité. Pour ne plus apparaître comme une unité qui « flotte au-dessus de la multiplicité, mais qui ne la pénètre pas<sup>27</sup> », il bascule dans l'histoire et il essaime, c'est-à-dire se disperse au creux d'une pluralité de droits positifs historiques. Or il est clair qu'une dispersion de cette sorte n'est philosophiquement concevable, qu'à la condition d'admettre en retour que les peuples qui sont les porteurs effectifs de cette pluralité d'ordres juridiques, soient eux-même conçus comme des « totalités ». En effet si cette condition n'était pas satisfaite, alors la fragmentation du droit éternel s'apparenterait à une dégradation, voire à une pure et simple destruction de l'idée d'un droit rationnel en général. Il deviendrait impossible de « comprendre la vérité des concepts juridiques » en remontant du droit à la métaphysique ou à la théologie<sup>28</sup>.

Aussi bien le passage du droit éternel à l'histoire — c'est-à-dire à la multiplicité — est-il *compensé* par l'emboîtement des systèmes de droit positif au sein de la vie totale des peuples. Si l'approche spéculative intègre la *positivité*, en voulant réconcilier la raison avec elle, cette ouverture trouve sa contrepartie dans l'exigence de concevoir l'ordre juridique comme le moment dépendant d'un processus plus large. Valorisée d'un côté, l'histoire du droit positif est de l'autre tirée de l'*isolement* qu'elle réclame. Car en affirmant que c'est de leur participation au processus de la vie éthique que « les lois tiennent leur véritable signification, ainsi que leur justification (*ihre wahrhafte Bedeutung, so wie damit ihre Rechtfertigung*)<sup>29</sup> », Hegel renverse la prétention native de la pensée juridique à constituer une sphère autonome. Certes, les leçons sur la philosophie du droit de Hegel donneront une place importante à l'analyse de l'*ars iuris* comme *Rechtspflege*, c'est-à-dire comme souci de prendre en charge l'« existence de la loi » (*Dasein des Gesetzes*) et l'administration empirique de la justice. Mais si fine que soit cette analyse, cette culture juridique effective n'occupe pas d'autre fonction que celle de servir de moment intermédiaire au sein de la société civile. Fondamentalement, l'*ars iuris* sert de trait d'union entre le marché et la *Polizei*<sup>30</sup>. La tutelle jurisprudentielle et législative de la propriété, par exemple,

---

<sup>27</sup> Hegel, *Droit naturel*, *op. cit.*, tr. fr. p. 24.

<sup>28</sup> Giuseppe Duso, *La Logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma, Laterza, 1999, p. 138. En quoi se marque le hégélianisme de Carl Schmitt, dont la tentative en ce sens se construira contre le positivisme juridique, associé à l'assomption philosophique de cette destruction pure et simple du droit naturel.

<sup>29</sup> GPR, § 3, *op. cit.*

<sup>30</sup> Au sein de la section consacrée à la société civile, le chapitre sur la *Rechtspflege* (§ 209-229) suit l'analyse du système des besoins (§ 189-208) et précède le chapitre sur la *Polizei* (§ 230-256).

fournit la prestation institutionnelle nécessaire à l'encadrement des échanges commerciaux, dont la *Polizei* fixera ensuite les règles particulières, notamment fiscales. Ainsi se manifeste la *solidarité* et la *dépendance* du droit positif à l'égard du processus d'ensemble qui conduit l'« esprit objectif » d'un peuple à se manifester<sup>31</sup>.

Mais comment se représenter plus exactement la solidarité du droit formel au système des besoins ou au sort des États ? La question a sous doute soulevé une myriade de réponses tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, de Hermann Heller et Jhering jusqu'à Lorenz von Stein et Marx. Pour préciser la question qui m'importe, je me contenterai simplement d'apporter quelques réflexions relatives à la conjonction de ces deux basculements du droit naturel dans l'histoire et du droit positif dans la vie éthique. Car cette conjonction, là encore, ne se comprend que si l'histoire peut fonctionner non pas seulement comme une ressource narrative, ni comme un trésor de chroniques plus ou moins attestées, mais comme un principe métaphysique de *justification*. En dernière analyse, c'est le droit tout entier qui trouve sa *Rechtfertigung* dans son implication dans l'histoire.

Il est temps d'explicitier les référents historiques des deux concepts qui nous occupent présentement. La *totalité* du peuple, c'est la face idéale de la Grèce ; le droit, c'est la face idéale de Rome. Comprenons bien la nouveauté de l'établissement de ces corrélations entre certains concepts philosophiques et l'histoire de peuples singuliers. Aucun penseur jusnaturaliste n'eût affirmé que le droit fût une *réalisation* de l'Empire romain. Certes, le droit romain a constitué l'une des sources principales de la réflexion de Grotius, Pufendorf ou Thomasius — avec les Écritures saintes et l'ensemble des sources antiques. Mais ces sources offraient à la réflexion du jusnaturaliste de simples points d'appui pour s'élever à la formulation de lois elles-mêmes *immuables* et en tant que telles incréées. N'a-t-on pas d'ailleurs amplement expliqué ici-même que l'opposition de l'immuable et du positif, chez Domat, prenait précisément le sens d'une différence quant aux modalités de création et d'extinction des lois<sup>32</sup> ? Quoique le *ius romanorum* ait été perçu comme une raison écrite (*ratio scripta*) et qu'il ait reçu par là une sorte de privilège littéraire, au point de servir dans le *ius commune*, puis dans l'*usus modernus*, de source supplétive du droit positif, la

---

<sup>31</sup> Dès ses publications de jeunesse sur la loi et le jugement, Carl Schmitt sut tirer parti de cette analyse hégélienne, bientôt déplacée sur le terrain théologico-politique : « la décision, chez Schmitt, emprunte à Hegel l'idée de « détermination » selon laquelle le droit aurait surtout pour signification de fournir une réglementation », (Olivier Beaud, préface à Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 28).

<sup>32</sup> Voir *supra*, p. 74.

*ratio* elle-même, que le génie des Romains fut de coucher par écrit, échappait à l'histoire. Les savants continuent ainsi de relever « le naturel » (*la naturalezza*) avec lequel les jusnaturalistes « [considèrent] les sources romaines comme des textes de référence y compris pour ce qui concerne la dimension philosophico-juridique<sup>33</sup> ». S'il s'agit d'une tendance *naturelle*, c'est bien qu'il ne s'agit pas du résultat d'une conception *historique*.

Au contraire dans la nouvelle philosophie de l'histoire, le droit semble référé *sans reste* à un « Royaume », autrement dit rapporté à un moment idéal de l'histoire du monde, dont l'Empire romain fut la figure réelle. De même que l'idée de la vie éthique fut développée réellement par la Grèce, de même l'idée du droit fut développée réellement à Rome. De ce point de vue le droit et la vie éthique ne se présentent pas comme des concepts *créés* par Hegel, mais bien comme des réalisations historiques. Il s'agirait de se représenter l'exercice de la philosophie non pas comme une libre création de concepts, ni comme le jeu d'une ironie subjective — selon le reproche célèbre qu'Hegel adressera aux frères Schlegel<sup>34</sup> — mais comme l'« histoire conçue » (*begriffene Geschichte*) ou encore comme la *recollection* (*Erinnerung*) de l'épanouissement global de la Raison ou de l'Esprit. Sans donner crédit à Hegel de cette prétention inouïe, l'interprète doit néanmoins tenir à l'esprit que les concepts que sa philosophie du droit mobilise (comme ceux de *Rechtspflege* ou de totalité éthique) sont essentiellement des *souvenirs*. Ils conservent la mémoire des événements qui ont ponctué l'existence de certains peuples. Plus exactement, ils réhaussent ces expériences pour élever ces événements passés à l'expression philosophique, en les inscrivant dans le cycle clos de l'histoire *conçue*.

### **La forme silencieuse**

Ainsi, le concept de « totalité éthique » porte l'empreinte du Royaume grec. La vocation historique de la Grèce classique fut de manifester la  *cité*  comme un produit singulier de la vie éthique. La cité se distingue alors en ceci qu'elle apparaît comme une totalité qui permet à ses termes de se rapporter harmonieusement les uns

---

<sup>33</sup> Antonio Padoa Schioppa (dir.), *Storia del diritto in Europa del medioevo all'età contemporanea*, Bologne, Il Mulino, 2007, p. 330.

<sup>34</sup> Sur ce point on peut voir Jeffrey Reid, *L'anti-romantique : Hegel contre le romantisme ironique*, Presses de l'Université de Laval, 2007.

aux autres, de sorte que leur appartenance à l'ensemble exprime et renforce leur nature propre. Qui saura dire si la logique des relations internes a précédé chez Hegel l'hellénisme politique, ou si c'est l'inverse qui est vrai ? La question sans doute est dénuée de sens au plan spéculatif. La grammaire logique qui permet de refléter la richesse des relations éthiques qui ont prévalu à Thèbes ou à Athènes au V<sup>e</sup> siècle av. J.-C. se confond avec le discours spéculatif par où l'histoire mondiale, parvenue à son terme, s'élèverait à la connaissance de soi. Ce qu'il s'agit de refléter, en l'occurrence, est la *belle vie éthique* qui en Grèce s'est présentée sous une forme harmonieuse. On sait combien la Grèce avait fasciné la jeune génération des théologiens allemands, notamment au *Stift* de Tübingen qu'ont fréquenté Schelling, Hölderlin et Hegel au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>35</sup>. Il n'est pas besoin de rappeler ce fil, qui court dans la culture allemande de Hölderlin à Heidegger, en passant par Nietzsche et les frères Schlegel. Contentons-nous de rappeler le principe qui attire cette attention sur la cité grecque : c'est que la vie éthique y est *heureuse et belle*.

Foyer de beauté, la Grèce classique fait en effet miroiter l'image de la communauté qui manque. Elle est cette « figure attique (*Attic shape*) », cette « forme silencieuse (*silent form*) » dans laquelle *L'ode à un vase grec* de Keats décelait le message qu'un « ami » adressait aux modernes :

‘Beauty is truth, truth beauty’ — that is all  
Ye know on earth, and all ye need to know<sup>36</sup>.

Qu'on n'imagine pas que le pouvoir d'enchantement du vase grec tienne aux seuls délices de la contemplation esthétique. Rien n'intéresse moins Keats que l'opportunité de se gorger d'un plaisir *réтинien*, pour le dire dans le langage acéré de Marcel Duchamp. Il ne s'applique pas davantage à vanter, à la manière d'un conservateur du patrimoine, le raffinement de la céramique grecque. Ici comme ailleurs, ces vers exploitent plutôt, comme l'explique John Bayley, « la différence entre les “choses qui

<sup>35</sup> Sur l'hellénisme de Hegel, Hyppolite, *Introduction, op. cit.*, p. 19 seq.

<sup>36</sup> John Keats, « Ode to a Grecian Urn », in *The Poems of John Keats*, éd. Sillinger, Harvard University Press, 1991. En persistant à morceler par nations l'approche du romantisme, à rebours de la littérature-monde (Pascale Casanova, « World-Fiction », in *Revue de littérature générale. Digest 96/2*, Paris, P.O.L., 1996) et des leçons de l'histoire croisée (Michael Werner et Michel l'Espagne, *Philologiques III. Qu'est-ce qu'une littérature nationale ? Approches pour une théorie interculturelle du champ littéraire*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1994), on risque non seulement de minimiser la dimension interlinguale de cette puissante vague culturelle (n'a-t-il pas fallu l'entremise d'un Anglais, Crabb Robinson, pour que Mme de Staël transmette en France la pensée de Schelling ?), mais de renchérir encore sur le mythe des génies nationaux qu'elle a très largement contribué à former.

sont” et les choses que l’imagination rêveuse a créées puis chéries de son propre chef<sup>37</sup> ». Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la « totalité éthique » dont la Grèce est l’emblème oscille précisément entre l’être et le rêve. Le souvenir du monde grec est-il du côté des choses qui sont ou du côté des fantaisies du vague à l’âme ? La cité grecque fut réelle ; aujourd’hui elle fait l’objet d’un souvenir rêveur. Et le « message » que le poète déchiffre à la surface du vase désigne la solidarité de ces deux dimensions.

Parus en 1819, deux ans avant que ne débutent les *Leçons sur la philosophie du droit* à Berlin, les vers de Keats préfigurent parfaitement l’affirmation hégélienne d’une « mission historique » du peuple grec<sup>38</sup>, c’est-à-dire d’un rôle que la Grèce aurait été appelée à jouer dans *l’histoire mondiale* enfin affleurée à la conscience philosophique des modernes. Car le vase grec n’est pas seulement gracieux. Il exhibe une *vérité*, c’est-à-dire une proposition qui vient directement frapper l’esprit romantique. Dans l’expérience sensible du ravissement esthétique, qui ne désigne en fait que l’enveloppe extérieur de ce choc plus profond, la « forme silencieuse » prend la parole ; elle adresse amicalement aux modernes la leçon que transcrit pour eux le poète de génie : que la beauté est vérité, et la vérité beauté. La « noble attitude (*fair attitude*) » du vase s’explique non par ses qualités plastiques, mais par la dignité de l’ambassade qu’il mène auprès de la conscience moderne.

Hegel lui aussi fait parler la cité grecque. À la prosopopée poétique, il préfère seulement la « construction [du monde disparu] sous la forme d’un royaume intellectuel (*in Gestalt eines intellektuellen Reichs*)<sup>39</sup> ». Du poète anglais au philosophe allemand les voies diffèrent, le langage et la langue aussi, bien sûr, mais ils conduisent au même but. D’abord tout comme le poète énonce la parole logée au creux de la forme silencieuse, le philosophe construit l’épure spéculative qui recueille la leçon idéale dont la Grèce, un jour, fut porteuse. Ensuite dans ce « souvenir idéal », dans cette intellectualisation rétrospective du Royaume, se rencontre le même alliage de beauté et de vérité, dont la « figure attique » constituait chez Keats la calme

---

<sup>37</sup> « The difference between “things that are” and things that the day-dreaming and self-sustaining imagination created and cherished », John Bayley, *Keats and reality*, Proceedings of the British Academy, XLVIII, Londres, Oxford University Press, 1962, p. 98-105.

<sup>38</sup> Un peuple « reçoit la mission » (Dérathé) d’accomplir le principe dont il est porteur : « Dem Volk (...) ist die Vollstreckung [des Prinzips] übertragen », GPR, § 347, p. 346 ; tr. fr. p. 336.

<sup>39</sup> GPR, préface, p. XXIV ; tr. fr. p. 58. Je modifie « reconstruction », qui chez Dérathé traduit « erbauen », par « construction », terme qui me paraît plus exact tant au plan littéral que conceptuel. Il fallait en effet que l’histoire ait atteint son terme, que la chouette de Minerve ait pu s’envoler, pour que l’idéal « s’empare » (*sich erfasst*) du monde Grec, et que ce monde parvienne à la pleine connaissance de soi.

révélation. Chez Hegel, la rencontre de la beauté et de la vérité reçoit en effet un sens éthique. Certes, les *Principes de la philosophie du droit* n'accordent qu'une mention fugitive à « la beauté et la sérénité éthique (*schöne und heitere Sittlichkeit*)<sup>40</sup> » du royaume grec, mais l'on sait que le jeune Hegel y avait davantage insisté. Quelle est alors la portée éthique de la beauté hellénique ? Pour le comprendre, il faut se reporter au concept antique du Beau (τὸ κάλον), dont Plotin notamment rappelait le lien à celui d'harmonie :

Λέγεται μὲν δὴ παρὰ πάντων [...] ὡς ἔστιν αὐτοῖς καὶ ὅλως τοῖς ἄλλοις πᾶσι τὸ καλοῖς εἶναι τὸ συμμετροῖς καὶ μεμετρημένοις ὑπάρχειν.

Il est dit chez tous [les auteurs] que [...] pour tous les corps en général, être beau, c'est être bien proportionné et mesuré<sup>41</sup>.

Plutôt que des qualités « esthétiques » au sens philosophique moderne, c'est-à-dire au sens de qualités de la sensation ou du goût, cette définition met en avant la question du rapport que soutiennent entre elles les différentes parties d'un tout, comme leur disposition réciproque et leurs proportions relatives. Ainsi la beauté d'un visage réside-t-elle par exemple dans la proportion des yeux et du nez, ou dans leur alignement, etc. Mais Plotin demande alors si ce rapport des parties au sein du tout est *cause* de la beauté. Dans ce cas, il faudrait dénier toute beauté à un être simple et isolé, comme « l'éclair que l'on voit dans la nuit » (νοκτὸς ἢ ἀστραπή ἢ ἄστρα). De même, on ne pourra voir « le même visage, avec des proportions qui restent identiques, tour à tour beau et laid<sup>42</sup> ». Au contraire l'analyse de la beauté va obliger le philosophe à concevoir une *solidarité* parfaite entre les éléments et le tout, par quoi « la beauté soit répandue sur toutes les parties » (πάντα κατειληφέναι τὸ κάλλος). Cette solidarité organique explique que la beauté du tout procède de celle des parties *aussi bien* que les parties tirent leur beauté de leur disposition au sein du tout :

Προσιὸν οὖν τὸ εἶδος τὸ μὲν ἐκ πολλῶν ἐσόμενον μερῶν ἐν συνθέσει συνετάξέ τε καὶ εἰς μίαν συντέλειαν ἤγαγε καὶ ἐν τῇ ὁμολογίᾳ πεποίηκεν, ἐπεὶ περ ἐν ἧν αὐτὸ ἐν τε ἔδει τὸ μορφούμενον εἶναι ὡς δυνατὸν αὐτῷ ἐκ

<sup>40</sup> GPR, § 356, p. 352 ; tr. fr. p. 339.

<sup>41</sup> Plotin, *Ennéades*, I, 6, 20-30, Paris, Les Belles Lettres, 1924, p. 96 ; tr. fr. Anne-Lise Darras-Worms in *Les Écrits de Plotin*, Pierre Hadot (dir.), *Traité I, I, 6*, Paris, Cerf, 2007, p. 79.

<sup>42</sup> *Ibid.*

πολλῶν ὄντι. Ἰδρυται οὖν ἐπ’ αὐτοῦ τὸ κάλλος ἤδη εἰς ἓν συναχθέντος καὶ τοῖς μέρεσι διδὸν ἑαυτὸ καὶ τοῖς ὅλοις.

Donc, la forme s’approche, elle rassemble et met en ordre ce qui, à partir de plusieurs parties, est appelé à être un grâce à la composition, elle le conduit à constituer un ensemble unique et parfait et en fait une unité grâce à l’accord, puisqu’elle est une elle-même et que ce qui reçoit une figure doit être un aussi, autant que cela lui est possible, à lui qui est constitué de plusieurs parties. La beauté s’installe donc sur lui qui a désormais été rassemblé en une unité, en se donnant elle-même aux parties comme un tout.

L’harmonie repose ainsi sur un équilibre interne du tout et de ses parties, par où la beauté de l’un s’appuie sur celle des autres.

Voici donc le lien que nous recherchions, qui comporte deux analogies avec le domaine de l’éthique. D’abord, de même que la beauté d’un visage dépend de la manière dont ses éléments se rapportent les uns aux autres, de même la « beauté » de la cité grecque s’exprime dans la façon dont les éléments de la cité trouvent en elle un *accord* (ὁμολογία) et une unité (τὸ ἓν εἶναι). Mais que faut-il entendre par « éléments » de la cité ? Ce sont moins ici les citoyens pensés comme individus isolés, que l’éventail des groupes au sein desquels les rassemblent ou bien un intérêt affectif, comme la famille, ou bien un intérêt économique, comme les corporations (en termes modernes les corps d’industrie, les manufactures ou les entreprises), ou bien encore un intérêt proprement politique, comme l’État lui-même<sup>43</sup>. La beauté de la cité consiste alors dans la qualité de l’agencement de ces différents groupes, qui sont autant de strates de la vie éthique, en d’autres termes autant de *moments* de la réalisation de l’Esprit objectif. Ensuite, de même que les éléments du visage tirent leur beauté propre de celle du visage qu’ils composent ; de même les Athéniens tirent leur *bonheur* propre du salut de la cité. La « forme attique » est encore en ce sens sous-jacente à la déclamation d’Hölderlin : « heureux l’homme qui puise sa joie et sa force dans la prospérité de sa patrie<sup>44</sup> ! ». La cité grecque est la « belle forme » de la vie éthique. Elle adresse son message au philosophe moderne, lorsque celui-ci cherche à formuler une science de l’État conforme à la vraie vision philosophique.

---

<sup>43</sup> Selon la présentation tripartite que les *GPR* donnent de la vie éthique : la famille ; la société civile ; l’État.

<sup>44</sup> Ce passage de l’*Hyperion* est cité par Hyppolite, *op. cit.*, p. 19.

## Le soi rigide

Face idéale de l'Empire romain, le droit est la fausse note qui vient briser l'harmonie de la cité grecque. Associé à « l'effectivité authentique » de Rome, le *Rechtzustand*, l'état du droit, marque le déclin du « monde éthique vivant » (*Untergang der lebendigen sittlichen Welt*)<sup>45</sup>. La beauté de la cité grecque tenait au fait que ses membres trouvaient spontanément en elle leur unité et leur substance, comme autant d'organes existant *pour* l'organisme. Or l'état du droit défait cette unité. Au riche tissu « éthique » des cercles familiaux ou corporatifs, succède un éparpillement d'individus conçus non pas comme les cellules d'un même groupe vivant, ni comme des esprits libres juchés sur leur quant à soi (comme le seront les saints du monde chrétien), mais comme des *personnes* (*personae*), c'est-à-dire comme des points d'imputation de la puissance d'agir ou « d'ester » en justice. Le droit romain trouve ainsi sa matrice phénoménologique dans l'arrachement qui conduit à retrancher les individus de la cité, tout en dissolvant la substance de celle-ci, au plan civil, en une pluralité d'individus autonomes. Retranchés de la communauté éthique où ils trouvaient en Grèce leur substance, les individus valent alors comme des *atomes*, c'est-à-dire comme « essences autonomes » repliées sur leur « être-pour-soi singulier<sup>46</sup> ». Aux yeux de Hegel, cela précipite à n'en pas douter la mort de la cité :

De même que, dans la putréfaction du corps physique, chaque point acquiert pour soi une vie propre, qui n'est toutefois que la vie misérable des vers, de même ici l'organisme politique s'est dissous dans les atomes des personnes privées<sup>47</sup>.

Devenue sujet de droit, la personne n'est plus « résolue dans la substance », elle est le « soi rigide (*spröde Selbst*) » que distingue uniquement la capacité à *prétendre* quelque chose.

Certes, l'individu n'est pas sans gagner quelque chose à ce passage. Il obtient la garantie des *jura* dont sa « personne » est porteuse. Il pourra lui-même faire valoir le respect de ces droits en faisant usage de son *jus*, c'est-à-dire de la « capacité

---

<sup>45</sup> PhG, p. 290 ; tr. fr., t. II, p. 12.

<sup>46</sup> PhG, p. 316 ; tr. fr. t. II, p. 44.

<sup>47</sup> *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, tr. fr. Gibelin, Paris, 1945, p. 289.

d'action et de prétention<sup>48</sup> » dont le munit le *Rechtzustand*. Le système du droit abstrait, dans la *Philosophie du droit*, présentera ainsi sous une forme systématique l'enchaînement des différentes *prétentions* du sujet de droit. La première entre toutes est la prétention du sujet (*sui juris*) à occuper une parcelle de terre, et à exiger qu'on empêche autrui de venir troubler sa possession (*possessio*), sauf à posséder un titre juridique à le faire. De là, la prétention du sujet se développe en revendication d'un droit absolu et exclusif de jouissance sur cette même terre — c'est-à-dire en propriété (*dominium*) — puis en liberté de former des *pactes* avec d'autres titulaires d'un droit semblable. L'ensemble de ces *prétentions* successives enveloppe ainsi, repliée sur quelques principes abstraits, toute la matière du droit réel et des droits personnels.

Outre l'éventail de ces *jura*, l'état du droit fait également bénéficier les individus d'une certaine *égalité*. Non pas que les hommes aient tous la même condition ni le même état (*status hominis*) au sein de la cité, mais d'abord ces distinctions statutaires sont précisément fixées par le droit. À l'époque classique et au Bas-Empire, elles dépendent du fait d'être libre ou non, d'avoir ou non le droit de cité romaine et telle ou telle patrie spéciale (*origo*), enfin d'être *sui juris* ou *alieni juris*, selon sa situation familiale<sup>49</sup>. Ensuite, l'égalité que les *jura* introduisent dans la cité signifie avant tout une égalité *du* droit lui-même, au sens du *jus aequum* que fait valoir la loi des douze Tables. Cette égalité réside dans le fait que la *validité* des lois est universelle : le droit s'applique à tous abstraction faite de l'individualité concrète des uns et des autres. Elle est l'envers du fait grammatical que la personne, comme masque, n'ait pas de nom propre ; ou encore du fait « qu'il n'y a aucune médiation entre la personne que je suis en droit et le contenu contingent qui me constitue par ailleurs<sup>50</sup> ». C'est en ce sens que Tite Live appelait la loi des douze tables, que les enfants apprenaient par cœur à l'école, « *corpus omnis romani iuris*<sup>51</sup> » : les droits de tous les romains.

Indubitablement l'individu gagne des *jura*, en même temps que la certitude qu'ils seront reconnus à égalité avec ceux des autres personnes. Mais le prix éthique de cette valorisation est lourd. N'est-ce pas rabaisser en effet l'individu, que de faire dépendre toute la teneur de son lien aux autres — et à la cité elle-même — à la forme

---

<sup>48</sup> Georges Dumézil, *Idées romaines*, Paris, NRF-Gallimard, 1969, p. 41.

<sup>49</sup> D. 4, 5, 11.

<sup>50</sup> Hyppolite, *Genèse*, *op. cit.*, p. 360.

<sup>51</sup> Georges Cornil, *Ancien droit romain. Le problème des origines*, Paris, Sirey, 1930, p. 25.

hasardeuse du litige ? Dans le *Rechtzustand*, l'individu se rapporte uniquement à ses compatriotes sous l'hypothèse qu'un événement de fait vienne troubler sa situation juridique — soit qu'il s'estime alors troublé dans la jouissance de ses droits, soit qu'un tiers au contraire l'accuse d'avoir empiéter sur sa jouissance propre. L'univers entier de la jurisprudence — qui historiquement s'est constitué au fil de ce que les juristes appellent *quaestiones ex facto emergentes*, c'est-à-dire de problèmes juridiques soulevés en pratique — naît en ceci sous le signe d'une *Discorde* des rencontres, semblable à la Vénus des rencontres (*Volgivaga Venus*) imaginée par Lucrèce<sup>52</sup>. De même que dans la physique d'Épicure les atomes se rencontrent et s'aggrègent au fil du croisement aléatoire de leurs trajectoires, de même les *personnes* se heurtent juridiquement les unes aux autres et se désignent mutuellement comme personnes au gré de *faits* survenus entre elles de manière extérieure. Si un voisin abat l'un des arbres fruitiers qui sont dans mon verger, le droit me donne la possibilité de l'accuser de *damnum injuria*<sup>53</sup>. Au procès nous serons tous les deux des personnes, demandant à ce que nos droits respectifs soient départagés. Mais au fond notre « relation éthique » se réduira au seul *fait* que le poirier désormais gît à terre. Cet état de chose résume tout le lien qui existe depuis entre nous ; il rapporte toute la nature de notre relation aux seuls considérants juridiques de la controverse. D'un fait est résulté qu'une partie s'est sentie lésée, et qu'elle a réclamé contre une autre le respect de son droit. Hegel conclut aussitôt que « désigner un individu comme une personne est l'expression du mépris (*Ausdruck der Verachtung*)<sup>54</sup> ».

Le « mépris » s'insinuerait donc au creux du rapport par lequel j'exige d'un individu de paraître comme *personne* au tribunal. Tâchons de donner corps à cette vision. Historiquement, désigner quelqu'un comme personne, c'est ou bien l'accuser, ou bien faire en sorte qu'il soit *semoncé* par le seigneur (en droit féodal) ou *cité à comparaître* (notamment en procédure ecclésiastique, à travers une

---

<sup>52</sup> De Rerum Natura, IV, 1071.

<sup>53</sup> Le cas est envisagé par la loi des Douze tables ainsi qu'au titre *Arborum furtim caesarum* du Digeste (D. 47, 7) : voir Theodor Mommsen, *Droit pénal romain, op. cit.*, t. 3, p. 146 seq., ainsi que Paul Veyne, qui renvoie aux pratiques de vengeance paysanne visées par ces lois (« Les droits de la conscience publique sur la conduite individuelle : un constat ethnologique », in *La Société romaine*, Paris, Seuil, 1991, p. 57-88, p. 75-76).

<sup>54</sup> PhG, p. 318 ; tr. fr. t. II, p. 49.

dénonciation)<sup>55</sup>. « Je *lui* fais un procès » — « *I sue him* ». Littéralement, je le *traîne* en justice. Dans la Rome archaïque, l'expression s'appliquait au sens propre. La loi des XII tables prévoyait que c'était à l'accusateur de faire en sorte que l'accusé se présente au tribunal. En pratique, pour intenter un procès à quelqu'un, il fallait donc « s'arranger pour le trouver hors de chez lui, et le sommer de le suivre devant le magistrat ». En cas de refus, « le demandeur prenait les assistants à témoin (*ni it, antestamino*), puis tentait de saisir de force l'accusé (*em capito*) », pour le mener devant le magistrat et lancer contre lui l'*actio legis*<sup>56</sup> — dans le cas le plus fréquent néanmoins, mieux valait simplement demander au patron dont on était le client d'envoyer « ses hommes » séquestrer l'intéressé<sup>57</sup>. Quant à la procédure formulaire, elle prévoit encore que le plaignant pose la main sur l'épaule du défenseur au début du procès (*manum iniectio*). D'un côté ce geste était la « stylisation (*stilizzazione*) » de « l'acte par lequel le créancier, ou qui avait subi un tort du fait d'autrui, prenait le débiteur à la gorge (*prendeva il debitore per il collo*)<sup>58</sup> » ; de l'autre il évoquait assez bien le dispositif de l'*in ius vocatio*, qui mettait l'accusateur dans la nécessité de s'emparer du *corpus* de l'accusé préalablement au procès.

En outre combien de procès seront nés d'une manœuvre ? Tout montre que « derrière les procédures se cachent des comportements obéissant à d'autres mots d'ordre qu'à ceux de la loi<sup>59</sup> ». Dans la majorité peut-être des procès civils, le plaignant ou le délateur n'ont déclenché la procédure que dans l'espoir de s'emparer d'un héritage, de se venger d'un ennemi ou d'écarter commodément un concurrent politique. À propos des actions *rei publicae causa* d'époque tardo-républicaine, on a montré que « généralement, c'est le devoir de vengeance qui poussait [les accusateurs] à tirer de l'adversaire réparation de la condamnation d'un père ou de

<sup>55</sup> Sur la semonce, Adolphe Tardif, *La Procédure civile et criminelle aux XIII<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, A. Picard, 1885, p. 46-52. Je m'en tiens dans ce développement à l'*accusatio*, laissant de côté le cas de la *denunciatio*, qui offrirait une illustration similaire.

<sup>56</sup> Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Arthur Rousseau, 1929, p. 1032.

<sup>57</sup> Je prends le mot « homme » ici dans le vieux sens féodal et vassalique de celui qui après avoir rendu *hommage* est devenu *l'homme de* quelqu'un. (Voir Robert Boutruche, *Seigneurie et féodalité*, 2 t., t. 1 *Le premier âge des liens d'homme à homme*, Paris, Aubier-Montaigne, 1959). Ce sens transparaît encore dans l'expression « homme de main », ou dans l'exclamation familière « je suis ton homme ! ». Quant au *corps*, il désigne l'enjeu de la *prise par corps* — comme dans l'*habeas corpus* anglais.

<sup>58</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Naples, Jovene, 1927, p. 100. Dans ce sens plus ancien, il s'agissait d'une action exécutoire, qui permettait au créancier de mettre lui-même la main sur son débiteur, par exemple pour le vendre comme esclave à l'étranger (c'est-à-dire de l'autre côté du Tibre).

<sup>59</sup> Yan Thomas, « Parricidium I. Le père, la famille et la cité (la lex Pompeia et le système des poursuites publiques) », in *Mélanges de l'école française de Rome. Antiquité*, 93-2, 1981, p. 643-715, p. 645.

quelque autre outrage<sup>60</sup> ». La machination était si fréquente, qu'il était relativement risqué d'endosser publiquement la position d'accusateur, tant la chose passait pour aggressive et pour louche. Aussi Verrès envoyait-il l'un de ses clients à sa place pour intenter une accusation contre son ennemi Diodore de Malte : « il aposte un de ses chiens pour dire qu'il veut lui intenter une accusation capitale », commente Cicéron<sup>61</sup>. « Désigner quelqu'un comme personne », en pratique c'est donc lancer sur lui ses chiens. La métaphore laisse assez bien deviner la signification sociale que pouvait recouvrir la manifestation judiciaire du « respect personnel ».

D'ailleurs les procès n'ont-ils pas favorisé la culture élocutoire de l'injure ? À en croire Yan Thomas, il était « courant d'accuser le plus sérieusement du monde son adversaire de projets parricides (ou de pratiques incestueuses) », en plus d'autres invectives plus classiques : sicaire, brigand, efféminé, adultère, débauché...<sup>62</sup>. Et lorsque près d'un millénaire plus tard, l'Église occidentale s'empare de la culture juridique romaine, elle retrouve volontiers cette mobilisation judiciaire de l'injure. Elle lui donne même une nouvelle vie, en recourant contre ses propres prélats à la dénonciation de crimes et de péchés fabuleux, à la fois trop « énormes » pour être vrais et trop vagues pour être versés au procès. Ainsi dès 1150-1160, le chef d'accusation des procédures d'enquête se dilue d'après Julien Théry dans un « composite d'infraction, de souillure et de subversion potentiellement radicale<sup>63</sup> », justifiant au passage le recours à des procédures extraordinaires plus commodes. Voilà qui complète assez bien le tableau moral du *Rechtzustand*, depuis la manœuvre

---

<sup>60</sup> Jean-Michel David, *Le Patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Publications de l'École Française de Rome, B.E.F.A.R., Rome, 1992, p. 562.

<sup>61</sup> 2 Verr., IV, 40, cité par Jean-Michel David, *op. cit.*, p. 260 seq.

<sup>62</sup> Yan Thomas, « Parricidium », *op. cit.*, p. 682.

<sup>63</sup> Julien Théry, « Atrocitas/enormitas. Pour une histoire de la catégorie d'énormité ou *crime énorme* du Moyen Âge à l'époque moderne », dans *Clio/Thémis*, n°4, 2011, p. 1-45, p. 21. Citons le cas de l'« accusation » de ce chanoine régulier, rapporté par Arnaud Fossier à partir du formulaire de lettres de Gaucelme de Jean (XIII<sup>e</sup> siècle) : « Il a jadis frappé, dans les écoles et dans d'autres lieux ou régions dans lesquels il se trouvait, plusieurs clercs réguliers et séculiers constitués dans les ordres mineurs ou sacrés, à l'intérieur ou à l'extérieur d'églises, jusqu'à l'effusion de sang ou en-deçà, sans qu'il y ait toutefois eu d'autre lésion grave ou énorme. Avant et après avoir reçu ses ordres, il a tout particulièrement blessé un clerc au visage et à la main. Le même a porté des armes, joué aux dés et autres jeux interdits, est entré dans les tavernes, les vergers, les vignobles, les champs de blé et autres lieux interdits, dansé dans des chœurs, transgressé vos statuts, ceux des lieux ordinaires, les statuts provinciaux et d'autres mandements réguliers, vécu avec des concubines, abusé des lettres apostoliques, participé à des banquets, des conversations et d'autres actes en compagnie de personnes sous le coup de l'interdit et de l'excommunication » (Arnaud Fossier, *La Fabrique du droit. Casuistique, qualifications juridiques et pratiques administratives de la Pénitencerie apostolique (début XIII<sup>e</sup> – début XV<sup>e</sup>)*, Thèse en histoire de l'EHESS, 2012, p. 621-622).

mesquine jusqu'à l'insulte calomnieuse, en passant par la prise au col en pleine rue, bientôt « stylisée », et l'affabulation inquisitoire !

Le rappel de ces éléments nous fait mieux percevoir les raisons pour lesquelles, selon Hegel, la digne tutelle *égalitaire* des prétentions personnelles aurait eue sa contrepartie dans la destruction de la beauté éthique de la cité grecque. À cet égard la rudesse des aspects empiriques que nous venons de souligner n'est que l'épiphénomène de la rupture plus profonde que produit le *Rechtzustand*, en définissant les relations éthiques des individus à travers de simples garanties formelles, dont la mise en œuvre dépend de l'éclatement des litiges. Par là, l'individu est replié de force sur lui-même, séparé de la substance civique vivante. Il gagne sans doute des droits formels qui munissent sa « personne » mais, méprisé, se voit ravir jusqu'à la beauté simple que Plotin reconnaissait encore à l'éclair isolé dans la nuit<sup>64</sup>.

Un tel appauvrissement corrompt jusqu'à la forme politique de la cité. De même que les familles et les corporations se sont dissoutes dans le « soi rigide » des *personalités* juridiques, de même la République se résorbe en un point unique : le *princeps* conçu comme « souverain du monde<sup>65</sup> » (*Herr der Welt*). Le caractère négatif des relations que les personnes soutiennent les unes aux autres sur la scène judiciaire se reflète dans la relation des personnes à l'empereur. Car lui aussi est isolé. Il est une « personne solitaire<sup>66</sup> », qui se dresse hiératique en face du *populus romanus* et « ne s'affirme et ne vaut que par la masse des sujets qui lui font vis-à-vis<sup>67</sup> ». Mais incapable de contrôler réellement la puissance qu'on voudrait lui prêter, le *princeps* révèle sa faiblesse essentielle. Sa « conscience de soi titanique » ne suffit pas à lui faire supporter d'être transformé en « Dieu effectif » par l'adoration universelle que le culte impérial dirige sur lui. Aussi l'Empereur est-il livré, face à la foule pulvérisée des *personnes*, à la folie de « la débauche titanique (*ungeheure Ausschweifung*)<sup>68</sup> ». Cette débauche hors-série — le « fleuve de stupre et d'infâmie » dont Antonin Artaud faisait sortir Élagabal<sup>69</sup> — dépasse la simple recherche privée du plaisir (*libido*) et de la licence (*luxuria*). Au contraire le souverain du monde fait sciemment l'affichage

---

<sup>64</sup> Voir ci-dessus, p. 104. L'individu continue bien de vivre certes au milieu de ses compatriotes — il n'est pas isolé comme Philoctète dans la pièce de Sophocle, qui rayonne précisément de la beauté de l'éclair — mais il ne fait que s'aggréger à eux sur le Forum, pour remplir son « métier de citoyen ».

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 319 ; tr. fr. t. II, p. 47.

<sup>66</sup> *Philosophie de l'histoire, op. cit.*

<sup>67</sup> Hyppolite, *Genèse et structure, op. cit.*, p. 362.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 319 ; tr. fr. t. II, p. 48.

<sup>69</sup> Antonin Artaud, *Héliogabale ou l'anarchiste couronné*, Paris, Imaginaire-Gallimard, 1979, p. 11.

public de ses vices, à commencer par l'inceste, de manière à bien marquer qu'il fait exception à la masse du *populus*. « Étaler ses vices, se mettre au-dessus de la *reprehensio* » que l'opinion n'aurait pas manqué d'abattre sur ceux d'un simple citoyen, « c'était poser en principe qu'on était un souverain de droit divin, un dieu vivant, et non pas le premier magistrat de la République<sup>70</sup> ». En somme, le *Rechtzustand* rabat le monde éthique au face à face d'un César fou avec une masse d'individus rigides destinés à se mépriser mutuellement.

### **Le miroir du droit**

On voit qu'il serait malaisé de vouloir démêler entre les éléments de cette fresque qui relèveraient de l'histoire et ceux qui relèveraient de la philosophie spéculative. « L'histoire conçue » se présente précisément comme la clé de voûte où se rejoignent l'histoire des « effectivités réelles » que furent la cité athénienne ou l'Empire romain et la « construction intellectuelle » de leur revers idéal. Car le discours hégélien — insistons-y une dernière fois — veut croire qu'il parachève l'histoire du monde. À la Raison qui innerve ce processus, il prétend tendre le miroir qui lui permettra, une fois pour toutes, de se réfléchir elle-même<sup>71</sup>. Or il est inévitable que l'ensemble de ces prémisses, ainsi que le détail de la fresque qu'elles inspirent, tel que nous venons de le reconstituer, perturbent l'attitude du philosophe à l'égard de la tradition juridique. Pour le comprendre, reprenons en effet, à la lumière de tout ce qui vient d'être dit, la comparaison des philosophies du droit de Kant et de Hegel.

À première vue, bien des éléments portent la pensée de Hegel à valoriser, contre la tradition *jusnaturaliste*, la dimension simplement historique du droit, et par conséquent sa dimension positive. D'abord, le rejet hégélien de la doctrine des facultés paraît couper court à l'entreprise kantienne qui consistait typiquement à passer les normes de droit positif au crible de la distinction critique des facultés de l'âme impliquées dans leur « connaissance ». Si la raison devient une pièce du réel, si elle épouse les mouvements versatiles du *devenir*, comment faire le tri de l'immuable et de l'arbitraire ? La dialectique de la conscience malheureuse au contraire a écarté

---

<sup>70</sup> Paul Veyne, « Les droits de la conscience publique », *op. cit.*, p. 64.

<sup>71</sup> Je reprends ici la métaphore de l'histoire comme *speculum vitae humanae*, qui apparaît la première fois chez Lucien de Samosate et fut reprise de Cicéron jusqu'aux Lumières. Voir Reinhart Koselleck, « Point de vue, perspective et temporalité », in *Le Futur Passé*, *op. cit.*, p. 161-188, p. 163 seq.

cette distinction, en nous montrant précisément que les deux opposés devaient finir par se « toucher » l'un l'autre. C'est alors le point de départ même de la *Rechtslehre* qui doit être redéfini. D'autre part, on a montré que le jugement devait cesser d'apparaître comme le paradigme logique de l'expression rationnelle. Au risque de devoir passer pour une « pseudo-proposition », la proposition spéculative abandonnait en effet l'exigence d'une prédication univoque pour s'exposer aux contradictions du devenir, en visant l'identité de l'identité et de la différence, l'unité de l'être et du néant. Mais en souscrivant à de telles exigences, le philosophe pourra-t-il continuer d'endosser l'habit de simili-magistrat que Kant avait voulu tailler pour lui ? Si la pensée n'est plus affaire de jugement ; si le droit est tout entier positif ; si la raison n'est plus une faculté de l'esprit mais, comme le révèle le sens de l'observation scientifique, constitue un élément de la réalité elle-même, alors comment le philosophe pourrait-il encore exercer aucune magistrature parallèle à celle des *lettrés* qui assurent le fonctionnement de la machinerie juridique ? Par tous ces aspects, la pensée hégélienne pourrait rejoindre la conclusion de Pascal : « rien, suivant la raison, n'est juste de soi, tout branle avec le temps<sup>72</sup> ». Et c'est pourquoi il arrive qu'on présente les *Principes de la philosophie du droit* comme « la tentative la plus intelligente et la plus réfléchie » qui fut jamais faite pour jeter un pont entre le droit de la raison et le droit positif<sup>73</sup>.

Pourtant, plus d'un indice signale l'ambivalence de cette invitation à livrer le droit à la positivité. En premier lieu, quoiqu'il ait été amplement reproché au droit rationnel de « flotter au-dessus<sup>74</sup> » de la réalité historique « dans un au-delà qui serait Dieu sait où<sup>75</sup> » — le droit naturel est loin de disparaître tout à fait du discours hégélien. Comme les rêves se prolongent par l'empreinte tenace qu'ils laissent dans l'esprit réveillé, il se dresse à l'entrée de la philosophie du droit, sous la forme résiduelle du « droit formel et abstrait » (*abstrakten oder formellen Recht*) qui fait l'objet de la première partie des *Principes*. Or ainsi que nous l'avons déjà souligné, ce droit abstrait, quant à son contenu, se présente essentiellement sous la forme d'un

<sup>72</sup> Blaise Pascal, *Pensées*, éd. Brunschvicg, Paris, Garnier-Flammarion, 1976, Pensée 294, p. 136.

<sup>73</sup> De l'avis d'un commentateur récent, « [Hegels Rechtsphilosophie] ist sicher der philosophisch ausgeklügelste, systematisch durchdachte Versuch einer Vermittlung von Vernunftrecht und historisch-positiver Rechtslehre » (Ludwig Siep, *op. cit.*, p. 10). Si cela était, on comprendrait mal alors la raison pour laquelle la seule tentative véritable de « réactualiser » aujourd'hui cette philosophie ait conduit à trouver « trompeur » (*irreführend*) que le mot « droit » figure dans son titre. (Voir Honneth, cité plus haut, p. 51).

<sup>74</sup> Hegel, *Droit naturel...op. cit.*, tr. fr. p. 24.

<sup>75</sup> GPR, *Préface*, p. XVIII ; tr. fr. p. 54. Voir ci dessus, p. 131.

système des prétentions juridiques. Qu'y trouve-t-on en substance ? De la *possessio* à la *fraus legis*, en passant par la *stipulatio* et la *locatio-conductio*, il s'agit essentiellement d'un compendium de droit civil romain, plié au projet philosophique d'exposer l'épanouissement de « l'Idée de la volonté libre immédiate <sup>76</sup> ». Aussi un éventail d'institutions romaines — et peu importe ici la question de savoir à travers quelles sources Hegel en a pris connaissance<sup>77</sup> — est-il reversé dans un droit abstrait d'un genre nouveau, dont il est affirmé *in primis* qu'il sera destiné à prendre part à l'histoire, plutôt qu'à flotter au-dessus d'elle. Mais qu'est-ce à dire exactement ? Pourquoi Hegel n'a-t-il pas purement et simplement biffé le droit naturel, s'il avait de l'aversion pour son caractère utopique ? Pourquoi doit-il encore marquer cette ultime pause anhistorique avant d'entrer comme Montesquieu dans l'exposé d'une *histoire du droit* ?

Certes, d'un côté « la théorie du droit abstrait ou formel [...] définit les présuppositions abstraites, ce qui veut dire intemporelles, d'un ordre *social* sensé<sup>78</sup> ». Mais de l'autre l'« intemporalité » de ces « présuppositions » résulte précisément de l'opération spéculative par excellence, qui aura consisté à « construire » *a posteriori* la face intellectuelle et idéale de l'Empire romain. C'est pourquoi il est crucial, pour bien comprendre la condition d'émergence historique de cette philosophie, d'accorder toute l'importance qu'elle mérite à la présence en filigrane du droit romain dans le bréviaire du système des prétentions abstraites. Cette présence — que l'historien du droit immédiatement saura déceler — est un marqueur significatif de la vision historique qui préside à l'ensemble de l'œuvre. Car la « pause » que marque Hegel au seuil même de ses leçons sur le droit doit se comprendre comme l'effet d'un télescopage du droit immuable des philosophes dans le droit historique de Rome. Elle assure pour ainsi dire le couplage de ces deux pôles. La décision programmatique de

<sup>76</sup> GPR, § 33, p. 38 ; tr. fr. p. 92.

<sup>77</sup> Attentif aux textes, un juriste fait les comptes : « au-delà même d'une longue citation de *l'Histoire du déclin et de la chute de l'Empire romain* de Gibbon, que l'on trouve dans l'ouvrage de Hegel *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, on ne trouve pratiquement, dans ses *Principes de la philosophie du droit*, que des références à l'ouvrage précité de Hugo, son *Manuel d'histoire du droit romain jusqu'à Justinien*, et à deux ouvrages de Johann Gottlieb Heineccius, les *Antiquitatum Romanorum jurisprudentiam Syntagma* et les *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*. À cela il faut ajouter deux références des notes marginales du philosophe au *Système du droit des Pandectes* de son ami Thibaut, l'adversaire bien connu de Savigny. Quant aux références directes de Hegel aux textes romains, elles se réduisent, dans son ouvrage précité, à une seule citation des *Institutes* de Justinien et à la mention du même texte dans les Leçons recueillies en 1822-1823 par son élève Hotho » (Jean-Philippe Guinle, « Hegel et le droit romain », *Revue historique de droit français et de l'étranger*, 1981, 4, 59, p. 593-619, p. 601-602).

<sup>78</sup> Kervégan, op. cit., p. 105.

fragmenter la raison éternelle dans l'histoire mondiale se répercute alors dans l'assignation à l'Empire romain de la « mission » d'avoir réalisé le *Rechtzustand*. Aussi l'exposé du « droit formel et abstrait » n'est-il déjà plus un traité de droit naturel. Implicitement ancré dans l'histoire, indexé sur une « effectivité réelle », il est le produit d'une *recollection* philosophique qui se présente sous la forme d'une « construction idéale ». En termes d'exégèse philosophique, nous dirons qu'il faut lire solidairement, dans la *Philosophie du droit*, le chapitre sur le droit abstrait, et les quelques paragraphes finaux sur la place de l'Empire romain dans l'histoire mondiale. La résonance qui existe entre ces deux passages est seule à pouvoir rendre compte, non seulement de la persistance d'un système du droit abstrait « homologue du droit naturel au sens que la pensée moderne donne à ce terme<sup>79</sup> », mais de la facture infailliblement *latine* des catégories qui composent ce système. La philosophie du droit est avant tout, si l'on peut dire, un rembobinage conceptuel de l'histoire de Rome.

Or il est clair que la méthode que suit Hegel pour élever le droit romain à l'intemporalité se distingue nettement d'une méthode proprement historique. Si la matière et le lexique du droit abstrait sont juridiques et romains (*possessio, stipulatio, fraus legis*, etc.), ils sont soumis à un traitement qui lui, n'est ni l'un ni l'autre. Rien ne serait plus ingénu, de ce point de vue, que de prendre au mot l'attribution à Montesquieu d'un « point de vue véritablement philosophique » (*den echt philosophischen Standpunkt*). Qu'aurait pensé le magistrat bordelais en effet de la définition de la *stipulatio* comme de « la forme à travers laquelle le contenu inclus dans le contrat a pour existence une existence représentée<sup>80</sup> » (*als ein erst vorgestellter Sein Dasein hat*) ? Comme juriste, il l'aurait sans doute trouvée aussi déroutante qu'aucune autre formule fondée sur le langage « pseudo-propositionnel » de la spéculation. Car ici en effet, Hegel ne fixe pas un point de droit. Il ne mentionne pas la forme de ce type de contrat solennel, qui comportait une *interrogatio* du créancier (*spondesne centum dare ?* : promets-tu de me payer cent ?) et une *responsio* positive du débiteur (*spondeo* : je le promets)<sup>81</sup>. Il n'interroge pas non plus le type d'obligation que cette forme servait à encadrer, de la promesse de mariage

---

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> GPR., § 78, tr. fr. p. 128-129.

<sup>81</sup> Adolf Berger, entrée « Stipulatio », in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphie, Transactions of The American Philosophical Society, 1953, p. 716.

(*sponsalia*)<sup>82</sup> à l'établissement d'une servitude prédale (*pactiones et stipulationes*)<sup>83</sup> en passant par le transfert d'une obligation dans une autre (*novatio*)<sup>84</sup>. Aux yeux d'un juriste, pourtant, l'ensemble de ces indications seraient nécessaires à *configurer* l'institution, c'est-à-dire à fixer les conditions de son usage pratique. Or rien n'intéresse moins Hegel que le point de vue du praticien du droit. Strictement inutilisable pour le juriste, le mérite de la définition qu'il propose est ailleurs : il réside, du moins par hypothèse, dans le fait d'inscrire la *stipulatio* dans le cercle idéal qui conduit « la volonté libre immédiate » à se réaliser.

Mais quelles sont les modalités critiques d'une telle inscription ? S'il est vrai que le *droit abstrait* n'est plus un ensemble de lois immuables gravées de toute éternité dans la raison, mais le reflet idéal de l'Empire romain dans le miroir que lui tend le philosophe une fois venue la fin de l'Histoire, alors notre attention doit se porter sur les particularités de ce miroir lui-même. Or c'est d'abord un miroir simplificateur. L'exemple particulier de la *stipulatio* nous a montré comment cette forme juridique était débarrassée d'un grand nombre des caractères qui réglaient les conditions de son application pratique. Il ne s'agit pas d'une simple propension à ramasser les faits historiques, pour en rendre l'exposé moins longuet. C'est plutôt là la marque d'une des premières conditions auxquelles le regard spéculatif parvient, pour ainsi dire, à exfiltrer d'une institution juridique donnée la parcelle d'éternité qu'elle contient. Car malgré toute son insistance sur l'importance de la positivité, Hegel prend soin de souligner la différence entre « ce qu'est la loi » et « ce qu'est en soi le droit » :

il peut se faire que ce qui est loi soit encore différent dans son contenu de ce qu'est en soi le droit<sup>85</sup>.

Ainsi le philosophe se réserve-t-il la liberté d'apprécier ce qui tombe d'un côté ou de l'autre de cette démarcation proprement philosophique, dont on voit qu'elle coupe la culture juridique d'une manière non moins « perpendiculaire » que la distinction kantienne des *fontes cognitionis*.

---

<sup>82</sup> D. 23, 1, 1.

<sup>83</sup> S. Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Naples, Jovene, 1947, p. 109.

<sup>84</sup> D. 46, 2, 1.

<sup>85</sup> GPR, § 212, p. 210 ; tr. fr. p. 233.

Loin d'être anecdotique, cette démarcation se répercute dans la distance que la structure des *Principes de la philosophie du droit* ménage entre la partie consacrée à l'exposé du « droit abstrait » et la brève section consacrée à « l'administration de la justice » — qui en allemand se dit littéralement soin du droit, *Rechtspflege*. En tenant soigneusement à distance l'une de l'autre ces deux faces du droit, Hegel parvient finalement à reconduire le principe d'une subordination théorique de la technique juridique, en dépit de la promotion conceptuelle qu'il avait d'abord accordée à la positivité. C'est parce que « ce qui est de droit » s'inscrit dans « une existence empirique (*Dasein*) dans laquelle peut intervenir le hasard du caprice (*das zufällige des Eigenwillens*)<sup>86</sup> » que les juristes ont non seulement le droit, mais « le devoir rigoureux » :

de déduire dans leurs moindres détails et à partir de données positives (*aus ihren positiven Datis*) aussi bien les développements historiques que les applications et les complications des déterminations juridiques données<sup>87</sup>.

Ces lignes auraient pu se terminer par le *u. derg.* (« etc. ») qui ponctue, dans le même paragraphe, une autre évocation de l'activité de l'esprit que Hegel situe au principe de la technique juridique. Aussi bien toutes les déterminations qui permettraient au juriste de fixer le sens historique et technique de l'idée de *stipulatio* — ce que la science juridique italienne appellerait le *profil* de l'institution — disparaissent de l'exposé hégélien du « droit formel », pour être rejetées dans ce « *et caetera* » où s'engloutissent, pour la pensée spéculative, toutes les déterminations empiriques particulières que prend en charge le « soin du droit ».

Cette séparation a de notre point de vue la plus grande importance. Ne marque-t-elle pas une nouvelle version du « tamisage » grâce auquel Kant, à l'aide de la doctrine des facultés de l'âme, séparait les lois immuables des lois arbitraires ? Face à la masse des prescriptions qui composent un ordre juridique, on se souvient que Kant procédait à une sorte de filtrage, dont les modalités permettaient d'affirmer le primat philosophique de la dimension *catégorique* sur la dimension *technique* du droit. Or loin de renier ce primat, Hegel semble surenchérir de ce point de vue sur l'effort kantien. De même que Kant associait la connaissance juridique positive à la

---

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

*cognitio ex datis*, Hegel mentionne les « *positiven Datis* » qui « sont la loi », sans toujours être « ce qu'est en soi le droit ». Tout en retirant au philosophe la possibilité de juger les droits arbitraires *sub specie aeternitatis*, l'éloge hégélien de la positivité renouvelle donc la prérogative générale du philosophe, en la transportant désormais sur le terrain de l'histoire même.

Confirmée, cette prérogative semble même nettement accrue. L'attitude de Kant en effet restait de ce point de vue relativement nuancée, puisqu'en même temps qu'il hissait le philosophe sur une chaire intellectuelle en quelque sorte imprenable et synoptique, il continuait de prétendre « ridicule » toute tentative de se mêler de législation positive au nom de la philosophie. Son point de vue demeurait *critique*, c'est-à-dire adossé à la seule question réflexive des modes de connaissances impliqués dans l'appréhension d'une norme juridique donnée. Or en dépassant précisément le point de vue de la *conscience*, c'est-à-dire de la relation du sujet de la connaissance à l'objet de sa connaissance, au profit de celui d'un savoir absolu, c'est-à-dire du *savoir absolu* que la raison obtient d'elle-même en se remémorant les étapes de son avènement historique<sup>88</sup>, Hegel se trouve dans la situation de soulever une tout autre question : il demandera quelle est la place que cette norme juridique tient dans le cercle par lequel la raison se pousse (*sich forttreibt*) vers elle-même. Cette spéculation peut certes apparaître « bizarre », surtout aux yeux d'un juriste — sans doute peu enclin à se représenter l'inscription d'une norme de droit dans un cercle conduisant la raison vers elle-même. Or elle nous livre bien la clé non seulement de l'affirmation d'une *mission historique* de Rome, mais de la nouvelle forme de relégation qu'elle impose au plan théorique à l'*ars juris*.

C'est ainsi qu'au *tribunal de la raison* institué par Kant se substitue le *tribunal du monde* invoqué par les toutes dernières pages des *Principes*. « L'histoire du monde est le tribunal du monde<sup>89</sup> » (*Weltgeschichte ist Weltgericht*). Le sens de cette affirmation célèbre, reprise d'un vers de Schiller, n'est pas seulement d'affirmer le point de vue politiquement réaliste que nous avons évoqué plus haut, qui conduisait en somme à faire de toute l'histoire géopolitique une histoire des vainqueurs<sup>90</sup>. Elle permet aussi d'élever le droit romain au rang d'archétype idéal non seulement du *Rechtzustand*, mais du système du droit abstrait lui-même, tout en préservant la

<sup>88</sup> « Remémoration » traduit « *Erinnerung* », PhG, p. 530 ; tr. fr., t. II, p. 311. Voir ci-dessus, p. 137.

<sup>89</sup> GPR, § 341, p. 344 ; tr. fr. p. 334.

<sup>90</sup> Selon l'opposition des *Thèses sur le concept d'histoire* de Walter Benjamin, entre l'histoire des vainqueurs et l'histoire des vaincus.

prérogative du philosophe à se prononcer sur la valeur et la forme du droit. Cela correspond à deux prises de positions complémentaires : la première pour plier l'exposé du système des prétentions à un principe philosophique (l'accomplissement de la volonté particulière) ; la seconde pour relativiser la signification du « soin du droit ». Du premier côté le philosophe détermine la *forme* du droit abstrait ; de l'autre il soupèse la *valeur éthique* de l'administration positive de la justice.

Ainsi la tâche de la philosophie n'est plus d'ériger un tribunal de la raison. Si la raison cesse d'apparaître comme une source de la connaissance, il n'y a plus lieu d'inventer une instance « transcendante » à son exercice spontané, chargée de définir les revendications légitimes de l'usage de celle-ci. Est-ce à dire que le philosophe va devoir revoir à la baisse ses prétentions policières à veiller sur la frontière des savoirs ? Va-t-il, pour ce qui concerne le droit, laisser libre cours à la jurisprudence professionnelle, sans prétendre intervenir dans ses « jeux d'écriture » ? C'est précisément le contraire qui s'observe. Loin de modérer les prétentions du philosophe-magistrat, la pensée hégélienne, en les déplaçant, les accentue. Sans doute la tâche du philosophe n'est plus d'exercer une sorte de magistrature rationnelle, mais elle est plus « sublime » encore — pour retrouver l'expression anti-hégélienne que nous avons rencontrée chez Norberto Bobbio. Au philosophe il revient désormais de délivrer le « pur travail du langage sur lui-même<sup>91</sup> » qui permettra à l'esprit de se dire. Ce langage synoptique, codé, antagonique aux mots de la tribu, est le seul capable d'exalter la réalité de la raison. Fondamentalement rétrospectif, il remémore le cercle qui a mené l'esprit de lui-même à lui-même, et couronne par là le processus entier de l'histoire. Sur ce discours philosophique vont s'établir de nouvelles prétentions. Si la raison est histoire — si elle est prise dans le mouvement qui la conduit de son idée à sa réalité, de son devoir-être à son effectuation — alors le tribunal de la raison imaginé par Kant se dissout *ipso facto*. Mais cette réconciliation de la raison et de l'histoire chasse un tribunal pour un autre. Ce n'est plus la raison, mais l'histoire même, qui prend une forme judiciaire.

Greffier du « tribunal du monde », le philosophe est dès lors en mesure d'énoncer de nouvelles raisons de relativiser l'importance de l'*ars iuris*. C'est que si la raison est conciliée avec l'histoire réelle, tout dans l'histoire n'est pas rationnel. Au contraire, le regard philosophique permet de discriminer au sein du réel les éléments

---

<sup>91</sup> Selon l'idée qui guide la belle analyse de Gérard Lebrun, *op. cit.*, p. 412.

*nécessaires*, qui relèvent de la raison, des éléments *contingents*, qui relèvent de l'entendement. Quoiqu'il ait refusé de faire de la raison et de l'entendement des facultés séparées de l'unité vivante de l'esprit, Hegel n'a pas gommé leur différence. Nous avons dit qu'ils étaient comme des « curseurs » du passage de l'esprit dans la réalité. Précisément cette image éclaire la gradation qui est ici en jeu. La « raison » désigne la part du réel qui marque la plus haute densité de compénétration entre l'esprit et la réalité — qui manifeste autrement dit sous sa forme idéale, pleine et vraie, leur identité de principe. L'« entendement » au contraire renvoie à la partie contingente du réel qui, tout en recevant une importance cruciale dans ce processus, ne fait que l'accompagner à la marge. Sans que son rôle soit en rien indifférent — car il est important par exemple que le droit puisse être posé empiriquement dans la loi — l'entendement désigne néanmoins une coïncidence moindre de l'esprit à la réalité. Il n'accomplit leur identité que sous une forme tronquée : finie, négative et contingente.

L'équation du rationnel et du réel n'aboutit donc à rien de tel qu'à une « sanctification (*Heiligsprechung*) de l'état des choses, une bénédiction philosophique » de ce qui est, comme Engels l'a bien souligné<sup>92</sup>. En effet, au sens de Hegel seul ce qui présente le caractère spéculatif de la *nécessité* peut être dit du même coup réel et rationnel. L'histoire du monde est l'histoire de *cette* nécessité, que le philosophe aura garde d'exfiltrer de tous les éléments « capricieux » qui entourent son cheminement vers le Savoir de soi. Par conséquent il convient d'écarter du rayon d'analyse conceptuelle du philosophe les normes juridiques dont le principe, contingent, appartient à l'entendement plutôt qu'à la raison. Autant dire au fond l'ensemble du « *et caetera* » dont dépend presque entièrement le soin du droit. Face à la série des « caprices arbitraires » qui fait par exemple que la *stipulatio* permet en droit de former une promesse de mariage, le rôle du philosophe est :

d'amener l'entendement [du juriste], persistant dans la multiplicité finie du connaissable, à la raison ; d'arracher les concepts de la science [juridique] à la sphère de la dispersion, et de leur donner une subsistance dans l'unité de la raison<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> « Die Heiligsprechung alles Bestehenden, die philosophische Einsegnung des Despotismus, des Polizeistaats, der Kabinettsjustiz, der Zensur », Friedrich Engels, « Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie » in Karl Marx et Friedrich Engels, *Werke*, Karl Dietz Verlag, Berlin, vol. 21, cinquième édition, 1975, Berlin/DDR, p. 265-273, p. 266.

<sup>93</sup> J'adapte ce commentaire d'Hoffmeister, qui concernait les physiiciens, Johannes Hoffmeister, *Goethe und der deutsche Idealismus*, Leipzig, Meiner, 1932, p. 64, cité par Bernard Bourgeois, Présentation à

Or, s'agissant du droit positif, il ne trouve précisément qu'une subsistance toute relative au plan rationnel. D'abord, il « éclate » entre deux parties de lui-même. Son aspect formel est rejeté dans un système du droit abstrait dont le philosophe contrôle l'exposé, ainsi qu'on l'a vu. Quant à son aspect empirique, il se trouve « emboîté » dans un processus économique-politique plus large. En tant que « moment dépendant » de la totalité éthique, qui fournit seule la « véritable signification » et jusqu'à la « justification » des lois, la jurisprudence apparaît essentiellement comme un trait d'union, ainsi que nous l'avons vu, entre le marché et la *Polizei*. Ceci signifie que les lois n'ont jamais de signification par elle-même, et qu'elles n'en fournissent pas non plus vraiment.

Quel gain le philosophe trouverait-il donc à s'enfoncer dans le *et caetera* « des applications et des complications des déterminations juridiques données » ? D'un côté il y retrouvera sous une forme complexifiée, mêlé d'une masse de « caprices arbitraires » et de dispositions contingentes, le système du droit formel dont il dispose déjà du *compendium* — lui-même le fruit d'un « tamisage » du droit privé romain. De l'autre côté, il est déjà assuré de la nature de ce qu'il y trouvera : un appendice accessoire de la vie économique, ou pour le dire dans le langage que les hégéliens de gauche mettront bientôt au point, une « instance » de la superstructure sociale, dont la fonction dernière consiste à reproduire des rapports de production pensés comme indépendants et autonomes à l'égard de leur qualification juridique<sup>94</sup>. L'un dans l'autre il faudrait presque donner raison à Axel Honneth de s'étonner de la présence du mot « droit » dans le titre des *Principes* de Hegel, si le fractionnement dont la pensée juridique fait ici l'objet n'avait pas précisément sa présupposition dans un certain « rembobinage » de l'histoire de Rome.

Car ce traitement mitigé de la positivité repose avant tout sur une fresque historique nourrie du libre jeu de « l'imagination rêveuse<sup>95</sup> ». Du message d'harmonie enfermé dans la « forme attique » jusqu'à la débauche titanique du souverain du

---

G.W.F. Hegel, *Encyclopédie des Sciences philosophiques en abrégé*, t. I., *La Science de la logique*, Paris, Vrin, 1994, p. 35.

<sup>94</sup> Citons ici Althusser : « Marx conçoit la structure de toute société comme constituée par des *niveaux* ou *instances*, articulés par une détermination spécifique : l'*infrastructure* ou base économique [...] et la *superstructure*, qui comporte elle-même deux *niveaux* ou *instances* : le juridico-politique (le droit et l'État) et l'idéologie (les différentes idéologies, religieuses, morale, juridiques, politique, etc.) », Louis Althusser, « Idéologie et appareils idéologiques d'Etat », in *Positions (1964-1975)*, Paris, Les Éditions sociales, 1982 [1976], p. 79-138, p. 88.

<sup>95</sup> Pour reprendre l'expression de John Bayley à propos de Keats, *supra* p. 139.

monde, faut-il vraiment que l'idée du droit soit portée par le « génie national » de Rome ? Ces tableaux sont-ils de simples appendices marginaux de la construction hégélienne ? Ou bien ont-ils pour fonction de consolider un certain rapport entre le droit et l'histoire des peuples européens ? Tout nous porte à croire que « l'éclatement » que subit la pensée juridique à l'intérieur des *Principes de la philosophie du droit*, ainsi que le renforcement du droit de regard philosophique sur la jurisprudence dont il est solidaire, ne se laissent comprendre véritablement qu'à la lumière de leur ombre-portée phénoménologique. C'est parce que l'état du droit, à Rome, fut un « pourrissement » de l'esprit vivant à Athènes, c'est parce que le « mépris » réciproque des personnes juridiques précipita la perte de l'harmonie éthique qui caractérisait la cité hellène, que le droit ne peut plus aujourd'hui valoir comme autre chose que comme le « moment » d'une totalité éthique qui le dépasse. La vie éthique en vérité ne peut plus être prise en charge par le droit. Au mieux celui-ci fournira le principe des prétentions abstraites de la volonté individuelle ; pour le reste il ne saura mieux faire que prêter renfort à l'épanouissement d'une normativité supra-juridique, suspendue à la nécessité d'assurer le triomphe du Troisième Royaume, c'est-à-dire du Royaume germanique. Surtout Hegel ne prononce pas cette limite au nom d'une opposition générale entre la raison et la positivité — que seule un tribunal de la raison pourrait arbitrer — mais *au nom même de la positivité*. Un tribunal ayant chassé l'autre, c'est l'histoire du monde qui juge ici le droit.

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **HABILLER LES FAITS**

# Chapitre 1

## VIE D'UNE FORME

*Les formes sont l'essentiel, elles combinent entre elles certains rapports, elles dessinent, à travers l'histoire, des parcours que n'explique pas la pure succession des temps.*

Henri Focillon

### Seamy corner

Les premières *Doctrines du droit* à s'être présentées comme « philosophiques » ont émergé durant le *Sattelzeit* allemand — pour reprendre la désignation que Reinhart Koselleck propose de donner à la période qui va de 1750 à 1850, du despotisme éclairé au printemps des peuples<sup>1</sup>. De part et d'autre de la bataille de Iéna, qui confronta en 1806 les principautés allemandes à la question de savoir si l'Allemagne allait bientôt devoir elle aussi constituer un État-Nation, les philosophies de Kant et de Hegel ont proposé, chacune à leur manière, « d'arracher les concepts [du droit] à la sphère de la dispersion, et de leur donner une subsistance dans l'unité de la raison<sup>2</sup> ». Or nous avons vu que cette opération commune, à la fois d'arrachement et d'hypostase, avait sa présupposition dans un certain déclassement de la jurisprudence, où je proposerais de situer l'un des points d'origine les plus saillants de la relégation de la culture juridique dont nous avons observé jusqu'à nous l'insistance.

Chez Kant, il s'agit de relativiser le caractère rationnel de toute *écriture*. Parce qu'elle « se fonde sur l'Écrit » et qu'elle dérive son autorité de statuts dont elle possède une connaissance *historique*, la pensée juridique doit être passible d'une interpellation critique, au même titre que la médecine et la théologie. Sous le signe d'un simili-tribunal de la raison, cette critique fera le tri, dans le droit existant, entre

---

<sup>1</sup> Ce temps de « l'entre deux selles » sous-tendrait la réorientation générale des concepts politiques que la sémantique historique considère à la fois comme facteur et comme indicateur de l'entrée dans la modernité. Voir Reinhart Koselleck, « Einleitung », in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (éd.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, t. 1, Stuttgart, 1972, p. 13-27.

<sup>2</sup> Pour reprendre la paraphrase d'Hoffmeister citée plus haut, p. 156.

les normes qui se révèlent purement historiques et celles qui au contraire donnent l'exemple d'un principe *a priori*. Chez Hegel, il s'agit de tendre à l'histoire de Rome un miroir brisé, dont le reflet sera double : d'un côté le droit romain formera la matière d'un « droit abstrait » annexé à la philosophie de la volonté, de l'autre le *et caetera* des « applications et des complications des déterminations juridiques données » sera cantonné au rôle supplétif d'entretenir (*pflügen*) le cadre formel de l'économie politique.

Quoique avec de sensibles différences, et pour des raisons parfois divergentes, ces deux leçons laissent donc paraître une attitude similaire à l'égard de la jurisprudence, dont ils justifient par des voies différentes sinon la mise à l'écart, du moins la minoration théorique. Chacun invite à percevoir le droit positif existant (qu'il s'agisse expressément de l'*usus modernus pandectarum*<sup>3</sup>, du droit commun territorial de la Prusse de 1794<sup>4</sup> ou de la multitude des statuts municipaux et des coutumes locales) comme une sorte de mosaïque d'éléments disparates, où s'entremêlent confusément deux dimensions du droit entre lesquelles il est crucial que le philosophe puisse distinguer. De même que l'or seul intéressait les *forty-niners* qui, en 1849, ont passé l'eau des rivières californiennes au tamis, l'idéaliste d'Outre-Rhin des années 1780-1840 expurge de la masse chaotique du droit positif des mille et une principautés du saint Empire romain germanique ce qui seul l'intéresse : ses paillettes de raison. Le tamis rationaliste de Kant retient les éléments rationnels ; le tamis spéculatif de Hegel retient les éléments idéaux — dans l'un et l'autre cas voilà leur titre à arrêter l'attention du philosophe et à figurer en bonne place dans sa doctrine. Cela les fait pénétrer le domaine de la *Denkwürdigkeit*, c'est-à-dire de ce qui est digne du *logos*. Et si le droit positif apparaît comme une réalité clivée, composite, c'est parce que seule la plus éminente de ses dimensions, celle qui ressortit de la raison, mérite de recevoir une véritable pertinence idéale.

Mais que reste-t-il de la jurisprudence, une fois qu'elle est passée par ce filtrage ? D'un côté elle resplendit de la « splendeur sans cervelle » (*Quanta species !*)

---

<sup>3</sup> En histoire du droit allemand, le terme désigne le nouveau système de droit commun privé qui s'imposa au XVII<sup>e</sup> siècle après la « réception » du droit justinien. Voir notamment Hans-Peter Haferkamp et Tilman Repgen (éd.), *Usus modernus pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit. Klaus Luig zum 70. Geburtstag*, Cologne, Böhlau, 2007.

<sup>4</sup> L'*Allgemeines Landrecht*, entré en vigueur en 1794 sur la base d'un projet conçu par Frédéric II, se substitua dans les États prussiens au droit commun, sans effacer les droits particuliers ni locaux, qui restèrent en vigueur malgré la prévision de leur intégration dans le nouveau code. Voir Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. t. 1 Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1976, p. 486-505.

dont Kant emprunte l'image à la fable de Phèdre. De l'autre, elle se loge dans le *et caetera* de Hegel, qu'il importe de tenir à distance du « droit abstrait », à moins de vouloir retomber dans *l'état du droit* qui, par l'instauration concomitante d'une éthique du mépris et d'un despotisme titanique, précipita le pourrissement de la belle *polis*<sup>5</sup>. Serait-ce donc là le commencement théorique de cette « ignorance de la jurisprudence » dont nous avons repéré les effets dans les théories contemporaines de la justice et dans une partie des sciences sociales ?

Il est peu douteux en effet que les récentes théories de la justice aient reproduit la réserve dont l'idéalisme allemand avait d'abord fait preuve en matière de prise en compte de la jurisprudence. Ni les théories de la justice distributive, ni la théorie communicationnelle de la démocratie politique, ni la théorie sociale de la reconnaissance ne remettent en cause, semble-t-il, le partage institué de ce point de vue par les premières *Rechtslehren*. Mieux encore : leur discours paraît se déployer au sein d'un espace discursif dont la définition remonte au *Sattelzeit*, lorsque le « soin du droit » fut écarté du « droit formel » et lorsque la *cognitio ex datis* fut exclue *a priori* du domaine de la réflexion rationnelle sur le droit. Plusieurs éléments viennent à l'appui d'une telle hypothèse. Elle expliquerait d'abord le *contretemps* qui pousse les philosophes à mettre à l'honneur la réflexion sur le contrat ou la propriété, alors même que les juristes s'inquiètent de l'obsolescence positive de ces mêmes notions. Ensuite, n'est-ce pas cet attachement généalogique qui transparaît à travers les filiations revendiquées de Rawls à Kant ou de Honneth à Hegel ? Ces parentés méritent peut-être mieux qu'un simple signalement doxographique. Tout indique en effet qu'elles traduisent la dépendance commune de ces discours à la décision d'exfiltrer la jurisprudence du champ de la réflexion sociopolitique. On pensera que les auteurs concernés refuseraient sans doute, si on le leur demandait ou si on le leur avait demandé, de reprendre à leur compte l'image d'un *tribunal* de la raison ou de l'histoire. Mais toute leur philosophie l'accepte. Quoiqu'elle ne prétende *précisément pas* parler de jurisprudence — n'évoquant jamais ni le contenu du droit positif lui-même, ni la science juridique qui prend en charge sa description — le discours qu'elle pratique est clairement tributaire d'un « tamisage » que les premières doctrines

---

<sup>5</sup> « Retomber » en effet, car l'Histoire hégélienne prévoit qu'au Royaume romain ait succédé le Royaume germanique, qui aura idéalement dépassé le *Rechtzustand* en substituant au droit formel un type supérieur de commandement : c'est-à-dire un commandement (chrétien) d'amour, dont les effets devront atteindre la matière même de la vie économique et sociale. (Voir le passage du monde du droit au monde de la culture dans la *Phénoménologie*, tr. fr. t. 2, p. 50, ainsi que le paragraphe 358 des *Principes*, GPR, tr. fr. p. 340).

philosophiques du droit, presque deux siècles avant elles, opérèrent au nom d'un Tribunal Idéal<sup>6</sup> qui trouve en elles sa postérité.

Quant aux sciences sociales, il paraît qu'elles témoignent d'un intérêt renouvelé pour la marche des affaires juridiques, spécialement lorsque des procès particuliers évoluent en affaires capables de mettre l'opinion publique à l'épreuve<sup>7</sup>. Mais il semble encore fort rare qu'elles escaladent, selon le mot d'un historien britannique, « la palissade » du droit romain pour explorer « *the roman-law side of the fence*<sup>8</sup> ». Le réflexe général pousserait plutôt à s'empêcher de franchir la ligne de démarcation au-delà de laquelle le droit verse dans la technique. Même lorsque la sociologie juridique et l'histoire sociale de la justice se placent « au plus près des objets du droit », Alain Boureau a remarqué qu'« elles [intégraient] l'action judiciaire au sein des processus sociaux et ne [concédaient] rien à l'autonomie de la construction normative<sup>9</sup> ». Ainsi l'invitation du grand historien de l'antiquité Arnaldo Momigliano à envisager le droit comme un reflet de la vie sociale, dépourvu d'objet propre, avait conduit Yan Thomas à déplorer « que la plupart des historiens s'obstinent à méconnaître [...] que le juridique, avec son langage, ses normes et sa durée propre [...] constitue un domaine singulier<sup>10</sup> ». Avancés à une vingtaine d'années d'écart, ces constats vaudraient encore en bonne part aujourd'hui. Certes les myriades d'études communément rangées sous l'étiquette des *Law and Society Studies* ne manquent pas d'opérer de nombreux rapprochements entre l'analyse sociologique et la pensée juridique<sup>11</sup>. Mais précisément, ces rapprochements ne sont-ils pas menés sous une

---

<sup>6</sup> Je rectifierais donc ici le diagnostic que les juristes tendent à dresser de l'ensemble des théories de la justice, lorsqu'ils y voient une réminiscence du droit naturel (voir ci-dessus p. 51). Précisément le droit naturel classique s'articulait encore à la conscience d'une certaine autonomie de la pensée juridique.

<sup>7</sup> Luc Boltanski, Élisabeth Claverie, Nicolas Offenstadt, Stéphane Van Damme (dir.), *Affaires, scandales et grandes causes. De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007.

<sup>8</sup> L'expression est de Magnus Ryan, dans ses cours d'histoire médiévale à la *Faculty of History* de l'Université de Cambridge, que j'ai suivis pendant le *Lent term* 2008.

<sup>9</sup> Alain Boureau, « Droit naturel et abstraction judiciaire », *op. cit.*, p. 1463.

<sup>10</sup> Yan Thomas, *Mommsen*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>11</sup> L'anthropologie juridique mériterait un examen à part entière, dans lequel je ne peux entrer ici. Il est intéressant de remarquer cependant le lien philologique qui, comme l'attestent les remarques explicites en ce sens de Malinowski dans son introduction à *Crime and Custom in Savage Society*, Totowa (New Jersey), Rowman and Littlefield, 1985 (1926), p. 2-3 — unit l'anthropologie du « contrôle social » (voir Marilyn Strathern, « Discovering 'Social Control' », *Journal of Law and Society*, Vol. 12, N° 2, 1985, p. 111-134) à la science juridique allemande du droit comparé. Ainsi le concept du « droit primitif » a fait le pont entre l'anthropologie juridique « exotique » et l'histoire post-hégélienne de la Grèce ancienne, trouvant son équivalent dans la notion de « prédroit » avancée par Louis Gernet à propos de la Grèce (« Droit et prédroit en Grèce ancienne », *Droit et Institutions en Grèce Antique*, Paris, Flammarion, 1982 (1951), p. 7-119), qui reprend un schéma établi dès le XIX<sup>e</sup> siècle et consolidé notamment par l'ancienne *Rechtsethnologie* de langue allemande. Relayant d'un côté l'idée de Josef Kohler selon laquelle le droit n'était, à un stade primitif, qu'une « prestation (*Angebilde*) des

forme propre à confirmer l'intuition selon laquelle le « soin du droit » consisterait avant tout à produire ou reproduire les conditions de la vie économique et sociale ? Là encore, notre hypothèse nous aiderait à comprendre pourquoi une partie de la sociologie du droit s'efforce aujourd'hui d'apporter un éclairage empirique au législateur, notamment par des études d'impact s'appuyant sur une représentation fonctionnaliste de la loi comme méthode (plus ou moins efficace) d'ingénierie sociale — cependant que l'envers minoritaire de cette même sociologie retourne une telle représentation sur elle-même, dans l'espoir critique de placer la puissance du droit dans les mains des acteurs. Car en faisant du droit un « instrument de gouvernement<sup>12</sup> », quelles que soient les mains, dominées ou dominantes, dans lesquelles on souhaiterait le placer, on reconduit, tout en l'enrichissant de descriptions nouvelles, l'axiome d'une articulation structurelle de la « loi empirique » au système des besoins et de la *Polizei*.

Plutôt que de certifier par acquit de principe la provenance philosophique de représentations devenues monnaie courante dans les sciences — ou même de suggérer aucun lien de préséance *a priori* entre la théorie, l'herméneutique ou l'enquête de terrain, l'hypothèse de ces filiations invite plutôt à rendre toute son épaisseur historique à une posture qui à partir du XIX<sup>e</sup> siècle semble s'être diffusée de manière toujours plus transversale au sein de la culture occidentale, pour repousser la connaissance du droit aux marges de l'outillage intellectuel de l'analyste de la vie sociale. Cette remontée dans l'histoire de la pensée doit nous mettre en mesure, non pas de célébrer la tradition philosophique pour elle-même, mais au contraire de comprendre par exemple pourquoi il est encore « fort rare », comme nous l'explique une spécialiste, que les études sociographiques de la gouvernance des entreprises

---

représentations religieuses », (Josef Kohler et Leopold Wenge (éd.), *Allgemeine Rechtsgeschichte*, Leipzig et Berlin, B.G. Teubner, 1914, 2 vol., t. 1, p. 4) et de l'autre celle du romaniste Paul Huvelin pour lequel « il existe [...] dans la vie sociale une phase, si je puis dire, préjuridique, c'est-à-dire, une phase dans laquelle le droit n'existe pas encore » (*Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Sirey, 1927-1929, 2 vol., t.1, p. 8-9, cité par Frédéric Audren, « Paul Huvelin (1873-1924) : juriste et durkheimien », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001/1, N° 4, p. 117-130, p. 121), Gernet examine les « procédures préjuridiques », c'est-à-dire religieuses et mythiques, dont le droit archaïque se détacherait, à un stade second d'évolution, par une sorte de relève dialectique. La pensée juridique apparaît en effet à la fois, selon Gernet, comme « homologue et antithèse » de la pensée du prédroit, « ce lieu où des forces religieuses fonctionnent à des fins que le droit réalise plus tard par ses moyens propres » (Marcel Détiéne, Recension de Gernet, *op. cit.*, in *Archives des sciences sociales des religions*, 1969, vol. 28, p. 203-204). Il est très vraisemblable qu'une grande part de l'anthropologie juridique ait procédé de la projection de ces conceptions historiques européennes sur l'expérience des « peuples primitifs ».

<sup>12</sup> Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Science Po, 2005.

mentionnent le simple fait qu'en droit, « les entreprises n'existent pas<sup>13</sup> ». Si frappante qu'elle puisse paraître au plan heuristique, cette considération de droit positif, touchant au droit des sociétés, tombe en effet de l'autre côté de la ligne de pertinence que les sciences sociales, héritières en cela des philosophes, ont coutume de tracer autour du *soin du droit*.

De l'autre côté de cette ligne épaisse, les juristes sont parfois chagrins. Les plus intellectuels d'entre eux déplorent d'être traités comme de simples « techniciens » et se persuadent qu'on les a confinés, à en croire James Whitman, dans un « recoin sordide » (*seamy corner*) de la société. Certes, on leur reconnaît encore la prérogative de « manipuler la doctrine juridique » (*doctrinal manipulation*) et d'organiser la répression pénale (*punishment*). Mais précisément ! Leur rôle public s'est réduit à peau de chagrin. S'ils sont encore chargés de veiller sur l'ordre juridique, cette responsabilité ne suffit plus à les associer aux « vrais centres du pouvoir social » (*the real centers of social power*). On les cantonne dorénavant dans l'exécution de décisions établies sans eux sur la seule base de considérations économiques et sociales<sup>14</sup>. Il est vrai que de nombreux juristes ont fait leur affaire de cette situation. Le grand constitutionnaliste Böckenförde sacrifiait ainsi au *credo* :

*Das Recht ist nicht ein in sich selbst legitimiertes, aus immanenten Antrieben sich entwickelndes geistiges Kulturgebilde, sondern besteht immer funktionsgebunden innerhalb und als Teil einer gesellschaftlichen Gesamtwirklichkeit.*

Le droit n'est pas une formation culturelle qui trouverait en elle-même sa légitimité ou qui se développerait spirituellement sur la base d'impulsions immanentes, mais il fait partie d'une réalité sociale englobante, à l'intérieur de laquelle il lui revient d'accomplir une fonction<sup>15</sup>.

Mais sous le vernis de ces déclarations parfois convenues, d'autres, incrédules, préfèrent se remémorer la gloire passée de la profession, lorsque le droit n'était pas encore *funktionsgebunden*. Au plan politique, ne fut-il pas un temps où les juristes étaient les mieux en cour et conseillaient directement les Princes sur le cap à donner à

---

<sup>13</sup> Blanche Segrestin, « Quel droit pour l'entreprise ? », *Entreprise et histoire*, 2009, 57, p. 8-13, p. 9.

<sup>14</sup> James Whitman, « Bring back the Glory ! », *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, 4, 2004, p. 74-81, p. 75.

<sup>15</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts », *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, Surhkamp, 1991, p. 9-41, p. 27.

la *gubernatio mundi*<sup>16</sup> ? Au plan intellectuel, la science juridique médiévale ne fut-elle pas le « prototype » et le « progenitor » de la *mathesis galiléenne*<sup>17</sup> ? Ces souvenirs de gloire médiévale sont enfuis. Les professeurs qui les conservent s'en lamentent : « finies les études sur le *Corpus iuris*, finie l'époque où les étudiants rêvaient en latin et les juristes chérissaient le digeste<sup>18</sup> ! »

Pourtant si les juristes ont moins coutume d'insister eux-mêmes sur ce point, c'est au niveau que je dirais « littéraire » que le contraste historique est le plus saisissant. Quelques années avant la Révolution française, la *Grande Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert consacrait encore un volume à la jurisprudence civile et canonique<sup>19</sup>. Cela signifie que les maîtres d'œuvre de l'*Encyclopédie* avaient à cœur d'offrir à leurs contemporains éclairés un exposé commode, mais robuste, des points essentiels du droit positif de leur temps. Ce fait doit être mis en rapport avec le fait que David Hume, en Écosse, ait pu citer facilement des cas tirés du droit romain, pour s'entraîner à penser par association d'idées<sup>20</sup>. Or quel éditeur projetterait aujourd'hui aucun équivalent éditorial à ce volume de l'*Encyclopédie* ? Imaginerait-on qu'un exposé de droit européen de la concurrence paraisse chez Fayard, Suhrkamp ou Einaudi ? Depuis qu'est survenu le tournant dont je m'applique à cerner les contours théoriques, les connaissances juridiques ne peuvent plus prendre la même part à l'édification de l'opinion publique. Ce n'est pas qu'elles soient devenues plus complexes, et par là plus inaccessibles à l'entendement commun. Au contraire ! Les grandes codifications du début du XIX<sup>e</sup> siècle les auront souvent considérablement simplifiées, comme lorsque le Code Napoléon supprima le système des substitutions

---

<sup>16</sup> On peut imaginer qu'une part au moins de nostalgie entre dans la fascination pour l'« invasion du droit » dont Jacques Krynen a parlé à propos du royaume de France des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles. Alors encore les « légistes », auto-proclamés « chevaliers d'une milice sans armes », siégeaient en bonne place à la curie royale, guidant le prince dans l'exercice de son nouveau pouvoir édictal (*jus constituendi vel edictendi*), supervisant la rédaction des coutumiers sous « l'influence salutaire » du droit romain, favorisant la « volonté politique de réglementer par le biais normatif des rapports entre particuliers ». Lors du conflit de Philippe le Bel avec le Pape (1296-1311), la résistance des juristes à l'argumentation des théologiens pontificaux n'offrait-elle pas l'image inversée, par anticipation historique et à six ou sept siècles de distance, de l'empiètement croissant des sciences économiques et sociales sur le champ juridique et du déclin concomitant, dans les disciplines juridiques, de la « rigueur », de la « précision » et de la « subtilité » dont le droit romain donnait le modèle ? (Voir les trois premiers chapitres sur « l'invasion du droit », « l'avènement des publicistes » et « science politique et critique des juristes », in Jacques Krynen, *L'Empire du roi : idées et croyances politiques en France (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle)*, Gallimard, Paris, 1993).

<sup>17</sup> Harold J. Berman, *Law and Revolution*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>18</sup> Laurent Waelkens, Recension de Hans Erich Troje, *Crisis digestorum*, Klostermann, Francfort sur le Main, 2011, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, p. 321.

<sup>19</sup> Diderot et d'Alembert, *Encyclopédie méthodique - Jurisprudence*, Paris, Panckoucke, 1786.

<sup>20</sup> David Hume, *Traité de la Nature humaine*, tr. Leroy, Paris, Aubier, 1973, p. 625, cité par Gilles Deleuze, « Hume », *op. cit.*, p. 235-236.

héréditaires dont Domat citait la complexité technique en exemple des dispositions « arbitraires ». Non, plus profondément les connaissances juridiques, comme désactivées, se sont vu retirer le rôle *actif* d'éclairer la délibération législative, de guider le décryptage des mœurs ou d'enrichir l'intelligence des situations historiques.

### **Affection réciproque**

Or il suffit de quitter un instant la pensée par lots et son imaginaire d'une « figure » *a priori* du savoir<sup>21</sup>, pour apprécier toute l'ironie de cette situation. Tâchons en effet de prendre un peu de recul, en revenant à l'origine discursive de la mise à l'écart de l'*ars iuris*. Au même moment où Kant rabattait la jurisprudence positive sur la *cognitio ex datis*, il invitait le philosophe à s'installer dans le fauteuil d'un magistrat, assimilant toute pensée à un *jugement* et présentant l'exercice le plus pur de la raison comme l'équivalent de l'activité d'une juridiction d'appel — au point que toute la conceptualité kantienne s'était ressentie de l'influence de ce schéma juridictionnel. De même Hegel, tout en subordonnant l'administration de la justice à des fins éthiques supérieures, gageait sur le droit romain son entreprise de concilier la raison et l'histoire. C'est seulement après avoir attribué à Rome la « mission historique » d'incarner le *Rechtzustand* qu'il se trouva en mesure d'une part de maintenir un « droit abstrait » calqué sur le droit privé de Rome, d'autre part de justifier l'instrumentation économique-politique de l'administration de la justice.

Autrement dit nos deux auteurs font à la jurisprudence un mauvais tour. Ils la déclassent, mais après seulement l'avoir dépouillée de ses meilleurs atours. C'est bien du monde de la robe et du barreau que Kant tire le modèle d'un tribunal des usages de la raison. Or ironiquement, c'est l'une des sentences rendues par ce même tribunal qui conclut à la relativité critique de la pensée juridique positive. N'a-t-on pas largement montré que toute la philosophie kantienne du droit reposait sur la distinction des formes de connaissance impliquées dans l'appréhension des normes ? Ce déplacement aura eu pour effet de rendre le tribunal de la raison compétent pour se prononcer sur la valeur de la pensée juridique. Ici la boucle n'est pas celle qui conduirait la raison à être à la fois juge et partie au tribunal de la raison ; elle réside bien plutôt en ceci que

---

<sup>21</sup> Voir plus haut, p. 42 seq.

le philosophe se compare à un juge, pour juger du démerite philosophique des (vrais) juges. La raison peut bien chercher à asseoir sa nouvelle autorité sur le dénigrement de celle de l'Écriture, mais où est-il *écrit* que la raison soit autorisée à juger ? Serait-ce peut-être dans la *Critique de la Raison Pure* ?

Quant à Hegel, son attitude n'est pas moins cavalière. Non seulement il maintient les compétences d'un Tribunal philosophique, simplement « dépaycé<sup>22</sup> » dans l'Histoire mondiale, mais c'est sur le patrimoine normatif du droit civil romain qu'il gage son projet de concilier la raison pratique et l'histoire. Or le privilège à la fois herméneutique et spéculatif qu'il accorde d'un côté au droit romain se paye par la *deminutio capitis* (la dégradation statutaire) qu'il lui réserve de l'autre. Car toute la matière jurisprudentielle qui permettait au *ius civilis* d'être appliqué au cas concret est détachée de lui, renvoyée au domaine de la vie éthique, où le « soin du droit » sera mené par des experts *en fonction* des intérêts de la société civile ou de l'État.

On peut assurément tirer plusieurs leçons de ces constatations générales. Une première lecture consisterait à souligner l'injustice que les philosophes commettent ici envers le droit ; à interpréter cette attitude comme une manière pour eux d'affirmer l'autonomie de leur propre magistrature spirituelle ; à retrouver peut-être ici la confirmation de l'antique concurrence des deux « disciplines », dont l'étude de longue durée nous reporterait spécialement vers l'ancien vis-à-vis de la scolastique juridique et de la théologie, tel que l'organisaient notamment les dispositions très concrètes de la bulle *Super speculam*<sup>23</sup>. Mais ce serait là précisément retomber dans une grille de lecture que toutes nos remarques précédentes appelleraient plutôt à questionner. N'aurions-nous pas plutôt déjà entrevu la possibilité que le destin moderne de la philosophie idéaliste fût *scellé* à celui de la jurisprudence ? Plutôt que de demander quelle discipline aurait influencé l'autre et comment<sup>24</sup>, il importerait de déterminer si l'évolution parallèle de ces deux corps de pensée ne possède pas une cohérence propre. En posant la question à ce niveau, on relativiserait effectivement la vision conventionnelle des découpages disciplinaires. Afin de pouvoir se transformer en philosophie de l'histoire, la philosophie idéaliste a dû absorber le droit romain, quitte à ce que cette absorption se solde par la production résiduelle d'une notion purement fonctionnelle de l'*ars iuris*. C'est seulement en agissant sur le droit (en

---

<sup>22</sup> Selon le terme d'usage dans le droit français, lorsqu'on transfère la connaissance d'une affaire d'un tribunal à l'autre.

<sup>23</sup> Voir ci-dessus, note 6 p. 45.

<sup>24</sup> J'ai déjà remarqué la difficulté d'établir de telles influences de manière univoque, ci-dessus p. 72.

l'appauvriissant) que la philosophie a agi sur elle-même (en s'agrandissant). Mais ce mouvement possède son envers symétrique. D'abord le droit *lui aussi* a agi sur la philosophie : à Kant, il a apporté toute la conceptualité du *jugement* ; à Hegel, il a fourni la matière historique du *droit abstrait* destiné à se substituer au droit naturel. Ensuite, comme nous allons le voir les conceptions philosophiques ont impulsé une réorientation profonde de la science juridique elle-même, dont l'école historique du droit fut le point d'origine.

L'un dans l'autre c'est cette affection réciproque des deux disciplines que je m'efforcerai de démêler. Pour ce faire, je considère un problème particulier : le droit civil médiéval de la possession. Deux raisons justifient ce choix : un parti-pris de méthode (*archéologie juridique*) et une préoccupation théorique (*fléchages*).

### **Archéologie juridique**

En resserant d'abord le rayon de l'analyse sur une institution particulière, nous serons mieux capables d'observer le jeu des réverbérations savantes dont elle fut l'occasion, comme nous l'observons en effet dans le cas de l'institution romaine de la *possessio*. Schématiquement, le droit romain de la possession fut *repris* à l'époque moderne dans au moins quatre discours de facture distincte :

- dans la doctrine jusnaturaliste de l'acquisition, telle que l'expose le *Droit de la guerre et de la paix* d'Hugo Grotius au début du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup>
- dans la première partie de la *Doctrine du droit* de Kant, consacrée à la doctrine du droit privé ; plus précisément dans la première section (« De la manière d'avoir quelque chose d'extérieur comme sien<sup>26</sup> ») et le premier chapitre de la deuxième section (« De la manière d'acquérir quelque chose d'extérieur » - le droit réel<sup>27</sup>).
- Dans le premier chapitre du « Droit abstrait ou formel » des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel

---

<sup>25</sup> *Hugonis Grotii De jure belli ac pacis libri tres : in quibus jus naturæ & gentium, item juris publici præcipua explicantur*, éd. Hagae comitis : apud Arnoldum Leers, 1680 ; trad. Barbeyrac : *Le droit de la guerre, et de la paix*, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, 1724 ; trad. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 (éd. or. 1867). S

<sup>26</sup> RL, §§ 1-9, tr. fr. p. 35-51.

<sup>27</sup> RL, §§ 10-17, tr. fr. p. 53-69.

- Dans le *Traité de la possession en droit romain* de Savigny de 1803<sup>28</sup>

En parlant de *reprises*, je souhaiterais suggérer que nous trouvons dans l'ensemble de ces textes — ici prélevés à titre d'échantillons significatifs au sein de familles naturellement plus larges <sup>29</sup> — quelque chose d'autre qu'une série d'*interprétations* dont il serait possible de mesurer les écarts ou de comparer les mérites. Car pour pouvoir conduire une comparaison dogmatique de cet ordre — indépendamment même de l'ampleur homérique de la tâche — il faudrait pouvoir supposer l'existence d'un plan homogène sur lequel projeter l'ensemble de ces leçons. Or quel serait le plan qui leur serait commun ? Grotius s'exprime au nom d'une nature dont les lois immuables doivent encadrer le *Jus Gentium Europaeum*, autrement dit le commerce maritime international et le comportement militaire des États territoriaux ; Kant écrit au nom d'une raison transformée en tribunal cognitif, capable de déchiffrer dans l'histoire, sans aucune compétence prophétique, les « exemples » ou les « signes » d'un progrès de la moralité universelle ; Hegel spéculé au nom d'un tribunal de l'histoire mondiale, appelé à terminer sa course dans la mémorisation d'elle-même ; quant à Savigny, nous verrons que sa perspective dépend d'un nouveau genre de romantisme littéraire, destiné à organiser la résistance des juristes à la législation politique, tout en favorisant la modernisation libérale de l'Allemagne. Autrement dit il y a entre ces discours une telle disparité, qu'il serait illusoire de vouloir comparer termes à termes, sans plus de précaution, ces diverses « reprises » du *jus possessionis*. Aussi mon ambition sera-t-elle de traiter le droit de la possession non pas comme un enjeu thématique qui autoriserait à aplatir ces différences, mais plutôt comme une *occasion* de mieux les mettre en lumière.

---

<sup>28</sup> Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1803. J'utiliserai l'édition anastatique de la septième et dernière édition : Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Siebente Auflage aus dem Nachlasse des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage, Wien, Carl Gerolds Sohn, 1865 ; Id., Aalen, Scientia Verlag, 1990. Trois traductions sont disponibles en français, datant chacune du XIX<sup>e</sup> siècle : *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, trad. J. Beving, Bruxelles, Hauman, 1840 ; *Traité de la possession en droit romain*, trad. Charles Fraivre d'Audelage, Paris, Joubert, 1845 et tr. Henri Staedler, Bruxelles, Bruylant, 1866, à laquelle je me référerai de préférence.

<sup>29</sup> Une lecture plus ponctuelle amènerait à distinguer à l'intérieur de chaque « famille », entre toute une série de postures, comme pour le jusnaturalisme entre la doctrine du droit d'occupation chez Grotius, Pufendorf ou Heineccius ; ou au sein de la science juridique entre le *Traité* de Savigny et ses reprises chez Puchta, Bruns ou Jhering. De même ces groupes se recoupent aisément entre eux, comme l'atteste le traité de la possession romaine d'Eduard Gans, qui tout en se situant sur le terrain de l'interprétation directe des sources romaines, se rallie contre Savigny à la philosophie hégélienne de l'État. Néanmoins, les ouvrages « majeurs » que je cite ici indiquent commodément un premier cadre de référence, qu'il sera loisible d'ajuster par la suite.

Je m'efforcerai donc de remonter de ces discours eux-mêmes vers une forme juridique qui les traverse tous. Si le corpus que je viens d'indiquer serait trop large par son échelle et trop divers par son contenu pour pouvoir faire l'objet d'aucun effort univoque d'*interprétation*, au sens de l'histoire des idées, ses proportions et sa composition en revanche sont tout à fait indiquées au contraire pour y observer la trajectoire d'une même forme juridique. Car de même que les *énoncés* dont Michel Foucault dans *L'Archéologie du savoir* faisait dépendre l'émergence des « formations discursives », les formes juridiques se signalent par leur constance relative et leur rareté :

À la différence de toutes ces interprétations dont l'existence même n'est possible que par la rareté effective des énoncés, mais qui la méconnaissent cependant et prennent au contraire pour thème la compacte richesse de ce qui est dit, l'analyse des formations discursives se retourne vers cette rareté elle-même<sup>30</sup>.

En me « retournant » vers la forme juridique du droit possessoire, mon but ne sera donc pas d'explorer pour elle-même la richesse propre aux différents discours de Grotius, Kant, Hegel et Savigny, mais de repérer la forme pérégrine qui les traverse tous, voyageant d'un bord à l'autre du savoir et du droit. L'hypothèse de ces déplacements en quelque sorte transfrontaliers vérifierait en effet notre thèse générale, puisque comme on l'aura remarqué, les différents discours que nous avons présentés tombent opportunément de part et d'autre de la frontière que les conventions universitaires font passer entre le domaine du droit positif et celui de la philosophie idéaliste.

Or pour procéder dans cet effort, il paraît avantageux de disposer d'un point de référence qui soit à la fois extérieur et commun à ces différents discours. La distanciation qu'autorise le simple recul dans le temps nous apportera exactement cette possibilité. En appréhendant la doctrine de la possession sous la forme *scolastique* qu'elle a reçue entre le XII<sup>e</sup> et le XIV<sup>e</sup> siècle, nous nous doterons d'un point de référence qui satisfera les deux conditions préalables que nous venons d'énoncer : d'être à la fois *repris* dans chacun de ces discours et *extérieurs* à tous.

Précisons néanmoins cette affirmation, en écartant aussitôt deux considérations qui pourraient la rendre surprenante. La première est qu'il ne va pas de

---

<sup>30</sup> Michel Foucault, *L'Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 158.

soi, en tout cas à première vue, que le droit médiéval de la possession soit « extérieur » au *Traité* de Savigny. Il est vrai, celui-ci témoigne d'une connaissance étincelante de la tradition juridique, notamment médiévale. Non seulement un long paragraphe consacré à « l'histoire littéraire du concept de possession (*Literärgeschichte des Begriffs*) » prend soin de rapporter les définitions de la possession que donnaient Jean Bassien et Azon, en indiquant exactement les sources où elles sont consignées (la glose d'Accurse et les commentaires d'Azon au code et d'Odofrède au digeste)<sup>31</sup>, mais Savigny s'y engage dans l'entreprise ardue de retracer l'origine proprement médiévale de quelques opinions professées « depuis par tous les nouveaux juristes » (*alle neuere Juristen überein*), reportant scrupuleusement les sources qui révèlent les opinions (*Meinungen*) de Placentin, d'Odofrède, de Jean Bassien, de Bartole et de Balde<sup>32</sup>. Pour toutes ces raisons, la doctrine de Savigny paraît donc très affine à l'analyse scolastique de la possession. En plus d'en porter explicitement la mention, elle partage avec elle le fait de s'être développée à partir de l'exégèse minutieuse des compilations byzantines de l'ancien droit romain. Pourtant cette évidente contiguïté à la fois documentaire et, si l'on peut dire, professionnelle cache des différences si profondes, que l'œuvre de Savigny peut apparaître à bien des égards comme un *renoncement* à la scolastique, ou du moins comme une manière d'arracher résolument la science juridique à son influence. Comme nous le verrons, si la pensée médiévale apparaît bien dans le *Traité*, c'est de manière essentiellement négative, pour être désignée comme erronée. En ce sens on peut dire qu'elle lui demeure *extérieure* : sinon à la lettre, du moins en substance<sup>33</sup>.

À l'inverse, on pourra douter que la scolastique juridique soit même *présente* dans la philosophie de l'idéalisme allemand. Mais au-delà de l'évident contraste entre l'appareillage érudit de l'étude de Savigny et le dépouillement littéraire de la leçon

<sup>31</sup> RB, § 10, p. 139 n.1.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 140-146.

<sup>33</sup> Un indice de cette extériorité nous est d'ailleurs donné par l'effacement relatif du *ius commune* médiéval dans les deux études d'histoire juridique les plus récemment consacrées, *pro parte* ou *pro toto*, à la doctrine de la possession chez Savigny. Lorsqu'elles ressentent le besoin d'inscrire la doctrine de Savigny dans l'histoire, c'est surtout pour la comparer à l'œuvre de l'humaniste Hugues Doneau (Hugo Donellus, *Commentarii de iure civile*, Francoforti apud heredes Andreae Wecholi, 1589) dans la ligne de l'étude de Christian Bergfeld, « Savigny und Donellus », in Heinrich Coing (éd.), *Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. Von Savigny*, Ius Commune, 8, 1979, p. 24-35. Dans l'ouvrage de Kenichi Moriya (*Savignys Gedanke im Recht des Besitzes*, Francfort sur le Main, Klostermann, 2003, la brève indication de la position des commentateurs médiévaux quant à la définition de la possession comme un fait ou comme un droit (p. 6 seq., mais aussi p. 15) nous amène surtout à regretter que la comparaison n'ait pas été creusée davantage. Quant à Thiago Reis, *Savignys Theorie der juristischen Tatsache*, Francfort sur le Main, Klostermann, 2013, il s'en tient à l'analyse interne et synchronique de l'œuvre de Savigny.

des philosophes — dont les références à l’histoire savante conservent un caractère typiquement sporadique — une considération de philologie apporte un premier fond de vraisemblance à ce rapprochement. C’est qu’une séquence continue de contiguïtés littéraires rattache de fait les doctrines philosophiques du droit du *Sattelzeit* allemand au *ius commune* médiéval. Les *Principes* de Hegel s’appuient à la fois sur Heineccius et sur la *Doctrine du droit* de Kant<sup>34</sup>. À son tour celle-ci s’adosse directement au manuel de droit naturel de Gottfried Achenwall<sup>35</sup>. Heineccius aussi bien qu’Achenwall appartiennent incontestablement à cette école du jusnaturalisme classique dont il est convenu de rapporter l’émergence à Grotius. Or à la suite des théologiens de la seconde scolastique espagnole<sup>36</sup>, cette même école avait intégré toute la scolastique de l’*utrumque ius* au système standard de ses sources. Non seulement les Prolégomènes du *De Jure Belli ac Pacis* font figurer en bonne place parmi leurs sources les « professeurs de la science du droit des romains (*profitentes Iuris romani scientiam*) [...] qui succédèrent à Irnerius, Accurse, Bartole et tant d’autres noms qui ont longtemps régné dans le barreau<sup>37</sup> » (*et tot alia nomina quos penes diu fori regnum fuit*), mais c’est toute la trame démonstrative de l’ouvrage qui est émaillée par les sources de la scolastique juridique<sup>38</sup>.

Dès lors, s’il est vrai que ni Kant ni Hegel ne citent Azon, Odofrède ou Jean Bassien — et l’on comprend aisément que leurs principes ne les aient pas induits à le faire — du moins rien n’exclut que leur discours ait pu porter l’empreinte de leurs inventions. Malgré leur effort doctrinal pour parachever ou dépasser la pensée jusnaturaliste — en la passant notamment au filtre critique de la distinction des sources de la connaissance, pour en écarter les éléments trop « anthropologiques » ou trop « empiriques » — les philosophes n’en ont pas moins dépendu au plan littéraire d’un type d’exposé de droit naturel qui, par contiguïté, les faisait penser au contact

<sup>34</sup> Pour le détail des sources juridiques de Hegel, voir ci-dessus note 77, p. 150.

<sup>35</sup> Gottfried Achenwall, *Jus naturae in usum auditorum*, Göttingen, 1753. Le tome 19 de l’*Akademie Ausgabe* des œuvres de Kant contient une édition partielle de l’ouvrage, assorti des notes marginales de Kant qui forment le noyau de la *Rechtslehre*.

<sup>36</sup> Sur le rôle de la seconde scolastique dans la formation du jusnaturalisme classique, voir Francesco Todescan, *Le Radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, Milan, Giuffrè, 2001 — dont les thèses peuvent être pondérées par les réflexions de Ernst Bloch, *Droit naturel, op. cit.*, en particulier p. 48 *passim*.

<sup>37</sup> Grotius, *De Belli jure, op. cit.*, Prolégomènes, § 47, tr. Pradier-Fodéré, p. 27.

<sup>38</sup> Sur la présence des glossateurs et des commentateurs médiévaux du droit justinien chez Grotius, voir Ernest Nys, *Le Droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruxelles, C. Muquardt, 1882, p. 157 qui significativement renvoie pour la présentation des auteurs invoqués par Grotius à l’*Histoire du droit romain au Moyen Âge* de Savigny.

des juristes médiévaux. En ce sens on peut bien envisager une *reprise* de la scolastique juridique dans l'idéalisme : sinon en substance, du moins à la lettre.

## **Fléchages**

C'est donc de l'institution de la possession elle-même qu'il faut partir pour observer l'ensemble des tentatives qui, au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle, s'en sont partagé l'exégèse. Cependant, si la distanciation historique est bénéfique, pourquoi s'en tenir à la forme scolastique de cette institution et ne pas remonter à sa source première dans le droit romain proprement dit, d'époque tardo-républicaine ou impériale ? Un premier élément de réponse ressort déjà de ce qui vient d'être dit : la forme scolastique possède l'avantage d'une certaine *étrangeté* au *Traité de la possession* de Savigny. Non pas qu'elle lui ait été inconnue, loin s'en faut ! mais elle lui paraissait entachée d'une série de « défauts<sup>39</sup> ». Or il faut ajouter que cette différence doctrinale, somme toute banale, se complique d'une mise en récit proprement *romantique* de l'histoire du droit, impliquant la décision d'agrandir le passé dont Rome était supposée renvoyer l'image. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, Ihéring voudra ridiculiser ce tropisme, en reprochant à Savigny d'avoir opposé le « repas luxueux » (*schwelgerische Mahl*) de la possession romaine à la « soupe populaire » (*Bettelsuppe*) de ses interprétations médiévales<sup>40</sup>. Or on se tromperait en prêtant cette tendance à un simple excès d'admiration intellectuelle pour l'habileté des *iuris periti* de l'ancienne Rome. À la dépréciation doctrinale de la scolastique répondait la valorisation romantique du droit romain. L'une et l'autre allaient de pair. Il est sans doute difficile, à la lecture de Savigny, de distinguer laquelle de ces deux tendances prime sur l'autre, tant elles sont imbriquées. Mais l'une au moins de ses conséquences sera d'ores et déjà sensible.

C'est que « l'œuvre de mémoire<sup>41</sup> » (*opera di memoria*) sur quoi repose tout le travail juridique de Savigny donne à ses conceptions un *fléchage* temporel propre. En

---

<sup>39</sup> Selon le titre du § 83 (« Ihre Mängel ») du chapitre consacré au « caractère scientifique » général de la scolastique juridique dans l'*HDRMA*, t. 5, p. 235 seq.

<sup>40</sup> Rudolf von Jhering, « Bilder aus der römischen Rechtsgeschichte, I, Das Occupationsrecht an herrenlosen Sachen einst und jetzt », in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1884 [1880], p. 127-136, p. 134.

<sup>41</sup> Mario Bretone, « Il *Beruf* e la ricerca del tempo classico », in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, « Su F.C. von Savigny », n. 9, 1980, p. 189-216, p. 189.

d'autres termes cette pensée renferme elle-même une interprétation de sa propre historicité. Pour s'édifier, elle doit projeter sa propre image dans un passé qu'elle brûle en même temps de revivifier. Or le Moyen Âge occupe une place tout à fait ambivalente dans le schéma de cette sorte d'égo-histoire collective de la profession juridique. Car si une représentation romantique porte Savigny à ancrer dans la Rome ancienne l'imaginaire juridique nouveau, les contraintes de la réalité documentaire et philologique le plongent au contraire, dans ses méthodes de travail, en plein dans les sources médiévales. Ainsi, tout en méprisant le contenu doctrinal des sources scolastiques, Savigny en promeut l'étude au plan pratique, comme en atteste la gigantesque entreprise philologique de l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge*, dont l'une des premières ambitions fut d'assurer la récupération matérielle de l'ancienne tradition romaine. Voilà donc une seconde raison d'épouser le point de vue médiéval. Il semble fournir les meilleurs indices de ce branchement contradictoire entre la *prose* des modalités effectives du travail philologique et la *poésie* de l'imagination philosophico-juridique.

Or ce fut précisément l'un des effets de ces fléchages temporels que de faire apparaître la possession comme une institution « médiévale », dont il fallait restaurer la forme authentiquement romaine. Le *Traité de la possession* de 1803 doit se lire comme cette tentative de sauvetage. De même qu'en philosophie Heidegger cherche à sauver la vérité native de la première philosophie grecque, en débarrassant sa mémoire de toutes les scories latines qui la maculent d'une différence onto-théologique historiquement postérieure, Savigny voudrait décaper le *jus possessionis* romain, pour l'arracher à ses formulations proprement médiévales. Ainsi l'ambition de donner une seconde vie aux idées juridiques de l'antiquité romaine — qui apparut quelque part entre Göttingen et Marburg, c'est-à-dire entre le rationalisme préromantique de l'école de Göttingen et l'école historique du droit proprement dite — devint indissociable du projet de les faire voir isolément de toute la tradition scolastique du *ius commune*. Mais au moment où ce projet fut lancé, la logique du sauvetage donnait par contrecoup une couleur indubitablement « médiévale » à la doctrine de la possession qui se trouvait la plus communément admise par la jurisprudence positive.

Une affirmation si générale appelle naturellement quelques réserves. Tout d'abord, nous savons bien qu'en introduisant l'exigence d'historiciser l'exégèse des Pandectes, la jurisprudence élégante et l'humanisme juridique du XVI<sup>e</sup> siècle avaient

ébranlé la suprématie de la méthode dialectique dans le *ius commune*, qui avait été de mise en effet depuis que le droit civil fut enseigné au XII<sup>e</sup> siècle à travers des *quaestiones*<sup>42</sup>. N'est-ce pas d'ailleurs l'origine de l'admiration que Savigny professait pour une partie des juristes humanistes, qui comme Doneau avaient voulu débarrasser le droit romain de cette rustre enveloppe dialectique<sup>43</sup> ? Par ailleurs, depuis les années 1970 une série d'études ont montré tout l'intérêt de rendre son indépendance et sa place à l'étude du droit moderne, nous délivrant du même coup de l'idée que le droit italien, selon la boutade d'Arturo Carlo Jemolo, s'arrêtait à la conquête de l'Amérique<sup>44</sup>. Mais si juste que soient ces rappels, ce sont là *nos* fléchages. Car pour s'en tenir à la représentation première des animateurs de l'école historique, il convient avant tout de restituer au mot « médiéval » le sens large qui est peut-être son sens premier, et qui s'entend plus facilement en Allemagne ou en Italie qu'en France. Le *medium aevum* désigne alors en effet l'âge *intermédiaire*, au sens non seulement du « long Moyen Âge » que Jacques Le Goff faisait courir jusqu'à la Révolution française<sup>45</sup>, mais précisément de l'expression de « droit intermédiaire » (*diritto intermedio*) qui fut mise en circulation par la science juridique du XIX<sup>e</sup> siècle, pour englober sous un même chef tout ce qui la séparait de l'antiquité des Sévères et des Antonins. C'est ce sens qui apparaît sous la plume de Georg Puchta, « Lieutenant du Roi » de l'école historique<sup>46</sup>, lorsqu'il écrit en 1828 que le Moyen Âge est encore le « présent » de l'Allemagne :

---

<sup>42</sup> Donald R. Kelley, « Legal Humanism and the Sense of History », *Studies in the Renaissance*, 13, 1966, p. 184-199 ; Hans Erich Troje, *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluss des Humanismus*, Goldbach, Keip, 1993. Sur l'importance de l'enseignement par *quaestiones* dans la mise en place de la méthode dialectique médiévale, voir Erich Genzmer, « Quare Glossatorum », in *Gedächtnisschrift für Emil Seckel, Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät*, t. I, Pavie, 1934, p. 347-430 et Manlio Bellomo, « "Legere, repetere, disputare". Introduzione ad una ricerca sulle "questiones civilistiche" », in *Medioevo edito e inedito*, t. 1, Scholae, universitates, studia, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000 [1974], p. 51-98.

<sup>43</sup> Christian Bergfeld, « Savigny und Donellus », *op. cit.*

<sup>44</sup> Le célèbre canoniste regrettait ainsi que les historiens du droit italien délaissent en effet la période moderne au profit du Moyen Âge (citée par Paolo Alvazzi del Frate, « L'historiographie juridique en Italie », *Clio@Thémis*, 1, 2009, en ligne URL <http://www.cliothemis.com/L-historiographie-juridique-en>). Voir aujourd'hui par exemple Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turin, Giappichelli, 2002 et pour combler une importante partie du vide Douglas J. Osler, *Jurisprudence of the Baroque: A Census of the Seventeenth Century Italian Legal Imprints*, 3 t., Francfort sur le Main, Klostermann, 2009.

<sup>45</sup> Jacques Le Goff, « Pour un long Moyen Âge », in *L'Imaginaire médiéval*, Paris, Gallimard, 1985 [1983], p. 7-13.

<sup>46</sup> Ainsi qu'il se désigne lui-même dans une lettre adressée la même année à Savigny, conservée aux archives de Marburg et citée par Johann Braun, « Die Besitzrechtsstreit zwischen F.C. von Savigny und Eduard Gans – Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), p. 457-506, p. 467.

Während nämlich das Alterthum, also die alte Welt im Gegensatz zu der neuen, etwas abgeschlossenes ist, [...] so ist dies ganz anders für die neue Zeit, in deren Mitte wir uns selbst noch befinden. Wenn wir selbst auf unsere Vergangenheit z. B. auf das Mittelalter zurücksehen, so ist dies eine Vergangenheit, welche in keiner Rücksicht als eine schon beschlossene angesehen werden kann.

Tandis que l'antiquité est quelque chose d'achevé, un monde ancien qui s'oppose au nouveau, il est va tout autrement du Temps nouveau, au milieu duquel nous nous trouvons encore nous-mêmes. Lorsque nous tournons notre regard en arrière vers notre passé, par exemple vers le moyen-âge, il s'agit là d'un passé qu'on ne saurait en aucun cas tenir pour clos<sup>47</sup>.

Cette conception typiquement romantique du Moyen Âge ne recouvre-t-elle pas assez exactement l'idée hégélienne d'un *Royaume germanique* commencé avec le christianisme et resté depuis le faite de l'histoire mondiale ? En tout cas le « Temps nouveau » évoqué par Puchta correspond bien à l'idée d'un « long » moyen-âge, dont l'époque que nous appellerions quant à nous « moderne » ne constituerait jamais qu'une spécification particulière — au point d'avoir longtemps échappé à l'attention de l'historien du droit.

◦  
◦ ◦

Voici donc le cadre qui nous permettra de mettre à l'épreuve la critique philosophique avancée dans la première partie de cette étude. Après avoir reconstitué la généalogie philosophique de la mise à l'écart discursive de la jurisprudence et exposé la double ironie qui résultait de cette évolution, tant pour la culture philosophique que pour la culture juridique, il s'agit désormais de compléter ces considérations par une enquête ponctuelle, sur le terrain même de l'histoire du droit positif. Je procéderai pour ce faire en trois temps. J'indiquerai d'abord l'ambition spécifique (chapitre 2) et les prémisses méthodologiques générales (chapitre 3) du *Traité sur la possession en droit romain* de Savigny. Puis j'exposerai deux aspects de

---

<sup>47</sup> Georg Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 t., Erlangen, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 1828, t. 1, p. 124 ; cité par Emanuele Conte, « Possedere l'uso. Profili oggettivi e soggettivi della consuetudine nel diritto comune », in Silvia Zorzetto (dir.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2008, 41-61, p. 42.

la doctrine scolastique de la possession (chapitres 4 et 5) effacés par l'analyse de Savigny lui-même (chapitre 6).

## Chapitre 2

### L'ENCERCLEMENT IDÉAL

#### Un problème juridique

En 1885, le comte docteur Leo Piniński publiait à Leipzig le premier tome d'une étude sur *Le Fait de l'acquisition de la possession en droit commun* — le second paraîtrait trois ans plus tard. Voici comment il introduisait son lecteur à cette somme de plus de mille pages :

Obwohl vielleicht nicht eine einzige Partie des römischen Rechts in unseren Jahrhundert, besonders aber in den letzten zwanzig Jahren, so oft wissenschaftlich bearbeitet worden ist, wie die Besitzlehre, obwohl gerade die hervorragendsten Juristen unserer Zeit sich mit dieser Materie eingehen befasst haben, glaube ich dennoch, daß [...] das Erscheinen eines neues Buches über den Besitz einer besonderen Rechtfertigung nicht bedarf.

Bien qu'aucune partie sans doute du droit romain n'ait suscité un tel travail d'élaboration scientifique que la doctrine de la possession, tout spécialement lors des vingt dernières années ; bien que les juristes les plus remarquables de notre temps (*Zeit*) se soient déjà penchés minutieusement sur cette matière, je ne crois pas néanmoins [...] qu'il soit besoin d'apporter aucune justification particulière à la parution d'un nouvel ouvrage traitant de la possession<sup>1</sup>.

On compterait par centaines, dans l'ensemble des langues européennes, les études dont ces lignes auraient pu ouvrir la préface. Elles auraient aussi bien figuré, inchangées, en tête des travaux de Jean Crémieu<sup>2</sup>, d'Antônio Joaquim Ribas<sup>3</sup>, de Wilhelm Kindel<sup>4</sup>, de Georges Cornil<sup>5</sup>, d'Ernst Emmanuel Bekker<sup>6</sup>, d'Alberto

---

<sup>1</sup> Leo Grafen Piniński, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Eine zivilistische Untersuchung*, t. 1, Leipzig, Dunker und Humblot, 1885, p. VII.

<sup>2</sup> Jean Crémieu, *Théorie des actions possessoires ou des moyens juridiques de faire valoir la possession en droit romain et en droit français*, Paris, Guilbert, 1846.

<sup>3</sup> Antônio Joaquim Ribas, *Da Posse e das Ações Possessórias*, São Paulo, Miguel Melillo, 1901.

<sup>4</sup> Wilhelm Kindel, *Die Grundlagen des römischen Besitzrechts*, Berlin, Franz Vahlen, 1883.

<sup>5</sup> Georges Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris, Fontemoing, 1905.

Tartufari<sup>7</sup>, d'Heinrich Hackfeld Pflüger<sup>8</sup>, d'Edouard Vermon<sup>9</sup>, d'Oswald von Schmidt<sup>10</sup>, d'Odoardo Ruggieri<sup>11</sup>, de Ferdinand Kniep<sup>12</sup>, de Wolfgang Stintzing<sup>13</sup>, de Jean-Pierre Molitor<sup>14</sup>. Un voyage de près d'un demi-siècle les aurait menées de Leipzig à Milan, de Tartu à São Paulo. Mais aucune étude sérieuse ne saurait plus aujourd'hui commencer par leur reproduction.

La série des « traités de la possession » s'est en effet interrompue. Le droit romain de la possession n'accapare plus guère « les juristes les plus remarquables de notre temps ». Lorsqu'il arrive encore que la doctrine contemporaine rappelle le vieux problème, c'est avec une désinvolture qui tranche si nettement avec le style des anciens traités, que jamais le Dr. Grafen Piniński ni aucun de ses confrères n'auraient rien trouvé de « scientifique » à ces essais de circonstance, faute d'y trouver cette combinaison, si particulière à l'école historique du XIX<sup>e</sup> siècle, de l'enquête philologique et de l'effort exégétique<sup>15</sup>. Ou bien encore le problème prend ouvertement valeur de cas d'école et sert de faire-valoir pour vanter une méthode nouvelle<sup>16</sup>. En ouverture de l'une de ces tentatives, un auteur n'hésitait pas à prétendre que seul le « cercle minuscule des historiens du droit » (*tiny set of legal historians*) conservait le souvenir de l'œuvre de Savigny — c'est-à-dire à l'exception notable de sa propre personne, qu'il serait difficile de faire tenir dans un cercle si petit. Passé ce cercle restreint, Savigny ne serait plus qu'« à peine un nom<sup>17</sup> » (*barely a name*). Une telle assertion n'aurait-elle pas été impensable au temps des Kniep, des Ruggieri et des Molitor, à qui le nom de Savigny était « sacrosaint<sup>18</sup> » ? Au contraire, il faut admettre que lorsqu'un historien du droit retrouve aujourd'hui le problème, sa

---

<sup>6</sup> Ernst Emmanuel Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, Von Breitkopf und Härtel, 1880.

<sup>7</sup> Alberto Tartufari, *Della acquisizione e della perdita del possesso*, Milan, L. Vallardi, 1887.

<sup>8</sup> Heinrich Hackfeld Pflüger, *Die sogenannten Besitzklagen des Römischen Rechts*, Leipzig, Dunkler und Humblot, 1890.

<sup>9</sup> Edouard Vermon, *Théorie générale de la possession en droit romain*, Paris, Larose, 1895.

<sup>10</sup> Oswald v. Schmidt, *Über den Begriff des Besitzes nach römischem Rechte*, Tartu, Schünmanns Wittwe u. C. Mattiesen, 1860.

<sup>11</sup> Odoardo Ruggieri, *Il possesso e gli istituti prossimi ad esso trattato in diritto romano*, Firenze, G. Pellas, 1890.

<sup>12</sup> Ferdinand Kniep, *Vacua Possessio*, 2 vol., Iena, 1886.

<sup>13</sup> Wolfgang Stintzing, *Zur Besitzlehre. Kritische Streifzüge*, München, Ackermann, 1892.

<sup>14</sup> Jean-Pierre Molitor, *La Possession en droit romain*, Ghent, Noyer, 1868.

<sup>15</sup> Signalons par exemple en langue italienne Federico Scioli, *Il Possesso*, Turin, Grapiccheli, 2002.

<sup>16</sup> Voir par exemple James Gordley et Ugo Mattei, « Protecting Possession », *American Journal of Comparative Law*, N. 44 (293), 1996, p. 293-334.

<sup>17</sup> Richard A. Posner, « Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession », *Virginia Law Review*, 86 (3), Avril 2000, p. 535-567, p. 536.

<sup>18</sup> Selon le terme de Hermann Kantorowicz, « Savigny and the historical school of law », *Rechtshistorische Schriften*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1970 [1937], p. 419-434, p. 421.

réflexion n'est plus confrontée à une vague de publications des « vingt dernières années » dont la qualité, la masse et la disparité donneraient à leur objet commun le caractère d'un enjeu brûlant<sup>19</sup>. Comme figure juridique vivante, et malgré quelques résurgences cycliques, la question de la possession s'enfonce résolument dans le XIX<sup>e</sup> siècle.

Aussi ne se présente-t-elle plus à nous avec l'évidence que lui prêtait Piniński. Délaissant pour de bon l'ambition de « réduire les incertitudes et les doutes<sup>20</sup> » qui entourent cette doctrine, je demanderai donc plutôt *comment* ce problème autrefois s'est posé. Cette question invite à faire l'histoire, non pas tant de la possession elle-même que de sa constitution historique en problème, pour reprendre le modèle d'une distinction de méthode dont Georges Canguilhem a montré l'importance en histoire des sciences<sup>21</sup>. S'il est vrai que le problème de la possession, pour la culture juridique contemporaine, ne se pose plus véritablement ; s'il n'apparaît plus guère que comme une question d'école, sans plus présenter aucun enjeu majeur ni pour le droit positif, ni pour l'édification d'ensemble de la doctrine juridique, pourquoi donc fut-il si important pour l'école historique du droit, et avec elle pour toute la pensée juridique du XIX<sup>e</sup> siècle ?

S'il est un ouvrage pour répondre à cette question, c'est bien le *Traité de la possession en droit romain* de Friedrich Carl von Savigny. Non seulement l'effort conjoint de ses détracteurs les plus brillants, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et dans la première moitié du XX<sup>e</sup>, n'aura pas suffi à dissiper le lieu commun qui pousse encore à y voir la plus influente monographie de la science juridique moderne<sup>22</sup>, mais il est indubitable que c'est elle qui aura fourni le stéréotype même de l'interminable série

---

<sup>19</sup> En plus de Gunter Wesener, « Ius possessionis », in Dieter Medicus et Hans Hermann Seiler (dir.), *Festschrift für Max Kaser*, Munich, Bech, 1976, p. 159-178, citons toutefois en France les travaux de Lucien Masméjan, *La Protection possessoire en droit romano-canonique médiéval*, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1990 et de Nicolas Cornu-Thénard, *La Notion de fait*, *op. cit.*

<sup>20</sup> Piniński, *op. cit.*

<sup>21</sup> Pour ce philosophe et historien de la médecine, il importe de ne pas confondre l'objet de l'histoire des sciences avec l'objet de la science. Voir Georges Canguilhem, « L'objet de l'histoire des sciences », in *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 2002 [1968], p. 9-24.

<sup>22</sup> Dans les termes de John Austin par exemple : « of all books upon law the most consummate and masterly » (cité par Hermann Kantorowicz, *op. cit.*). C'est cette image que s'appliqueront à briser des auteurs tels que Rudolf von Jhering, Eugen Ehrlich ou Hermann Kantorowicz. On peut juger de l'aspect mitigé de leur réussite au fait qu'un coffret du fac-similé des sept éditions successives du *Traité* soit aujourd'hui proposé par les éditions Vico de Francfort contre une somme avoisinant les deux tiers d'un mois de salaire minimum légal français, ce qui destine sans doute moins cet article aux doctorants en histoire, qu'aux avocats qui tiennent à faire ostentation de leurs *lettres*, en installant ce coffret en bonne place sur les rayonnages de leur cabinet.

des études dont nous venons d'extraire quelques exemples. Pourquoi donc Savigny s'est-il penché sur la question de la possession et d'où vient que celle-ci ait nourri depuis lors près d'un siècle d'intenses débats juridiques ?

En termes d'histoire *tout court*, nous disposons de plusieurs éléments de réponse à cette question. Qu'il me suffise ici d'en rappeler quelques uns. Dans une étude éclairante, James Whitman a montré que le droit de la possession avait captivé l'attention des milieux juridiques en raison de ses incidences au moins potentielles dans le contexte de la question agraire (*Agrarfrage*)<sup>23</sup>. Cette question constituait en effet l'un des premiers problèmes politiques qui se posaient à l'Allemagne de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, où la plupart des paysans continuaient en effet d'être soumis à un régime juridique de type féodal. Sous des formes qui variaient beaucoup selon les principautés et les États, cette situation perdura au moins jusqu'à l'émancipation de 1848, la *Bauernbefreiung*. C'est dans ce contexte que paraît en 1803 l'ouvrage qui allait faire la gloire du jeune Savigny et lui vaudrait bientôt l'accueil chaleureux de Goethe à Weimar<sup>24</sup>. Dans l'intervalle de temps qui sépare la constitution du Tribunal révolutionnaire de 1792 de la bataille d'Iéna en 1806, l'ouvrage de Savigny revivifiait une notion de la possession qui, si elle était mise en pratique par les juges, suffirait à soulager une grande partie des paysans de leurs obligations féodales. Ce faisant le *Traité* annonçait l'implication nouvelle des professeurs de droit dans la modernisation de l'Allemagne. Comme l'explicitera près de dix ans plus tard le célèbre écrit programmatique qui paraîtra sous le titre *De la Vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence*<sup>25</sup>, l'étude du droit romain relevait d'une « mission ». Revivifié par la science, le droit civil des Antonins servirait de sésame pour la libéralisation du droit privé positif de l'Allemagne. Il permettrait d'alléger la condition juridique des paysans, sans devoir en appeler pour cela à aucun législateur, ni succomber à cette « maladie politique » qui conduisit les Jacobins français à vouloir piloter la jurisprudence positive par des voies proprement politiques, quitte à détruire l'ordre juridique existant. N'est-il pas remarquable qu'un pamphlet rédigé contre la codification du droit privé ait pour axe central une référence au droit romain et un éloge de l'étude de ses sources, présentées comme des « êtres

---

<sup>23</sup> James Q. Whitman, *Legacy*, *op. cit.*

<sup>24</sup> Stoll, cité par Alfred Dufour, *op. cit.*, p. 7.

<sup>25</sup> « Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », in Jacques Stern, *Thibaut und Savigny. Ein Programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin, Vahlen, 1914, p. 72-86 ; tr. fr. Alfred Dufour, Paris, PUF, 2006.

réels<sup>26</sup> » ? Précisément ce fait doit être mis en regard de la perspective implicite du *Traité* de 1803, dont la parution précéda d'un an la promulgation du Code napoléon. Non seulement le modèle codificatoire français était inaccessible en pratique à une Allemagne beaucoup trop morcelée sur le plan politique pour pouvoir envisager, au grand dam de Hegel<sup>27</sup>, aucune action législative d'envergure — mais en principe cela était aussi peu à souhaiter que de contracter un « cancer<sup>28</sup> ».

L'interprétation que Savigny proposait de la possession, en s'appuyant sur l'exégèse serrée des Pandectes et du droit justinien, donnait le change. Elle venait précisément annoncer la possibilité, même sans projet législatif aucun, d'expurger la discipline contemporaine du droit réel de ses éléments féodaux. Bien sûr le professeur von Savigny ne tenait pas à lui seul les rênes de l'ordre juridique. Il ne se tournait pas non plus, on vient de le dire, vers le législateur, pour l'inciter à modifier le droit existant par le moyen politique. Précisément c'était par des voies *savantes* qu'il passait. En fouillant les textes du Digeste, il pensait retirer leur fondement juridique aux obligations qui continuaient de placer les paysans dans une condition de presque servitude.

Aussi l'insistance de l'*Agrarfrage*, en tant qu'arrière-plan politique immédiat de l'efflorescence des doctrines scientifiques de la possession, est-elle indéniable. Elle rejoint d'ailleurs, à près de deux mille ans de distance, le contexte général qui, à Rome, semble avoir entouré l'émergence du droit de la possession, puisque cette idée servit à encadrer l'exploitation agricole de terres situées sur l'*ager publicus* dont l'État restait seul propriétaire au plan juridique<sup>29</sup>. Sans revenir sur le rôle de ces paramètres ou de ces incidences politiques, je voudrais pour ma part me pencher sur

---

<sup>26</sup> Le troisième chapitre du *Beruf*, qui en compte onze, est consacré au droit romain, tr. fr. p. 63-68.

<sup>27</sup> Dès la première ligne de son essai de 1802 sur la *Constitution de l'Allemagne*, Hegel se lamentait : « l'Allemagne n'est plus un État (*Deutschland ist kein Staat mehr*) », in G.W.F. Hegel, *Über die Reichsverfassung* (éd. Kurt Rainer Meist), Hambourg, Meiner, 2004, p. 3.

<sup>28</sup> Cité par Alfred Dufour, introduction à *Beruf*, p. 8. Jellinek donnerait plus tard une rationalisation plus pondérée de cette hostilité envers la codification politique : « On peut bien obtenir quelque résultat social, fût-il négatif, au moyen de la force brutale de l'État (*durch Anwendung brutaler Macht der Staat*), comme la Contre-Réforme et la Convention nationale française en ont donné l'exemple. Mais ces résultats sont eux-mêmes limités et passagers, ainsi que l'ont révélé la reconnaissance de la liberté de culte dans les États catholiques et la Restauration française », Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914 [1900], p. 124.

<sup>29</sup> Barthold Georg Niebuhr, *Römische Geschichte*, Berlin, 1853, t. 2, p. 436, tr. fr. *Histoire romaine*, t. 3, Paris, 1830, p. 200 ; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions de l'ancienne France. Les origines du système féodal*, Paris, Camille Julian, 1890, p. 65 seq ; Francesca Bozza, « Sull'origine del possesso », in *Ann. Macerata*, 6, 1930 ; id. *La possessio dell'ager publicus*, 2 t. Milan, Giuffrè, 1938 ; Claude Nicolet, *Les Gracques ou Crise agraire et révolution à Rome*, Paris, Juliard, 1967, p. 98 passim. ; Luigi Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età repubblicana*, Milan, Giuffrè, 1969.

le déplacement qui a permis de placer dans la *Bestizlehre* un tel enjeu, indissolublement politique et savant. Car un tel déplacement supposait non seulement un agenda politique immédiat — que l'historien reconstitue après-coup — mais une reconfiguration interne de l'économie du savoir juridique. Tâchons donc d'éclairer cette reconfiguration plus large, et avec elle les prémisses conceptuelles et méthodologiques qui conditionnent l'analyse juridique de la possession.

### **Le cercle et l'impossible**

L'originalité scientifique de l'école historique du droit a souvent été rapportée à l'union extérieure de deux approches apparemment antinomiques du phénomène juridique : une approche historique, fondée en premier lieu sur la connaissance philologique de la transmission littéraire des sources de droit, et une approche systématique, fondée sur l'interprétation dogmatique de ce que le *Système du droit romain actuel* de 1840 nommera des *Rechtsinstitut*, c'est-à-dire des idées juridiques pures qui se trouvent au fondement de ce que nous désignerions proprement en français comme des « institutions » juridiques. Toute lecture de l'œuvre de Savigny se trouve dès lors confrontée à la difficulté de devoir préciser l'articulation de ces deux approches, tour à tour dirigées vers la plus positive des histoires et la plus anhistorique des abstractions. Ainsi pour l'historien du droit Aldo Mazzacane, le système primerait chez Savigny sur l'histoire et il y aurait :

una gerarchia molto esplicita, tracciata in maniera costante, dalle opere giovanili, fino a quelle della maturità, tra l'elaborazione tecnico-formale del diritto e la ricerca storica, che ad essa fornisce i materiali, le informazioni sui precedenti, le notizie « letterarie » esterne e preliminari.

une hiérarchie très explicite, dessinée de manière constante des œuvres de jeunesse jusqu'à celles de la maturité, entre l'élaboration technico-formelle du droit et la recherche historique, qui fournit à celle-ci les matériaux, l'information relative aux précédents et les notices « littéraires » externes et préliminaires.

Inversement, les concepts de la systématique seraient destinés à :

costituire il punto di riferimento per le grandi opzioni dell'indagine storiografica.

offrir le point de référence des grandes alternatives qui s'ouvrent à l'enquête historique<sup>30</sup>.

Pourtant il n'est pas certain que le recours au lexique énergique de la « hiérarchie » suffise à venir à bout de la difficulté qui transparaît ici. Comment subordonner l'un à l'autre les deux arcs d'un même cercle ? Si les « matériaux » historiques préparent « l'élaboration technico-formelle », cette élaboration à son tour sert de « point de référence » à l'enquête historique. Ne serait-ce pas alors toute l'incertitude — mais aussi toute la richesse — de la discipline de l'histoire du droit que de se déplacer indéfiniment à l'intérieur de ce cercle, sans savoir jamais très bien si elle appartient à l'histoire *tout court* ou au droit *tout court*<sup>31</sup> ?

Quoiqu'il en soit le rôle de ce cercle dans les destinées particulières de la discipline de l'histoire du droit ne doit pas masquer le fait qu'il permet aussi à Savigny de proposer une conciliation de la raison et de l'histoire tout à fait alternative à celle que proposait au même moment la première philosophie de l'histoire hégélienne. Bien sûr Savigny n'emploie pas le langage de la conciliation (*Versöhnung*) que met en avant la langue spéculative de l'essai sur le *Droit naturel* de Hegel. Mais il fait mieux : il prétend réaliser *en fait* une idée parfaitement récalcitrante à cette philosophie. Après tout, Hegel aurait-il combattu la « science de la jurisprudence » avec toute la pugnacité dont il fit preuve à Berlin, si la divergence des deux professeurs s'était réduite à une opposition de vue sur la codification du droit privé ou sur la valorisation de l'héritage politique de Rome<sup>32</sup> ? Gageons que cette opposition soit l'effet plutôt que la cause. En outre, il serait simpliste d'y voir la manifestation d'une différence générique du discours philosophique avec le discours juridique, comme Hegel essaie lui-même de le faire accroire à l'appui d'une citation d'Aulu-Gelle, dans laquelle un juriste et un philosophe s'opposent sur la valeur à

---

<sup>30</sup> Aldo Mazzacane, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Naples, Liguori editore, 1976, p. 30.

<sup>31</sup> Je pense à l'effort d'Emanuele Conte pour accentuer la dimension proprement historique de l'histoire du droit, contre la tendance à faire d'elle « una dogmatica ordinata storicamente che [faccia] da preludio al diritto vigente (une mise en ordre historique de la dogmatique destinée à servir d'introduction au droit en vigueur) », in *Diritto Comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 41.

<sup>32</sup> Le silence même qui frappe Savigny dans les *Principes de la philosophie du droit* est éloquent. Seules deux remarques le visent incidemment, et encore seulement à travers son prédécesseur Gustav Hugo — comme pour mieux dénier toute signification à la nouvelle *École* (Sur Hugo voir ci-dessus note 77 p. 150). Dans la remarque au § 3, Hegel dénigre toute exaltation qui prétendrait pouvoir revivifier l'antique pour édifier le présent (GPR, tr. fr. p. 66 seq.). Dans la remarque au § 211 (*ibid.*, p. 232), il s'oppose à l'argument selon lequel le système des droits coutumiers serait plus vivant qu'aucun code. Il est remarquable que toute la question soit ici formulée à partir du problème de la *vie*.

attribuer à la loi des douze tables<sup>33</sup>. En vérité la *Rechtswissenschaft* se proposait d'accomplir une superposition inédite de la raison *a priori* et de l'histoire des *écritures*, dont Kant avait exclu le principe *a priori* et dont les effets *a posteriori* ne pouvaient que répugner à Hegel. C'est cet accomplissement qu'il nous faut maintenant explorer.

Pour ce faire, il importe de souligner un point préliminaire. C'est que la richesse de l'œuvre de Savigny tient moins à ses ramifications dans une série de genres allant des études de pure philologie aux manifestes politiques en passant par l'établissement d'un système de droit civil à l'usage de l'Allemagne du *Vormärz* — qu'à la combinaison qui fait dépendre solidairement ces différents volets les uns des autres. Si nous voulions chercher à transposer ces appariements dans les termes de notre propre culture, il nous faudrait à peu près faire tenir le pedigree intellectuel d'un juriste normal dans la réunion des compétences d'un archiviste-paléographe, d'un philosophe médiatique et d'un spécialiste de droit international des affaires. Or si nous peinons à nous représenter qu'un juriste doive rassembler des compétences avancées dans chacun de ces domaines, ce n'est pas tellement parce qu'il nous paraît difficile d'imaginer qu'un seul homme puisse maîtriser des talents d'une si grande diversité — mais plus exactement, parce que nous ne parvenons pas à nous figurer le lien qui rendrait utile et même nécessaire le fait de les associer en vue de l'activité juridique.

C'est pourtant une combinaison *utile* de la philosophie, de l'histoire et du droit, qui, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, fait la nouveauté de l'école historique. Cette combinaison ne se réduit pas à un simple croisement d'*influences*, car au-delà du fait que l'école historique ait connecté diverses disciplines, il faut surtout comprendre *en quoi* cette articulation bénéficiait à l'accomplissement du programme normatif qui, avant toute chose, était le sien. C'est ce bénéfice que j'aimerais désigner en parlant d'« encerclement idéal du droit privé ». Si l'école historique s'appuie sur l'histoire et la philosophie, c'est pour les faire fonctionner sur le terrain normatif. Mais comment la philosophie et l'histoire ont-elles donc servi ce programme ? En posant la question sous cette forme, nous éviterons l'écueil dans lequel tombe régulièrement l'histoire des idées — toujours hélas tributaire de l'opposition préjudicielle du domaine *pratique* et du domaine *idéal*. Nous suivrons en effet la mise en garde lancée par

---

<sup>33</sup> *Nuits attiques*, XX, 1, qui rapportent les critiques « adressées au philosophe Favorinus par le juriste Sextus Caecilius », GPR, § 3, tr. fr. p. 67.

Franz Wieacker contre « la pénible tendance de tenir l'école historique pour le simple produit de forces [philosophiques et culturelles] ». Gagnés au contraire à l'idée que l'école historique trouve « en elle-même son propre centre de gravité, parmi les mouvements généraux de l'intelligence allemande<sup>34</sup> », nous chercherons moins à disputer le décompte des influences qui ont marqué la pensée de l'école historique<sup>35</sup>, qu'à comprendre comment celle-ci s'est emparée des ressources de la science historique et de la philosophie pour en produire une déclinaison *normative* singulière. L'identification de ces ressources, c'est-à-dire de la matière de cette déclinaison, importe moins alors que le processus de dérivation intellectuelle qui les ont rendues opératoires sur le terrain du droit positif et savant. Pour comprendre la morphologie du programme de l'école historique, il faut donc commencer par démêler le lien original qu'elle a tissé entre la philosophie, l'histoire et le droit.

### **Le droit sans tête**

*Il ne faut pas croire que l'absence de principes supprime  
le point d'appui de la vie.*

Francis Picabia

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Julius Binder, l'un des rares auteurs auxquels Norberto Bobbio reconnaissait d'être à la fois juriste au sens des juristes et philosophe au sens des philosophes<sup>36</sup>, affirmait sans détour l'importance de l'idéalisme kantien pour la pensée de Savigny : « Gewiss ist, dass Savignys System aufgebaut ist auf einem Grundbegriff Kantischer Philosophie » ; « il est évident que la construction du système de Savigny repose sur un concept fondamental de la philosophie kantienne<sup>37</sup> ». Malgré quelques variations négligeables, nous pouvons dire que cette

---

<sup>34</sup> Wieacker, *op. cit.* Comme l'a bien dit Deleuze, (Gilles Deleuze, *Pourparlers*, Paris, Minuit, 1990, p. 170-171), une oeuvre de l'esprit, quelle qu'elle soit, ne tire pas sa signification des emprunts qu'elle fait à ceux que le regard rétrospectif de l'historiographie présente comme les grands noms de la philosophie, mais bien de la nouveauté qu'elle apporte dans le domaine qui est le sien. Bien sûr, il se peut que cette nouveauté entre « dans des rapports d'échange » avec celle qui émerge parallèlement dans un autre domaine ; il est même probable que la richesse d'une époque se mesure à la fréquence ou à l'intensité de ce genre de renvois, mais il est fâcheux de croire que la nouveauté d'une construction intellectuelle doive toujours suivre de celle d'une autre. Car s'il en allait ainsi, elle perdrait précisément le caractère novateur censé la distinguer, et son invention se réduirait au décalque de celle de ses « sources ».

<sup>35</sup> En plus du résultat par nature décevant de ce genre de tentatives doxographiques, il n'y a guère à ajouter sur ce point à la littérature, à cet égard abondante.

<sup>36</sup> Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo*, *op. cit.*

<sup>37</sup> Julius Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, Leipzig, G. Boehme, p. 10.

opinion bénéficie encore aujourd'hui d'un consentement à peu près unanime parmi les historiens de la pensée juridique<sup>38</sup>, non seulement pour ce qui concerne le *Système* de 1840, mais aussi bien pour toute l'œuvre juridique de Savigny depuis le *Traité*<sup>39</sup>. Pourtant, s'il est indéniable que la lecture de Kant fut déterminante pour Savigny, la reconnaissance de cette connexion ne saurait nous faire tomber dans le réductionnisme typique de la manière « philosophante », qui consisterait à résoudre toute la signification de l'effort de Savigny dans la nature de ses ascendances idéales — au risque de le faire briller « non de son propre feu, mais par la lumière qu'il reflète<sup>40</sup> ».

Pour saisir toute la signification de ce rapport, il faut donc établir non seulement la nature des principes que Savigny a puisés dans l'idéalisme philosophique de son temps, mais encore la *nouveauté* que pouvait représenter l'attribution de « principes » philosophiques à la science juridique. Que non seulement le droit naturel, mais le droit positif repose sur des principes d'ordre philosophique, cette idée semble n'avoir en effet reçu de sens véritable qu'à compter du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle était étrangère à la tradition de l'*ars juris*, ainsi que le démontre l'exemple du droit civil médiéval, du droit canon et de la jurisprudence de l'âge classique.

### **Droit civil médiéval**

Elle fut d'abord étrangère à la tradition médiévale, ainsi que nous l'avons rapidement suggéré plus haut<sup>41</sup>. Dès la redécouverte de la *Logica nova* d'Aristote, au milieu du XII<sup>e</sup> siècle, la dialectique a certes exercé sur l'enseignement universitaire

---

<sup>38</sup> Voir notamment Dietrich Nörr, « Savignysanschauung und Kants Urteilskraft », in Nicolas Horn (dir.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, t. 1, München, Beck, 1982, p. 615-636 ; William Ewald, « Comparative Jurisprudence I : What was it like to try a rat ? », *University of Pennsylvania Law Review*, 143 (1889), 1985, p. 2012-2043 ; Jürgen Schröder, « Savigny », in Jürgen Schröder et Gerd Kleinheyer (éds), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989, p. 161 seq. Pour Aldo Schiavone, l'originalité de Savigny « ne peut d'aucune manière être comprise en dehors du lien qui la rattache à la philosophie allemande de son époque, ce mouvement polymorphe aux tendances contradictoires, qui ne trouve pas davantage d'unité que celle d'une forme philosophante commune d'abord illustrée par Kant. » (Aldo Schiavone, *Alle Origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Rome, Laterza, 1984, p. 63). La formule d'Aldo Schiavone présente l'avantage de laisser ouverte la question du rôle de Fichte et de Schelling dans l'éveil de Savigny à l'idéalisme — question qui forme l'enjeu principal des « variations » de l'opinion commune que je mentionne ici.

<sup>39</sup> Une tendance historiographique récente pousserait même à affirmer que la prégnance de la philosophie kantienne dans la pensée de Savigny fut surtout marquée au temps de sa jeunesse (voir ci-dessous p. 216).

<sup>40</sup> Pour reprendre l'expression de N. Bobbio déjà citée *supra* p. 70.

<sup>41</sup> Voir *supra*, p. 45.

du *ius civilis* une influence indéniable<sup>42</sup>. Parmi les figures tutélaires de l'école de Bologne, des docteurs comme Irnerius et Jean Bassien étaient réputés pour leur maîtrise des arts, dont la dialectique et la rhétorique faisaient partie à côté de la grammaire. Néanmoins, les historiens s'accordent généralement à considérer que ces premières connexions se sont rapidement déliées. Pour le biographe de Placentin, la chose est entendue :

La vieille tradition, qui associe toutes les sciences dans l'enseignement scolastique, se continue chez les jurisconsultes jusqu'au moment où le droit exige à lui seul de longues années d'études et peut absorber l'activité entière des élèves. Irnerius enseignait la dialectique avant de connaître le droit ; il est probable que les quatre docteurs et Rogerius avaient des connaissances littéraires. Johannes Bassianus a conservé la réputation d'« optimus in artibus ». Tout au contraire Azo et ses successeurs sont ignorants en tout ce qui n'est pas du droit pur<sup>43</sup>.

Même lorsque les juristes du XIII<sup>e</sup> siècle se mirent à adopter un style et une méthode ouvertement dialectiques, les commentateurs modernes invitent à ne pas exagérer l'étendue de cette influence. Tour à tour, on l'a présentée comme un phénomène superficiel et de pure forme ou — ce qui n'était pas incompatible — comme une marque de déclin. Aux yeux de Savigny, cette influence témoigne d'un âge où « l'indépendance du talent est étouffée par la régularité des formes adoptées généralement, et ces formes pauvres et étroites rendent insupportable la lecture des ouvrages de cette époque<sup>44</sup> ». Une opinion semblable continue de transparaître dans l'historiographie juridique contemporaine, notamment italienne, qui la colore d'une touche de nationalisme. L'absorption juridique de la dialectique est ainsi décrite par Ennio Cortese comme une innovation de caractère essentiellement français, attribuable aux juristes de l'école d'Orléans, en particulier Pierre de Belleperche et Jacques de Révigny. Ce n'est que dans un second temps que cette « marchandise française » (*merce francese*) serait passée en Italie, par l'entremise de Cino da Pistoia

---

<sup>42</sup> Gerhard Otte, « Die Aristoteleszitate in der Glosse — Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren », in *SZRom* 85, 1968, p. 368-393 ; id. *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1971 ; Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, t. II, notamment p. 208 seq. et p. 406 seq.

<sup>43</sup> Pierre de Tourtoulon, *Placentin. La vie, les œuvres*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1896, p. 69.

<sup>44</sup> Savigny passe sous silence l'influence de la dialectique sur les premiers glossateurs du XII<sup>e</sup> siècle, attribuant à Jacob de Ravenne et à Raimond Lulle le rôle de l'avoir intégrée à la science du droit. Cf. *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohl und Zimmer, 8 t., 1815-1831 ; *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, tr. fr. Charles Guenoux, 4 t., Paris, Charles Hingray, 1839, t. 4, p. 191 seq.

(1270 - 1336/1337), mais aussi grâce aux liens qui attachaient les juristes orléanais à la cour du royaume angevin de Naples<sup>45</sup>. Ainsi, la dialectique ne représenterait, pour les juristes médiévaux, qu'une sorte d'effet de mode. Au reste ceux-ci « avaient déjà expérimenté depuis longtemps [les techniques dialectiques] » ; et « lorsque les commentateurs s'extasiaient devant les *oppositiones de contraria* (...) ils ne faisaient jamais que s'adonner à des jeux bien connus (*dilettarsi di vecchi giochi*)<sup>46</sup> ». Cette opinion a pour elle une grande vraisemblance. Elle recoupe notamment l'hypothèse formulée par plusieurs historiens de la pensée scolastique, selon laquelle la méthode du *pro et contra* serait initialement apparue dans les *studia* de juristes avant de s'exporter vers la faculté des arts<sup>47</sup>. Mais peu importe ici la direction et la réalité ponctuelle de ces circulations. Retenons simplement que les historiens s'accordent depuis Savigny sur un point : c'est que les juristes médiévaux, en adoptant la méthode dialectique, n'avaient nullement à l'esprit de soumettre le droit civil à des principes d'ordre philosophique (*Grundbegriff*)<sup>48</sup>.

Même « dialectique », la pensée des glossateurs et des commentateurs médiévaux du *ius civile* pouvait continuer de se régler sur l'adage dont nous avons déjà mentionné la présence chez Accurse, selon lequel « la sagesse juridique représente la vraie philosophie, c'est-à-dire l'amour de la sagesse<sup>49</sup> ». Cette formule prend valeur d'axiome. C'est une déclaration d'indépendance, faite pour célébrer le caractère autochtone de la pensée juridique. Si le droit se donne *sponte sua* pour

<sup>45</sup> E. Cortese, *Il diritto nella storia, op. cit.*, p. 411.

<sup>46</sup> Id. p. 410.

<sup>47</sup> Alain Boureau signale ainsi que le quodlibet, en tant « qu'exercice le plus caractéristique et le plus marquant » de la scolastique universitaire du XIII<sup>e</sup> siècle, trouve « une possible origine dans les exercices de la Faculté de droit et notamment à Bologne » (« Droit et théologie au XIII<sup>e</sup> siècle », *Annales ESC*, 47/6, 1992, p. 1113-1125, p. 1115). Voir également en ce sens Hermann Kantorowicz, « Note on the development of the Gloss to the canon law », in Beryl Smalley, *The Study of the Bible*, Oxford, 1983 et Alessandro Giuliani, « L'elemento 'giuridico' nella logica medioevale », *Jus*, 15, 1964, p. 1-28.

<sup>48</sup> Écartons une équivoque. Je prends ici le terme « philosophique » au sens moderne : celui qu'il a acquis pour nous depuis que la philosophie s'est constituée au XIX<sup>e</sup> siècle en discipline indépendante, plutôt qu'au sens qu'il pouvait recevoir dans l'enseignement scolastique à proprement parler, où l'on sait que la philosophie n'avait guère après tout qu'une place passablement précaire, puisqu'elle restait tantôt accrochée à la grammaire, tantôt subordonnée à la théologie. Il reste raisonnable de supposer (dans la ligne des analyses de Patrick Gilli, *La Noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et la place juridique dans l'Italie médiévale*, Paris, Honoré Champion, 2003) qu'un examen plus circonstancié des rapports des facultés médiévales de droit et de théologie confirmerait la thèse que je défends ici, en faveur d'une indépendance non seulement institutionnelle, mais proprement intellectuelle, de l'exercice de l'*ars juris* vis-à-vis de tout principe rationnel entre le XII<sup>e</sup> et le XIV<sup>e</sup> siècle. Au reste, ce que j'entends ici par « principe philosophique » s'éclairera au fur et à mesure de tout le développement qui suit.

<sup>49</sup> « Civilis sapientia vera philosophia dicitur, id est amor sapientiae », Accurse (d'après Ulpian), *Gl. Nisi fallor*, in D. 1, 1, 1.

l'incarnation de la recherche des premiers principes, de l'antique ζήτησις et de la *philosophia*, comment abandonner à celle-ci la définition des « principes » de l'art juridique ? L'affirmation de la « sagesse civiliste » (*civilis sapientia*) étouffe *a priori* toute possibilité d'une telle exportation.

Il ne faudrait pas pourtant lire dans cette formule l'indice d'une concurrence entre deux « disciplines ». Il y aurait en effet un anachronisme évident, à projeter dans le Moyen Âge un « conflit des Facultés » qui n'y aurait aucune place. Pour qu'un tel conflit soit possible, il faut déjà que l'enseignement de la philosophie se soit développé de manière autonome. Or comme nous l'a signalé le *Conflit des facultés* de Kant, la philosophie n'acquerra de véritable indépendance universitaire, précisément, qu'en 1810, avec la création de l'Université de Berlin. Cet événement inscrivait dans les réalités académiques la distinction polémique de Schiller entre d'un côté, l'étude philosophique, et de l'autre, le *Brotstudium* — terme à travers lequel la théologie, la médecine et le droit se trouvaient associées à la nécessité de « gagner son pain<sup>50</sup> ». Seul ce contexte moderne nous pousse à concevoir le rapport de la philosophie et du droit en termes de concurrence directe. Qu'on n'entende donc, dans la formule d'Ulprien glosée par Accurse, aucun cri de résistance contre l'influence d'une discipline philosophique aspirant à la prééminence universitaire.

Ceci étant, une telle formule démontre assez que le droit se donne pour un mode de pensée souverain. En se présentant comme *vera philosophia*, il revendique une auto-suffisance de principe. Cette manière de voir, en quelque sorte insulaire, domine la mentalité juridique au moins tout au long du Moyen Âge. Elle explique par exemple que Placentin puisse dénoncer la « *grammatica rabies* » (fureur grammairienne) de ses collègues à l'Université de Montpellier<sup>51</sup>, tout en professant :

Inde est quod in liberalibus disciplinis, in grammaticis in dialecticis  
jacemus atque sedimus, id est debiles sumus, easque disciplinas non  
discere set dediscere debemus.

De là vient que nous nous oublions et végétons dans les disciplines  
libérales, dans la grammaire et la dialectique. Nous sommes paralysés ;  
de telles disciplines ne sont pas à apprendre, mais à désapprendre<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Voir ci-dessus, p. 82.

<sup>51</sup> Placentin, *Summa Codicis*, 22, 9, cité par Tourtoulon, *op. cit.*

<sup>52</sup> *Summa Institutionum*, éd Fitting, p. 218, cité par Tourtoulon, *ibid.* C'est moi qui traduis.

Même un civiliste aussi « philosophe » que Bartole — son biographe rapporte que sa bibliothèque, à sa mort, comptait davantage d'ouvrages de théologie que de droit<sup>53</sup> — maintient fermement le principe de l'autonomie du droit à l'égard des autres sciences. Dans un discours prononcé pour son frère Buonaccorso, il retrouve la prétention souveraine contenue dans la formule d'Accurse, qu'il tâche de fonder ainsi en raison :

Essentialis bonitas et perfectio istius civilis sapientiae manifesta perpenditur, et in hoc omnes alias scientias excellit: omnes aliae scientiae in se minus perfectae videntur, quia aliarum scientiarum ergent suffragio. [...] Haec autem scientia sola, in se perfecta existens, nullius alterius scientiae eget suffragio [...]: non logicorum, non philosophorum, <non> canonistarum, quippe nullius alterius eget suffragio, sed ipsa tanquam in seipsa existens omnibus suffragatur. [...] Nam videtis iuristas omnibus antecedere, et tempore processionum faciunt iuristas, qui omnibus patrocinantur, praecedere.

L'excellence et la perfection de la sagesse des civilistes se mesure d'une manière évidente, et voici en quoi elle surpasse toutes les autres sciences : toutes les autres sciences semblent en elles-mêmes moins parfaites, car elles ont besoin du secours d'autres sciences qu'elles-mêmes [...] Seule en effet la science du droit civil, parce qu'elle est parfaite en elle-même, n'a besoin du secours d'aucune autre science [...] : ni de celle des logiciens, ni de celle des philosophes, ni de celle des canonistes. Elle n'a donc besoin du secours d'aucune autre science, mais c'est elle qui, parce qu'elle existe en elle-même, porte secours à toutes les autres [...]. Ainsi, nous voyons les juristes précéder tous les autres lors des processions ; on leur donne la préséance, car ils viennent au secours de tous<sup>54</sup>.

Ce discours appartient à un genre de discours solennel suffisamment convenu pour qu'on fasse preuve de prudence avant d'y voir le reflet de la cartographie réelle des savoirs médiévaux. Vraisemblablement prononcé par Bartole lors d'un *conventus* universitaire, pour remettre les insignes doctoraux en droit civil à son frère, il se plie à l'usage répandu de louer les qualités extraordinaires du nouveau docteur et

---

<sup>53</sup> *Thomae Diplovatatii Liber de claris iuris consultis*, t. II, cité par Diego Quaglioni, *La Giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologne, Il Mulino, 2004, p. 84. Sur la place de la philosophie dans les méthodes de travail de Bartole, voir Susanne Lepsius, « Juristische Theoriebildung und philosophische Kategorien: Bemerkungen zur Arbeitsweise des Bartolus von Sassoferrato » in Martin Kaufhold (éd.), *Politische Reflexion in der Welt des späten Mittelalters: Political Thought in the Age of Scholasticism: Essays in Honour of Jürgen Miethke*, Leiden, Brill, 2004, p. 287-304.

<sup>54</sup> Bartole de Saxoferrato, « Sermo in doctoratu D. Bonaccursii fratris sui », in *Consilia, quaestiones et tractatus*, Venise, 1596, fol. 182r, cité et partiellement édité par D. Quaglioni, *op. cit.*, p. 157-158.

l'excellence incomparable de la discipline dans laquelle il s'illustre<sup>55</sup>. Néanmoins ce discours n'en révèle pas moins, avec toute la clarté possible, le fait que les civilistes soient restés fort loin, au Moyen Âge, de se figurer l'existence de « fondements philosophiques du droit », au sens où l'entendront les animateurs de la *Rechtswissenschaft* du XIX<sup>e</sup> siècle.

### **Droit canon**

Faut-il croire que cette supériorité du droit sur les « autres sciences » ait été moins nette dans le cas du droit canon ? Outre la place qu'ils accordent au droit divin naturel, les canonistes appuient de fait leur production normative sur des sources scripturaires et patristiques qui relèvent également du domaine théologique. Ainsi par exemple la définition juridique des pouvoirs du pape s'accroche-t-elle à la parole « *Tu es Petrus* », d'où se déduit l'institution du vicariat<sup>56</sup>. Ou bien des passages entiers du décret de Gratien sont consacrés à des problèmes typiquement théologiques, comme c'est le cas du *De Poenitentia* (c. 33 q. 3), qui touche à quelques aspects intrinsèques de la réflexion théologique sur la faute, tels que la rémission des péchés, la contrition, la confession, la réviviscence des fautes pardonnées, etc. En termes strictement intellectuels comme d'itinéraire prosopographique au sein de l'institution ecclésiale — qu'on songe à la composition des tribunaux d'inquisition ou à la provenance des membres de la curie pontificale — théologiens et canonistes travaillent côte à côte et, bon an mal an, de pair. Souvent les manuscrits canoniques comportent des miniatures qui représentent Pierre Lombard et Gratien en jumeaux<sup>57</sup>.

On pourrait donc penser qu'une telle proximité ait rendu le droit canon plus perméable que le droit civil aux principes généraux de la philosophie. De fait, la gémellité du droit canon et de la théologie a donné lieu à une série d'emboîtements

---

<sup>55</sup> Sur les discours relatifs à l'accession publique au doctorat et l'*oratio ad conferendum insignia*, voir Giovanni Paolo Mantovani, « Le orazioni accademiche per il dottorato : una fonte per la biografia dei studenti ? Spunti sul caso padovano », in Raffaella Piovan et Luciana Sitran Rea, *Studenti, università, città nella storia padovana. Atti del Convegno, Padova 6-8 Febbraio 1998*, Trieste, Lint, 2001, p. 73-115.

<sup>56</sup> Michele Maccarone, *Vicarius Christi. Storia del titolo papale*, Rome, 1952.

<sup>57</sup> Anthony Melnikas, *The Corpus of the Miniatures in the Manuscripts of Decretum Gratiani*, Rome (Studia Gratiana XVI-XVIII), 1975, 3 vol, cité par Alain Boureau, « Droit et théologie au XIII<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*

complexes de la Loi et de la Vérité<sup>58</sup>. Mais de telles intersections ont-elles favorisé l'apparition du projet de fonder le droit sur des principes d'ordre systématique ? Au contraire, leur ambivalence semble avoir empêché qu'il en aille ainsi.

D'un premier côté, le droit canon apparaît comme le droit d'une communauté apostolique dont la cohérence dépend tout entière d'une vérité prise en charge, en dernière analyse, par le magistère des théologiens. La tâche de ces derniers consiste à maintenir l'unité du message évangélique — et de la société chrétienne — à travers la stabilisation du dogme<sup>59</sup>. À la limite, cette ligne de pensée peut impliquer l'affirmation d'une primauté de la raison théologique sur l'analyse juridique. Accentuée, cette interprétation irait jusqu'à questionner toute possibilité d'un *droit* de l'église. Dans la lignée d'une opposition déjà formulée par Tertullien entre l'*ecclesia spiritus* (l'Église de l'esprit) et l'*ecclesia episcoporum* (l'Église des évêques), le droit canon a connu une série de désactivations théologiques de cet ordre, depuis l'annonce prophétique par Joachim de Fiore de la disparition de l'autorité ecclésiastique et du droit canon à l'âge du saint Esprit ; jusqu'à la thèse du juriste Rudolf Sohm, pour qui l'idée de l'Église serait inconciliable avec celle du droit<sup>60</sup>.

En même temps, de telles mises en balance de la théologie et du droit canon supposaient que ce dernier eût affiché une certaine prétention à l'indépendance. Et de fait, le développement de la discipline du droit canon proprement dite, à partir de la fin du XI<sup>e</sup> siècle, fut souvent présenté comme une émancipation du droit d'avec la masse jusque là indifférenciée des sciences de la divinité. Sans avoir besoin d'estomper son ancrage évangélique ni sa vocation apostolique — comme le prouve la compilation par le Décret de nombreuses sources intéressant expressément les théologiens<sup>61</sup> — le droit canon aurait au contraire absorbé cette dimension théologique pour la plier à sa propre logique. C'est du moins ce que laisse à penser le

---

<sup>58</sup> Pour une présentation synthétique de ces croisements, Jean Gaudemet, « Théologie et droit canonique. Les leçons de l'histoire », *Revue de droit canonique*, 39, Strasbourg, 1989, p. 3-13, repris dans Idem, *La Doctrine canonique médiévale*, Aldershot, Variorum, 1994.

<sup>59</sup> Emanuele Coccia, « L'institution et la vérité », in O. Cayla, M.-A. Hermite et P. Napoli (éds.), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, Ecole Française de Rome, à paraître.

<sup>60</sup> Rudolf Sohm, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, Leipzig, 1918. Sur tous ces points voir Stephan Küttner, « Reflections on Gospel and Law in the History of the Church », in *Liber amicorum Monseigneur Onclin, Bibliotheca Ephemeridum Theologicorum Lovaniensium*, 42, Gembloux 1976, p. 199-209, p. 200 ; repris dans Idem, *Studies in the History of Medieval Canon Law*, Aldershot, Variorum Reprints, 1990.

<sup>61</sup> Ceci nous explique que des parties entières de la *Somme théologique* de Thomas puissent se présenter sous la forme de commentaires au *Decretum gratiani*, notamment pour ce qui concerne la pénitence.

fait que les canonistes du XII<sup>e</sup> siècle, tout en transposant les techniques des civilistes au sein de l'Église, ont revendiqué une autonomie intellectuelle sinon strictement analogue, du moins semblable à celle qu'affichait, comme on l'a vu, le droit civil. Ainsi dès les années 1160, les canonistes bolonais s'opposent aux théologiens parisiens à propos de la notion du mariage<sup>62</sup>. Deux siècles plus tard, le franciscain Alvarez Pelagius, pénitencier de Jean XXII, s'attaque à ces *iuris canonici ignorantes*, prélats arrogants (*superbi*) et *idiotae* qui tirent prétexte de leurs connaissances théologiques pour ignorer le droit canon. Il lui paraît en effet « présomptueux d'affirmer que l'Église puisse se gouverner (*regi posset*) à l'aide de la Bible seule et de la théorie théologique (*theologiam theoricam*), sans l'appui des canons sacrés (*absque canonibus sacris*) ». Il va même jusqu'à expliciter l'absorption juridique de la réflexion théologique dont j'ai fait mention : *canonica scientia practica theologia est* ; « la science canonique est une théologie pratique<sup>63</sup> ». Autrement dit, les canonistes ont *traduit* les sources théologiques dans la langue du droit, langue pratique et pragmatique en effet, s'il en fut jamais aucune.

La gémellité de Pierre Lombard et de Gratien est donc ambivalente. D'un côté, elle permet à la théologie, spirituellement exaltée, de désavouer l'architecture juridique de l'Église. De l'autre, elle permet aux canonistes d'offrir une version « pratique » des enseignements théologiques. Mais ni dans un sens ni dans l'autre, cette tension ne fait place à la notion que le droit canonique ait ses principes dans des idées que la « philosophie » aurait vocation à expliciter<sup>64</sup>. Pas davantage que le droit civil médiéval, et malgré toute la force de son ancrage évangélique, la tradition canonique médiévale ne véhicule une représentation de cet ordre.

L'influence la plus générale que la théologie ait exercée sur le droit relève en revanche de ce qu'il faudrait désigner — pour emprunter le langage des poéticiens<sup>65</sup> — comme une sorte d'analogie métatextuelle. L'exégèse biblique a fourni le modèle formel du type singulier de relation que les juristes allaient instituer, par analogie,

---

<sup>62</sup> Pour une présentation de la postérité de tels désaccords, encore perceptibles lors des grands conciles du XX<sup>e</sup> siècle, Yves Congar, « Un témoignage des désaccords entre canonistes et théologiens », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, t. II, 1965, p. 861-884.

<sup>63</sup> Cité par Jean Gaudemet, « Théologie et droit... », *op. cit.*, p. 11-12. Voir également, de ce même point de vue, Nicholas M. Häring, « The Interaction between Canon Law and Sacramental Theology in the Twelfth Century », in Stefan Kuttner (éd.), *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Vatican, 1976, p. 483-493 et Walter Ullmann, *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, Londres, 1970, p. 359.

<sup>64</sup> Je m'en tiens à la précision donnée plus haut, note 48, p. 195.

<sup>65</sup> Gérard Genette, *Palimpsestes*, Paris, Seuil, 1982, p. 10.

entre la glose juridique et le texte du *corpus iuris*. Cette émulation peut être dite « métatextuelle », au sens où deux couples de textes sont appariés chacun selon le même rapport : d'un côté l'exégèse théologique à la Bible ; de l'autre la glose ou le commentaire juridique au *Corpus Iuris*. Il est évident qu'au Moyen Âge, c'est le premier rapport qui a donné le modèle sur lequel s'est établi le second. Comme l'a relevé Ennio Cortese, la différence des sensibilités des premiers civilistes du XII<sup>e</sup> siècle ne fut jamais suffisamment marquée pour empêcher les juristes médiévaux de transfigurer le Digeste à l'image de la Bible. Tout en désactivant l'influence directe de la théologie sur leur science, les civilistes ont ainsi transporté dans leur propre discipline la sanctification du *texte* typique du rapport théologique aux sources scripturaires<sup>66</sup>. Si les conséquences de cette imitation formelle sont sans doute de grande ampleur, du moins n'impliquent-elles en aucune manière que le droit civil ait emprunté ses « principes » à la théologie.

### L'âge classique

Les indications de méthode que j'ai données plus haut<sup>67</sup> m'engagent à passer plus rapidement sur la jurisprudence moderne — me tenant à la perception d'un long Moyen Âge de forme essentiellement scolastique. Quelques indications permettront néanmoins de témoigner de la continuité de la pensée juridique moderne avec le droit médiéval, du point de vue de l'usage des principes. À l'âge classique, on pourrait croire que l'essor de la réflexion sur le droit naturel ait rendu plus favorable la réflexion sur les premiers principes du droit. En effet le rationalisme et sa *mathèsis* particulière exigeaient de rechercher l'*ordre* d'un droit romain que l'on prenait à la fois comme un réservoir de règles techniques et comme un droit commun universel. Pourtant un ouvrage comme les *Lois civiles* de Domat, qui passe souvent pour donner à cette recherche sa forme classique, entendait surtout par *principes* un ensemble d'idées naturelles et certaines, à partir desquelles il fallait réorganiser la *présentation* du droit civil romain.

Aussi l'intérêt des principes était-il d'une certaine manière relatif. Dans la représentation déductiviste de la connaissance classique, ils servaient avant toute

---

<sup>66</sup> Ennio Cortese, « Les origines du droit savant », *Comptes rendus de l'Académie des inscriptions et des belles lettres*, année 2002, p. 70. Voir également Pierre Legendre, *L'Autre Bible*, *op. cit.*

<sup>67</sup> Ci-dessus, p. 176.

chose à « rendre l'étude [du droit civil] plus facile, plus utile et plus agréable<sup>68</sup> ». Pour Domat, l'important est de permettre à l'esprit de « se conduire » d'une partie du droit à l'autre et de « les voir en ordre ». Ceci rappelle la description que Michel Foucault a proposée de l'épistémè de la représentation dans les *Mots et les Choses*. Il s'agit avant tout de dérouler l'ensemble du savoir sous les yeux du *sujet* – le fameux « je » devenu lui-même le principe réflexif et premier de la connaissance. Pour apporter à l'esprit subjectif la certitude qu'il réclame, il faut lui présenter le savoir dans un ordre suffisamment clair pour lui permettre d'embrasser d'un seul coup le tableau des connaissances. Mais alors,

cet ordre généralisé ne s'établit que d'après l'enchaînement dans la connaissance ; le caractère absolu qu'on reconnaît à ce qui est simple [c'est-à-dire aux principes] ne concerne pas l'être des choses mais bien la manière dont elles peuvent être connues. L'ordre peut être à la fois nécessaire et naturel par rapport à la pensée et arbitraire par rapport aux choses<sup>69</sup>.

Ces lignes s'appliquent parfaitement à l'idée que Domat se fait des « principes » du droit. S'il importe de disposer de principes simples et premiers, c'est pour exposer le droit sous une forme qui satisfasse l'esprit. Aussi ces principes apparaissent-ils davantage sous un aspect *subjectif* que comme le noyau idéal des institutions, à l'égard desquelles ils conservent un aspect « arbitraire ». En ce sens il est clair que Domat prétend moins dégager les principes « philosophiques » du droit lui-même qu'il ne cherche à rendre au droit son ordre naturel, c'est-à-dire à le présenter selon un ordre déductif naturellement agréable à l'esprit. Ainsi remédiera-t-on à l'impression de désordre qui rend l'étude du droit « si difficile et si épineuse<sup>70</sup> ».

### **Prolonger le sujet**

Dès le *Traité de la possession*, Savigny mobilise au contraire des principes qui non seulement révèlent une facture philosophique, mais surtout interviennent dans la définition substantielle des institutions juridiques. Le contraste est alors frappant avec

---

<sup>68</sup> Domat, *Loix civiles, op. cit.*, t. 1, préface non paginée.

<sup>69</sup> Michel Foucault, *Les Mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 68.

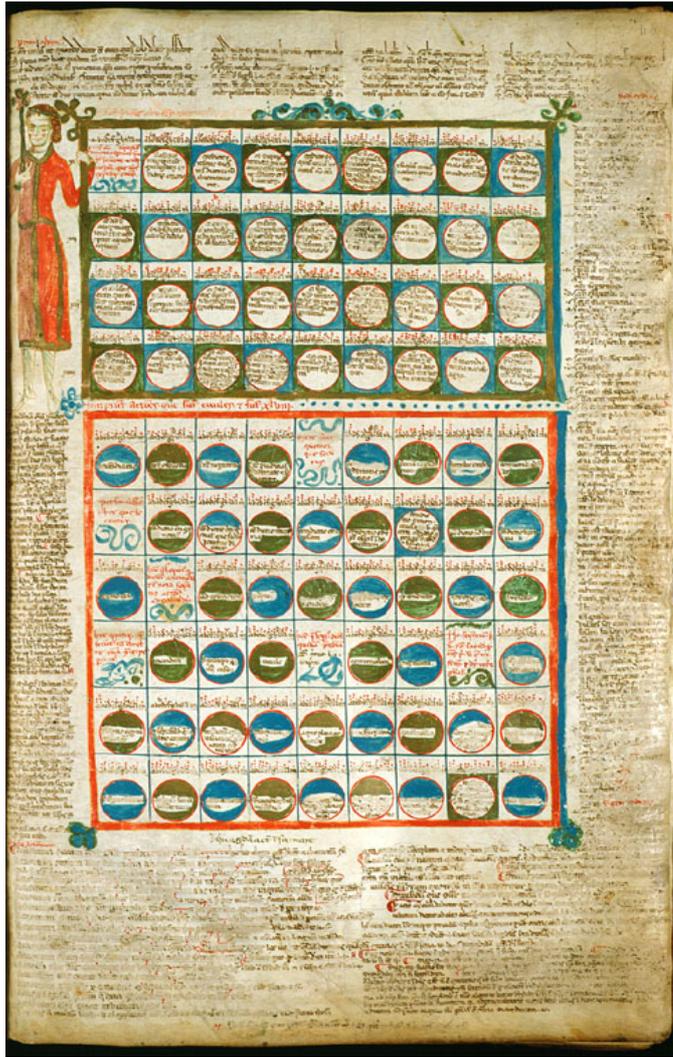
<sup>70</sup> *Loix civiles, op. cit.*

la tradition moderne et médiévale. Il ne s'agit plus de ramener les institutions et les règles de droit à des principes arbitrairement choisis pour en rendre la présentation plus agréable au *sujet pensant (cogito)*, mais de rapporter la signification des institutions du droit romain à un nouveau type de *sujet agissant (ago)*. À coup sûr, c'est bien la tâche ancestrale de la jurisprudence que de fournir les règles de l'action en justice — c'est-à-dire d'encadrer la production d'une réponse institutionnelle à la *causa* portée par les acteurs au procès<sup>71</sup>. Or « l'action » dont il s'agit ici, celle du sujet agissant promu au rang de *principe*, n'est pas l'*actio legis* de la tradition juridique, dont la scolastique médiévale regroupait les formes au sein d'une arborescence<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> J'emploie ici « réponse institutionnelle » en un sens assez large pour englober des rituels dont on pourra faire valoir l'aspect préjuridique, à la manière de William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking. Feud, Law, and Society in Saga Iceland*, University of Chicago Press, 2009.

<sup>72</sup> Andrea Errera, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Bologne, Monduzzi, 1995. L'image que je reproduis nomme les *actiones* qui s'offrent à l'acteur au procès et les répartit dans une série de capsules, elles-mêmes rangées dans un tableau semblable aux comptoirs d'apothicaire, où chaque tiroir renferme une substance douée d'une vertu spécifique.



*L'arbor actionum* dans un manuscrit italien (vers 1300) de la glose ordinaire d'Accurse au Digeste, Fitzwilliam Museum, MS McClean 139, fols. i<sup>v</sup>-ii<sup>r</sup>

Si l'action de la loi est la formule qui, une fois activée (*edictio actionis*<sup>73</sup>), permet certains jours à certains citoyens de faire valoir certains droits devant certains magistrats, l'action du *sujet agissant*, elle, est universelle et constante. C'est l'activité générique d'un sujet qui n'est pas tant l'acteur au procès qu'un artefact théorique désignant la condition *a priori* de toute expérience et donc de toute procédure judiciaire possible. En affirmant d'un tel sujet qu'il *agit*, on fait plus que désigner par généralisation l'engagement des acteurs dans une série de controverses

<sup>73</sup> L'expression *edictio actionis* décrit la séquence préliminaire de la procédure accusatoire romano-canonique, dans laquelle le plaignant expose devant le juge la nature de l'action qu'il veut former (laquelle pouvait être pétitoire, possessoire, etc.). Voir Alain Wiffjels, « La procédure romano-canonique : un algorithme médiéval ? », in *"In principio erat verbum". Mélanges offerts en hommage à Paul Tombeur par des anciens étudiants à l'occasion de son éméritat* (2005), p. 431-465.

actuelles — la *causa* de Titius contre le voisin qui a abattu son pommier et la somme de tous ses équivalents. On indique une propension métaphysique fondamentale, qui conditionne tous les acteurs possibles à exercer leur volonté.

Le sujet de droit reçoit alors une connotation transcendantale. Dans la *Critique de la raison pure*, Kant avait mis en avant la représentation purement intellectuelle d'un sujet capable de s'apercevoir lui-même, abstraction faite de toute affection particulière ou de tout contenu de pensée. Ce sujet pur constituait le « principe ultime de la connaissance » (*oberstes Prinzip der Erkenntnis*) et « le point de référence central de tout ce dont il est possible d'avoir une connaissance et de faire l'expérience (*zentrale Beziehungspunkt für alles Erkennbare, Erfahrbare*<sup>74</sup>) ». Nous pouvons considérer que tout l'effort de Savigny a consisté à déchiffrer le patrimoine normatif romain à partir d'une représentation analogue. De même que dans l'ordre théorique Kant avait conçu le sujet comme le « point de référence central de tout ce dont il est possible d'avoir une connaissance et de faire l'expérience », Savigny met en avant la représentation purement intellectuelle d'une volonté subjective *a priori* qui soit le point de référence central de tout ce dont il est possible d'énoncer des droits.

Ainsi est-ce l'autonomie de ce sujet primordial qui va servir de « règle fondamentale » à Savigny. Comme l'a bien noté Hans Kiefner, ce principe *a priori* de toute action *coiffe* l'ensemble du droit privé :

développer un système de droit civil à partir de la règle fondamentale (*Grundregel*) de l'autonomie privée (*Privatautonomie*), voici la création originale de Savigny. Sans ce *caput et fundamentum*, le droit civil du XIX<sup>e</sup> siècle serait impossible à penser<sup>75</sup>.

Savigny aura donc transformé l'idée d'une subjectivité pure en *caput et fundamentum* (tête et principe) de l'exégèse des sources juridiques. Cette transformation a bien deux aspects : d'un côté elle reprend de Kant l'affirmation d'une valeur transcendantale de

---

<sup>74</sup> Rudolf Eisler, entrée « Transzendental », *Kant-Lexikon. Nachschlagewerk zu Emmanuel Kant*, Hildesheim, Zürich et New-York, Georg Olms Verlag, 1984 [1930], p. 538-539. Nous avons déjà souligné plus haut (p. 79) que dans la *Critique de la raison pure* Kant appelait « transcendantal » tout ce qui concernait les conditions *a priori* d'une expérience possible. Je n'entre pas ici dans l'exposé de détail de « l'unité synthétique de l'aperception », qui fixe la prééminence du sujet transcendantal dans l'architecture d'ensemble de la grande *Critique* (KRV, § 16, B 132 seq. ; tr. fr. p. 159 seq.).

<sup>75</sup> Hans Kiefner, « Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert », in *Ideal wird, was Natur war*, Keip Verlag, 1997, p. 59-81, p. 60.

la volonté subjective ; de l'autre elle insère cette affirmation dans le registre de la technique juridique, pour lui donner valeur de principe. Voilà qui confirme la rupture que l'école historique introduit dans l'histoire de la pensée juridique. Elle ne se contente pas seulement d'introduire un ordre extérieur et agréable à la pensée dans l'exposé des contrats, des successions, des actions, etc. — comme l'avait fait la jurisprudence de l'âge classique ; ni de se couler dans les formes scolastiques de la dispute et de l'exégèse — comme l'avaient fait les commentateurs de l'*utrumque ius* au XIII<sup>e</sup> siècle. Elle croise plutôt la spéculation et la pratique juridique, de manière à forcer l'instauration d'un domaine intermédiaire entre l'histoire et la raison. *Forcer* en effet : car le projet de Savigny ne s'appuyait pas sur une simple profession de foi — une « opinion philosophique » — il supposait une nouvelle manière d'approcher les sources romaines. Car enfin c'est sur le plan technique que s'effectua cette mise en rapport, dont Kant n'eût pas même contemplé la possibilité, faute de concevoir aucun « contact », sauf peut-être indiciel, entre la raison et l'histoire. Pour dégager ces modalités, je procéderai analytiquement, en distinguant provisoirement entre les deux parties du cercle, c'est-à-dire entre le système et l'histoire — avant de les observer se rejoindre dans l'analyse de la possession.

Au plan dogmatique, c'est-à-dire de l'articulation formelle et synoptique des idées juridiques (*Rechtsinstitute*), cette déclinaison se manifeste au premier chef dans la célèbre doctrine des « rapports de droit » ou des « rapports juridiques », exposée au livre II du *Système du droit romain actuel* de 1840. Savigny y affirme en effet que toute institution juridique se ramène à « une relation de personne à personne » (*eine Beziehung zwischen Person und Person*) qui, en tant qu'elle est « déterminée par une règle de droit » (*durch eine Rechtsregel bestimmt*), s'appelle précisément « rapport de droit<sup>76</sup> » (*Rechtsverhältnis*). D'emblée l'expression de *rapport juridique*, qui pourrait autrement paraître anodine, trahit une couleur dogmatique particulière. En réduisant l'univers composite du commerce juridique à des relations *de personne à personne*, elle suggère la possibilité de concevoir l'ensemble du droit privé à partir d'un *sujet* en quelque sorte axiomatique, et par là purement théorique. Le mot *personne* prend alors un sens tout à fait particulier. Il ne signifie plus tellement la *persona* judiciaire que Kant comparait par implicite au masque de la fable de *Phèdre*<sup>77</sup> — et que Hegel associait à l'image du défenseur traîné en justice à son corps défendant, soumis à la

---

<sup>76</sup> *System, op. cit.*, t. 1, § 52, p. 333 ; tr. fr. Guenoux, t. 1, p. 327.

<sup>77</sup> Voir ci-dessus, p. 86.

*manus iniectio* et à « l'expression du mépris ». À cette *persona* strictement judiciaire se superpose ici l'idée philosophique d'un *sujet* universel dont la puissance native cherche spontanément à s'épanouir dans le monde. En ce sens peut-être typiquement moderne, la « personne » désigne *à la fois* l'individu naturel *et* le titulaire de droit, l'animal désirant *et* le sujet de droit au sens de partie au procès.

C'est cet « *individu en personne* » dont la jurisprudence « détermine » les relations « par une règle de droit ». Des *règles* déterminent ainsi les relations que les sujets développent entre eux, ou plutôt *certaines* des relations que les sujets développent entre eux. Car il convient de distinguer parmi les relations intersubjectives : toutes ne sont pas également susceptibles d'être réglées juridiquement ni destinées à l'être. La plupart s'épanouissent dans l'expérience d'une solidarité qui — si l'on peut faire cette distinction — engagerait plutôt l'individu que la personne. Si cela est vrai, ce n'est pas au sens juridique qu'il faut entendre le mot de « personne » dans la description que Marilyn Strathern propose de l'anthropologie sociale, en affirmant que les anthropologues « font transiter les connections par les personnes » (*persons*), ou qu'ils « s'occupent des relations de la vie sociale, du rôle et du comportement que les gens (*people*) adoptent pour se connecter les uns aux autres<sup>78</sup> ». Dans ces professions de foi ethnologiques, il est clair que la signification du mot de « personne » se résorbe tout entière dans celle de « *people* », qui en constitue en quelque sorte la paraphrase exacte. Au contraire, dans le lexique auquel je voudrais tâcher de m'en tenir afin de garder au mot de personne le sens judiciaire de sujet porteur de droits, il faut dire que les connexions dont s'occupe l'anthropologue ne sont pas nouées entre des *personnes* mais entre des *gens* ; elles ne sont pas déterminées autrement dit par des règles de droit, mais par des règles de vie ou des formes de solidarité qui, du moins par hypothèse, dépendent immédiatement du comportement (*behaviour*) des gens.

Un autre critère de cette même démarcation se trouve dans la qualité *affective* des relations. Les relations que nous pourrions dire « a-juridiques » mobilisent en effet de manière structurante les *sentiments* et les *émotions* de l'individu. Ces affects servent alors de marqueurs, sinon de moteurs, des processus d'interaction. Sous leur forme rituelle, les processus d'interaction constituent en ce sens des « expériences de

---

<sup>78</sup> « Social anthropologists route connections through persons. (...) they attend to the relations of social life, to the roles and behaviour through which people connect themselves to one another ». (Marilyn Strathern, *The Relation*, Prickly Pear Press, Cambridge, 1995, p. 11.)

vie à traverser, consolidées par des événements émotionnellement chargés<sup>79</sup> » (*lived-through experiences sustained by emotionally-laden events*). Au contraire, comme l'écrit Savigny, « une loi n'a jamais rendu inutile ni fait naître [aucun] sentiment [d'affection ni de confiance]<sup>80</sup> ». En effet lorsqu'une « règle de droit » vient déterminer la relation des sujets, elle la transpose à un niveau formel où l'impassibilité est de mise. Alors l'individu est arraché à la densité émotive qui dans la vie sociale fait tour à tour ses joies et ses souffrances. Le *sentiment* qu'il a de ses dettes et de ses créances est aussitôt étouffé, pour laisser place au décompte glacial de ses *rappports juridiques*. C'est pourquoi lorsque l'opinion publique réclame d'un accusé au pénal qu'il exprime des *remords* au procès, elle le place dans une situation de *double-bind* inextricable — qui de fait appartient déjà à sa peine. Si la logique de la procédure exige d'un côté qu'il défende sa *personne* au plan abstrait, en s'arrachant à la trame ordinaire des transactions et des compensations émotionnelles, la logique du groupe réclame au contraire de lui des marques de contrition qui, dans les conditions spéciales du procès, briseraient précisément la dignité de sa défense. Le caractère dramatique de l'*aveu* judiciaire s'explique alors par sa capacité à dénouer cette contradiction. « Tactique du désespoir », qui consiste à « renoncer à se défendre pour se sauver<sup>81</sup> », l'*aveu* est un appel soudain à la clémence de l'accusateur, supposé *s'émouvoir* du geste paradoxal de la personne décidée à précipiter sa propre perte. En d'autres termes l'*aveu* renverse les deux registres de *rappports*, en faisant brusquement repasser le registre *impassible* des rapports de droit dans le registre *émotif* de la clémence et du pardon. Aussi l'exception de l'*aveu* confirme-t-elle la règle générale : l'individu, en étant désigné comme *personne*, entre dans un registre relationnel au sein duquel le sentiment et l'affect perdent toute capacité de marquer l'état des dettes et des créances.

Toutefois, cette différence générale de registre n'empêche pas la personne de *continuer* l'individu *au plan du droit*. Car c'est bien le sujet individuel qui, auto-personnifié, reçoit la possibilité de défendre son droit dans le cadre d'un procès. En ceci, la distinction de l'individu et de la personne possède un caractère purement analytique, ne tenant qu'à la limite quantitative des « relations » que détermine (ou ne

---

<sup>79</sup> Michael Houseman, « Relationality », in Jens Kreinath, Jan Snoek et Michael Stausberg (éd.), *Theorizing rituals. Issues, Topics, Approaches, Concepts*, Leiden, Brill, 2006, p. 413-442, p. 414.

<sup>80</sup> *System*, t. 1, § 54, note f, tr. fr. p. 345, à propos des sentiments « d'affection et de confiance » supposés régner au sein des familles.

<sup>81</sup> Ainsi Yan Thomas, « *Confessus pro iudicato*. L'aveu civil et l'aveu pénal à Rome », in *L'aveu. Antiquité et Moyen-Age*, Rome, Publications de l'EFR, 1986, p. 89-117, p. 103).

détermine pas) la règle de droit. Pour le reste, elle n'a aucun sens propre : tout individu est voué à se personnifier et toute personne doit être portée en propre par un individu. « Jeder einzelne Mensch, und nur der Mensch, ist rechtfähig » ; « chaque homme particulier, et l'homme seulement, est susceptible de porter des droits<sup>82</sup> ». Au plan normatif cela signifie que « la personne, l'homme et le sujet de droit (*Rechtssubjekt*) sont identiques<sup>83</sup> ». Par conséquent, c'est une continuité harmonieuse qui rattache l'une à l'autre les deux formes de l'action : l'action au procès et l'activité primordiale de sujet. Les actions de la loi — au sens positif et procédural du terme, que l'imaginaire scolastique figure dans une arborescence — prolongent l'activité idéale d'un sujet théorique, qu'elles se contentent de « déterminer » sur la scène hautement spécifique des « relations de personne à personne ».

L'idée de cette continuité amène clairement à conjuguer deux approches du droit entre lesquelles la tradition avait nettement distingué. La doctrine philosophique du droit s'appuyait déjà en effet sur le principe d'un épanouissement de la liberté individuelle. Dans le « droit abstrait » de Hegel, le « système des prétentions » s'organisait précisément sous la forme graduelle et progressive des diverses manières, pour le sujet agissant, de « se donner une réalité<sup>84</sup> » ou de « se donner [...] une expérience empirique immédiate<sup>85</sup> ». Une nécessité poussait la raison à se retrouver dans le monde sous la forme d'un *esprit objectif*, résultat de l'activité du Soi. De même chez Kant, l'étude du « droit inné » consistait à repérer les « facultés d'agir » qui « sont déjà inscrites dans le principe de la liberté innée et n'en sont pas réellement distinctes<sup>86</sup> ». Mais à ce droit inné, Kant opposait précisément un système des « droits acquis » conçu comme l'ensemble des « pouvoirs constituant vis-à-vis des autres un principe légal (*titulum*)<sup>87</sup> ». Dans le même sens, nous avons vu la manière dont le droit abstrait pensé par Hegel se distinguait d'une *administration de la justice* chargée de veiller sur la mise en place technique des formes de la vie économique et de la *Polizei*. En parlant de « détermination par une règle de droit » des rapports apparus entre les personnes, Savigny invente donc comme Épicure une sorte d'*intermonde*<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> *System*, t. 2, ch. 2, cité par Kiefner, *op. cit.*, p. 70.

<sup>83</sup> Kiefner, *ibid.*

<sup>84</sup> Hegel, GPR, § 39, tr. fr. p. 98.

<sup>85</sup> *Ibid.*, § 40, tr. fr. p. 100.

<sup>86</sup> Kant, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, tr. fr. p. 27.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>88</sup> Je reprends l'image employée par Kant (*ibid.*). On se souvient que la physique d'Épicure admettait la pluralité des mondes, dans l'intervalle desquels elle situait l'existence des dieux.

Si le langage de la *libre personnalité* rapproche son analyse d'une philosophie idéaliste de la pratique, celui de la *détermination par la règle de droit* ouvre au contraire le seuil du domaine formel où le juriste se trouve chez lui.

Mais comment cette connexion est-elle possible ? Savigny serait-il un *jusnaturaliste*, décidé à rafraîchir le droit positif sur la base du nouveau système philosophique du droit ? Tout au contraire ! Sans ambiguïté aucune, Savigny entend se détacher de la tradition du droit naturel où s'enracine encore le droit rationnel de Kant, par son contenu comme par ses sources littéraires. C'est sur le terrain positif qu'il veut se placer. Mais précisément : en empruntant à la philosophie le principe de l'épanouissement pratique de la personnalité, il en envisage une prolongation possible dans le droit positif. S'il franchit dès lors la frontière *a priori* du droit rationnel et du droit positif, ce n'est en aucun cas à la façon de l'intervention « perpendiculaire » du philosophe dans la jurisprudence, en invoquant les lois immuables contre les lois arbitraires ou les sources de la connaissance.

La critique qu'il adresse à la doctrine du « droit originel » ne laisse aucun doute à ce propos. Défendue notamment par Pufendorf et Blackstone, cette idée était centrale dans la tradition *jusnaturaliste*. Le « droit inné » envisagé par Kant n'était qu'une autre dénomination de ce droit, dont la reconnaissance était indépendante de toute législation positive. Or significativement, Savigny retrouve dans l'appréhension de cette idée la perspective typiquement juridique que nous avons repérée chez Domat. Il définit ces droits originels ou innés par le biais juridique, comme des droits « qui commencent nécessairement avec l'individu et ne peuvent cesser qu'après sa mort<sup>89</sup> ». Cette caractérisation ne privilégie-t-elle pas la question juridique de la *création* et de l'*extinction* des droits en question, sur celle de la manière d'en prendre connaissance ? Quoiqu'il en soit, Savigny pour s'opposer à l'usage de cette notion reproche à ces droits non pas leur invraisemblance ou aucun défaut théorique substantiel, mais d'emporter une confusion entre le « pouvoir naturel » de disposer librement de ses facultés et « les extensions artificielles de cette force personnelle qui sont les droits de la personne<sup>90</sup> ». Ainsi lorsque les philosophes envisagent le principe d'une possession

---

<sup>89</sup> *System, op. cit.*, t. 1, § 53, p. 336 ; tr. fr. p. 330

<sup>90</sup> *Ibid.* Même lecture chez Kiefner : Savigny « ne récuse certes pas le droit originel de la personne, mais s'y réfère depuis son système lui-même, en ne prenant que les droits acquis pour objet de son enquête » ; « das Urrecht der Person zwar nicht leugnet, aber aus seinem System hinausverweist und nur die « erworbenen » Rechte als Gegenstand seiner Untersuchung betrachtet » (« Der Einfluss Kants », *op. cit.*, p. 66). Toute la question consiste alors à comprendre la possibilité de cette référence au droit naturel « depuis » l'intérieur du système.

de soi, comme première marque de la liberté personnelle précédant la prise de possession d'aucune chose extérieure, Savigny remarque-t-il l'inutilité d'envisager aucune reconnaissance juridique de ce principe. Car ici,

das Ungehörige der hier dargestellten Auffassung besteht darin, dass jene natürliche Macht mit diesen künstlichen Erweiterungen derselben in eben so überflüssiger als verwirrender Weise auf Eine Linie gestellt und als gleichartig behandelt werden soll.

c'est inutilement, c'est à tort que l'on confond ce pouvoir naturel avec ses extensions artificielles pour les mettre sur la même ligne et les traiter de la même manière<sup>91</sup>.

Ainsi se précise le *cercle* que Savigny s'apprête à refermer sur la jurisprudence. Sur la base d'une claire démarcation de la nature et des droits positifs Savigny repousse la tradition jusnaturaliste, pour s'en tenir à « la ligne » sur laquelle se situe la jurisprudence proprement dite. Or il adopte en même temps un point de vue remarquable, qui pousse à considérer les droits positifs comme les « extensions artificielles » d'un principe d'action naturel : celui-là même dont la philosophie avait pensé la présence au creux du *sujet*. Par là doivent s'articuler la raison et le droit historique. Les philosophes contemplent l'existence d'une puissance (*Macht*) dont l'individu dispose nativement ; la science du droit envisage l'extension artificielle de cette puissance, en lui offrant le soutien d'une série de garanties institutionnelles définies dans le cadre de la société politique.

N'est-ce pas la signification profonde de la « détermination par une règle de droit » des rapports juridiques ? S'il est vrai que l'ensemble de ces rapports trouvent leur fondement ultime dans le *Faktum* de la volonté, dont Kant faisait dépendre toute sa philosophie pratique<sup>92</sup> — la tâche du juriste consiste alors à déterminer pas à pas toutes les manifestations de ce principe qui seront dignes en pratique d'une « reconnaissance<sup>93</sup> » (*Anerkennung*) juridique. En filigrane, le magistrat apparaît comme le tuteur de cette excroissance artificielle d'un pouvoir naturel, dont l'existence conditionne *in fine* la totalité de l'ordre juridique :

---

<sup>91</sup> *System, op. cit.*, t. 1, § 53, p. 336 ; tr. fr. p. 330.

<sup>92</sup> Dans la *Critique de la raison pratique* en effet, la possibilité de la loi morale est donnée à la manière d'un fait de la raison. C'est « le seul fait de la raison pure (*das einzige Faktum der reinen Vernunft*), laquelle se présente par là comme originellement législatrice (*ursprünglich gesetzgebend*) » (Emmanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft, op. cit.*, p. 41).

<sup>93</sup> *Ibid.*

Diese Macht ist sogar die Grundlage und Voraussetzung aller wahren Rechte, indem z.B. Eigentum und Obligationen nur Bedeutung und Werth für uns haben als künstliche Erweiterung unsrer eigenen persönlichen Kräfte, als neue Organe, die unserm Naturwesen künstlich hinzugefügt werden.

Tout droit véritable a cette puissance pour base et l'implique nécessairement. Ainsi par exemple la propriété et les obligations n'ont de sens et de valeur que comme extension artificielle de notre force personnelle ; ce sont de nouveaux organes que l'art ajoute à notre nature primitive<sup>94</sup>.

Comme dans l'un des contes populaires qu'a recueilli Jacob Grimm, le disciple et l'ami de Savigny<sup>95</sup>, le masque sans cervelle de la fable vient ainsi à la vie. « Le concept empirique du droit » n'est plus l'inerte bout de bois qui réclamait une « tête », mais l'organe appendiculaire d'un organisme dont il prolonge la puissance « primitive ». L'individu privé, autonome, spontanément porté à se posséder lui-même, à posséder les choses et à exclure autrui de la jouissance de ce qu'il possède, rejoint ainsi la personne juridique et titulaire de droit pour former le nouveau sujet, individu-personnifié, personne individualisée, dont le juriste veillera à protéger la puissance *par des règles de droit* artificielles. Voilà donc la physionomie singulière de l'intermonde où se tient la *Rechtswissenschaft* naissante. Tout en se tournant résolument vers les *artifices* de droit positif, elle propose de concevoir ceux-ci comme l'extension progressive et systématique d'une puissance dont la philosophie a par ailleurs révélé le principe. Quelle place resterait-il donc pour aucune doctrine du droit naturel ? Il semble au contraire que le droit inné se dissolve au moment même où ses principes — par l'entremise de la philosophie idéaliste — sont supposés *réglés* par la jurisprudence romaine. Car sur ce terrain, les deux espèces de rapports de droit que reconnaît le *Système*, l'*obligation*, définie comme la domination d'une partie isolée de l'action d'autrui, et la *propriété*, définie comme la forme la plus pure et la plus aboutie de la domination d'une chose, assurent la réalisation artificielle de la *volonté* : « [durch ihnen] wird die Macht der berechtigten Person nach aussen, über die natürlichen Grenzen ihres Wesens hin, erweitert » ; « toutes deux étendent l'empire

---

<sup>94</sup> *Ibid.* Je maintiens la vieille orthographe allemande, sans me risquer à la moderniser moi-même.

<sup>95</sup> Je reviens sur Grimm ci-dessous, p. 219.

de notre volonté sur une portion du monde extérieur<sup>96</sup> ». Bien avant Nietzsche, la puissance et la volonté étaient clairement associées — non pas en guise de diagnostic de l'état de santé culturelle de l'Europe, mais dans la définition d'un principe sans quoi « le droit civil du XIX<sup>e</sup> siècle serait impossible à penser ».

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 339 ; tr. fr. p. 333.

## Chapitre 3

### LA BAINNADE AU MÊME FLEUVE

#### Révolution des successions

L'urgence qu'a revêtue l'interprétation du droit de la possession est alors facile à comprendre. Quelle autre situation juridique que celle-ci pouvait mieux attester de l'*alignement* de l'activité primordiale du sujet sur les actions judiciaires du droit positif? Non seulement le droit de la possession est mis en jeu par la question agraire qui agite les États et les principautés de l'Allemagne, mais il apparaît comme le foyer normatif privilégié de toute mise en rapport des institutions de droit positif avec ce « sujet » qui n'est ni le simple *cogito* qui définissait le point de fuite à partir duquel il fallait mettre en perspective le spectacle des connaissances, ni l'individu empirique réel, mû par ses passions singulières et les régularités observables de sa nature, mais bien l'individu-personnifié ou la personne-individualisée du nouvel idéalisme.

Tout d'abord en effet les nouvelles *Rechtslehren* ont bien présenté la possession comme la première d'entre toutes les expressions extérieures possibles de la volonté. Dès le premier paragraphe de sa *Doctrine du droit*, Kant définit la possession (*Besitz*) comme la « condition subjective de la possibilité d'un usage en général » : « die subjektive Bedingung der Möglichkeit des Gebrauchs überhaupt<sup>1</sup> ». À l'usage d'une chose, c'est-à-dire au fait qu'une chose puisse faire l'enjeu d'un certain mode de jouissance, correspond l'hypothèse d'une « condition subjective ». Transcendantale, cette condition tiendrait pour ainsi dire à la forme *a priori* de toute *activité* possible. Si la possession définit une telle condition, elle apparaît aussitôt comme le premier point d'intersection du « subjectif » et de l'« objectif », c'est-à-dire de la liberté autonome privée et des choses réelles qui entrent en 'sa' possession. En ceci la disposition subjective à posséder apparaît bien comme le fondement idéal de

---

<sup>1</sup> *RL*, p. 47.

« la constitution d'une chose comme *mienne* ». Le parfait flou juridique de cette expression n'est pas le fruit du hasard : sa généralité même permet d'envelopper à l'avance toute spécification éventuelle non seulement d'un droit réel (d'une servitude, d'une emphytéose, etc.), mais aussi bien tout le droit des obligations et de la famille. En effet, la possession peut prendre pour objet une fraction de la volonté d'autrui, autrement dit « le libre arbitre d'autrui en tant qu'il doit accomplir un certain acte<sup>2</sup> ». La prestation qui m'a été promise, d'une certaine manière, est ainsi pensable comme ma possession : je « possède » l'acte à venir qui forme le contenu de ma créance, en d'autres termes la fraction de la « volonté » du débiteur qui est relative à sa promesse. Par là, le concept d'obligation se ramène à celui de la possession. De même, la possession peut porter sur l'état de la personne avec laquelle je suis dans une relation familiale : si je possède ma femme, ou mon enfant ou mon frère<sup>3</sup>, ce n'est pas certes au sens où ils m'appartiendraient *réellement* comme des choses ou des esclaves, ni même comme des débiteurs qui seraient indéfiniment obligés envers moi<sup>4</sup>, mais au sens où nos positions réciproques au sein de la famille, comme époux, comme père, ou comme fils, nous appartiennent à chacun. La famille oblige ainsi chacun, en tenant « son » rôle (*status*), à garantir chacun de ses parents dans la possession du leur. En effet, si ma sœur sort de son état de sœur — en usurpant par exemple l'identité d'une personne extérieure à notre famille — elle me prive alors de mon état de frère, dont je dois alors pouvoir revendiquer la possession.

Ainsi la possession fournit-elle le point d'appui d'une représentation du système juridique dans son ensemble. Elle contient au plan rationnel la « possibilité transcendantale<sup>5</sup> » de tout usage du monde et d'autrui. En découvrant en elle la condition subjective de toute propension de la volonté à se réaliser dans le monde, le philosophe y détecte en même temps la première manifestation de cette auto-réalisation de la volonté. Le fait de prendre possession d'une chose, de s'en emparer ou de la tenir en main ne marque pas tant le commencement de la propriété ou une précondition matérielle de l'échange juridique. Il constitue plutôt un « postulat

---

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 4.

<sup>4</sup> Ce que furent longtemps les domestiques européens, auxquels le droit du louage de service réservait une place limitrophe entre la famille et le travail – précisément d'hommes et de femmes à *tout faire* « qui sont attachés d'une manière particulière à la personne, au ménage, à la maison du maître » (Raymond-Théodore Troplong, *Le Droit civil expliqué selon l'ordre des articles du code. De l'échange et du louage*, Bruxelles, Méline, Cans et Cie, 1851, CC art. 1779, § 843, p. 210).

<sup>5</sup> RL, *ibid.*

juridique de la raison pratique<sup>6</sup> ». Autrement dit la possession s'affirme d'une manière indémontrable, mais universellement déterminante pour toute expression juridique de la raison. Si aucun concept *a priori* de la possession n'était possible, si toute chose par conséquent était déclarée *res nullius* — c'est-à-dire dépourvue de tout maître et possesseur — la raison pratique serait *ipso facto* incapable de se représenter aucune manière de se réaliser dans le monde.

Or toute cette analyse est de droit philosophique. Elle s'énonce pour ainsi dire le long d'une ligne qui est « perpendiculaire » à celle sur laquelle se déroule l'appareil textuel des sources de droit positif. Toute l'architecture de la doctrine kantienne du droit ne supposait-elle pas, ainsi qu'on l'a dit, une négligence de principe du droit existant ? C'est cette abstraction qui justifie le flou institutionnel du détail de la « constitution du mien ». À la rigueur il n'est besoin de considérer aucune contrepartie normative positive à cet exposé. Les principes *a priori* qu'il est destiné à décrire, s'ils peuvent éventuellement constituer un horizon idéal auquel confronter le droit existant, n'ont pas vocation à servir de fondement pour la reconstruction de celui-ci. Une telle reconstruction aurait supposé de plonger dans des Écritures dont la connaissance, d'après l'architectonique de la raison pure, est seulement historique, *ex datis*. Ce fut pourtant l'opération de Savigny que de franchir précisément cette limite, en reconstruisant la matière positive de la jurisprudence *à partir* du principe idéaliste de l'autonomie de la volonté privée.

Or un tel projet n'allait certainement pas de soi. Si Kant avait pris ses distances avec le droit existant, s'en tenant à l'hypothèse pure d'un droit rationnel et à l'exploration de ses « conditions subjectives » *a priori*, n'était-ce pas *aussi* en raison des divergences substantielles qui se trouvait entre le droit existant de son temps et les principes de la raison pure pratique ? Où trouver dans l'Allemagne de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle la manifestation jurisprudentielle de cette autonomie privée dont le philosophe, simili-magistrat, s'autorisait malgré la censure à proclamer le caractère naturel et *nécessaire* ? Au contraire, le droit positif contemporain était très largement enfoncé dans un régime féodal directement antagonique aux principes de la *Rechtslehre*. La situation du servage par exemple s'appuyait sur l'existence juridique de servitudes personnelles, qui en pratique imposaient aux paysans une position d'accessoires de la terre à laquelle leur service s'attachait. Ou bien les divisions du *dominium* étaient si

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

nombreuses qu'elles aboutissaient à ce qu'une série d'acteurs différents puissent revendiquer sur une seule terre une série de droits différents<sup>7</sup>. L'un dans l'autre ni les hommes n'étaient libres, ni les terres. Les premiers étaient toujours les vassaux d'autrui, les secondes étaient inmanquablement grevées de quelque servitude féodale<sup>8</sup>. C'est pourquoi « le concept univoque de la propriété était étranger aux juristes de profession<sup>9</sup> ». Ce monde du domaine divisé, saturé d'obligations, ne laissait précisément aucune place à la manifestation *autonome* d'une « constitution du mien ».

Il fallait au moins imaginer une « révolution des vente et des successions » — c'est-à-dire un rachat général, par les propriétaires, des servitudes qui grevaient leur domaine et, par les héritiers ou les acquéreurs, de celles qui pesaient sur la terre dont ils s'apprêtaient à entrer en possession — pour imaginer « un domaine qui n'aurait plus que des vassaux entièrement libres » et dont « la liberté des personnes et des fonds constituerait [le] caractère<sup>10</sup> ». Certes, le philosophe pouvait concevoir un droit *a priori* de la raison, où cette double liberté était de règle. Sa critique pouvait aller jusqu'à infléchir dans un sens plus tranchant qu'à l'ordinaire l'exposé du droit naturel. Mais en pratique l'expression « le mien » n'avait guère de sens. Le mot *homme* désignait non pas le sujet de droit, mais l'individu qui avait rendu *hommage* à un autre<sup>11</sup>. La majorité des individus « appartenaient » à une terre, de sorte que les choses extérieures étaient moins pour eux un milieu dans lequel réaliser leur puissance, qu'une réalité au service de laquelle placer leur travail. Quant aux terres, elles n'appartenaient jamais à *une* personne, mais faisaient l'enjeu d'un écheveau complexe

---

<sup>7</sup> Dans une étude classique sur les divisions médiévales de la propriété, nous lisons : « il y a bien des propriétaires d'une même chose, autant que l'organisation sociale comporte de cercles concentriques qui enserrant l'individu et autant qu'il y a de manières distinctes d'user ou de tirer profit d'une chose » (Édouard Meynial, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XIIe au XIVe siècles dans les Romanistes », in *Mélanges Fitting, t. II*, Aalen-Francfort sur le Main, 1969 [1908], p. 409-461, p. 414, cité par Robert Feenstra, « Les origines du dominium utile chez les glossateurs, avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani », in Id., J. H. A. Lokin, N. van der Wal (éds), *Flores legum H. J. Scheltema obliti*, Wolters-Noordhoff, Groningen, p. 49-93, p. 54).

<sup>8</sup> Que la terre n'ait pas été libre, c'est ce qu'indique *a contrario* l'article du Code rural révolutionnaire français de 1791 : « Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent ». En Allemagne, ce fut tout l'enjeu de la « Bodenmobilisierung » ou de la « Befreiung des Bodens » (*libération de la terre*), que d'assurer l'accessibilité à la propriété foncière, c'est-à-dire de faire en sorte que la terre puisse entrer dans le commerce à la manière d'une marchandise. Voir Norbert Habermann, « Die preussische Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums », in Helmut Coing et Walter Wilhelm (éd.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, t. III, *Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, Francfort sur le Main, Klostermann, 1976, p. 3-43.

<sup>9</sup> Kenichi Moriya, *op. cit.*, p. 20, citant également les travaux de Feenstra.

<sup>10</sup> Pierre-François Boncert, *Inconvénients des droits féodaux*, Paris, 1776, p. 42.

<sup>11</sup> Voir ci-dessus, note 55 p. 145.

de « rapports juridiques » où se mêlaient pêle-mêle des *services*, des *obligations*, des *droits d'usage* d'une manière beaucoup trop complexe pour pouvoir constituer l'expression d'aucun « postulat juridique de la raison pratique ».

N'est-ce pas d'ailleurs l'ensemble inextricable de ces complications qui poussa Hegel, au nom de la *conciliation* de la raison et de l'histoire, à souhaiter qu'un législateur codifie politiquement le droit, pour abolir ces droits antagoniques à l'épanouissement mondain de la liberté ? Dans l'ivresse propre à la langue spéculative, cela s'énonçait : « connaître le contenu juridique donné dans son universalité définie<sup>12</sup> ». Or c'est là précisément la solution à laquelle Savigny se refuse avec la dernière énergie. Mais alors comment concilier le refus de la voie législative avec l'exigence de rapporter effectivement le droit positif à la *Grundregel* de l'autonomie privée ? De fait l'affichage de tel ou tel principe dogmatique n'aurait pas suffi à lui seul à assurer la « révolution des ventes et des successions ». Pour s'en approcher il fallait compléter par *l'histoire* le cercle qui « bouleverserait<sup>13</sup> » (*umstalten*) le droit privé.

### **L'humeur scientifique**

Pour pouvoir décliner l'idéalisme sur le plan de l'interprétation juridique positive, il fallait bien que l'école historique mette à distance l'état actuel du droit en vigueur. La solution législative, la plus extrême, eût consisté à le substituer par un droit révolutionnaire, soit au sens technique de la révolution des ventes et des successions qu'envisageait Boncert, soit au sens politique que préconisa Merlin de Douai à l'Assemblée nationale constituante<sup>14</sup>. Quant à lui, Savigny va proposer de suivre une solution *historique*. C'est l'analyse des différentes strates historiques du droit existant qui amènera le « recul » nécessaire à l'introduction d'une réorganisation idéalisante du droit privé. Ainsi l'histoire intervient en premier lieu comme ce moyen de fractionnement intellectuel, qui permet de faire apercevoir le patrimoine normatif actuel comme un corps composite, résultant de l'association d'idées juridiques

---

<sup>12</sup> GPR, § 211, tr. fr., p. 232.

<sup>13</sup> Kenichi Moriya, *op. cit.*, p. 21. L'entreprise de Savigny vise à « bouleverser (*umstalten*) » la matière des droits réels, de manière à rapporter les « *dominia diversa* » du droit commun au « concept absolu de propriété ». Je reviens sur ce point dans le dernier chapitre de cette partie.

<sup>14</sup> Rapport du 8 Février 1790, présenté par Merlin de Douai à la Commission parlementaire pour l'abolition des droits féodaux.

d'ascendances diverses. L'histoire du droit, comme discipline, servira, si l'on peut dire, de table des éléments. Elle fournira les outils et le référentiel grâce auquel discriminer, dans le droit des servitudes foncières par exemple, quel élément est *germanique*, quel autre *romain*, et s'il est romain, s'il est archaïque, tardo-républicain, byzantin, etc. Ainsi le juriste-historien substitue un tout autre filtre à celui des philosophes, dont le tamisage consistait à séparer les droits dont la connaissance procédait de la raison (ou d'un concept) de ceux qui procédaient de l'entendement (ou d'une représentation). Dans le droit existant, le juriste-historien repère les sédiments de différents *âges* du droit.

Pour comprendre la portée de ce travail de fractionnement, il serait beaucoup plus juste de songer à l'histoire des styles qu'à une enquête historique à proprement parler. Tout comme le connaisseur d'architecture distingue les éléments gothiques des éléments romans de l'église qui se trouve *actuellement* place du Général de Gaulle, le juriste-historien défait l'unité apparente des droits existants, pour démêler ses différents aspects sur la base d'un fléchage historique. Or ce travail stratigraphique n'est pas purement descriptif. Il donne la clé d'une appréciation profondément normative des éléments qui composent l'ensemble dont il prépare l'évaluation. Ces éléments tantôt sont d'ascendance « noble » (ou triomphante), tantôt d'ascendance « vulgaire » (ou décadente). De même que Ruskin « défait » les églises de Venise, pour exalter le gothique *contre* le roman, ou que Viollet-le-Duc distingue entre les formes décadentes et les formes sublimes de l'art chrétien<sup>15</sup>, le juriste-historien attache toujours une différence de *valeur* à celle des provenances historiques<sup>16</sup> — parlant du « manque de goût » (*Geschmacklosigkeit*), de la « décadence » (*Verfall*) ou de la « force d'âme » (*Geistekraft*) propre à tel ou tel style historique de pensée juridique<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> William Ruskin, « On the Nature of Gothic », in *The Stones of Venice*, 3 t., New York, Merrill and Baker, 1851, t. 2, ch. 6 ; Eugène Viollet le Duc, article « Architecture », in *Dictionnaire raisonné de l'architecture française du XI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, t. 1, Paris, 1854. Il n'est pas anodin que ces deux ouvrages aient paru du vivant de Savigny, et au moment du plus grand rayonnement de son système.

<sup>16</sup> C'est la limite que je trouverais au parallèle, au reste fort éclairant, qu'Olivier Jouanjan propose entre le modèle de Savigny et la philosophie de Schelling, lequel présentait la nature comme « un livre composé de fragments et rhapsodies d'époque fort différentes », en prenant l'exemple de la minéralogie. S'il y a bien ici une analogie quant à l'art de décomposer le corps à l'étude (les sources juridiques ou les pierres), on imagine mal aucune portée normative à la discrimination des composants minéraux. (O. Jouanjan, « Un tournant philologique dans la science du droit. Histoire et métaphysique chez Savigny », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 107-125, p. 110 seq.).

<sup>17</sup> HDRMA, t. 5, « Das 13. Jahrhundert », ch. XLI, § 80, p. 222 seq.

Or cette implication de l'histoire dans l'établissement du programme normatif de l'école historique fut peut-être aussi cruciale au XIX<sup>e</sup> siècle qu'elle est devenue difficile à penser. Notre culture juridique en particulier, et notre culture en général, nous prédisposent mal à en percevoir le sens. Elle fut pourtant caractéristique et fondamentale dans l'institution de ce renvoi systématique, typique de la pensée du XIX<sup>e</sup> siècle, entre l'analyse d'un droit *ancien* (qu'il fût en l'espèce romain ou germanique<sup>18</sup>) et l'édification dogmatique d'un droit *actuel*, à l'usage des sociétés industrielles contemporaines. Il est d'ailleurs symptomatique que la littérature spécialisée n'ait pas toujours bien reconnu l'importance de « l'histoire littéraire » dans l'établissement du prestige de Savigny. Car c'est bien l'immense exploration documentaire des sources de droit et de leur histoire matérielle — autrement dit l'étude codicologique et philologique de la diffusion et de la transmission des textes normatifs à travers l'Europe — qui allait permettre à Savigny de mettre en œuvre l'opération de « fractionnement » du droit en vigueur dont nous venons d'exposer le principe. Seul un tel travail permettrait d'attester la sédimentation positive, dans le droit actuel, de règles de provenance différente. Il permettrait de mieux discriminer différents « styles de la pensée juridique<sup>19</sup> », indexés chacun à une phase de l'histoire du droit, conçue comme histoire littéraire ou comme histoire externe des textes pris à la lettre, comme des réalités matérielles<sup>20</sup>. Avant de voir comment ce travail d'indexation historique ou de fléchage a investi l'analyse du droit de la possession, précisons quelques aspects généraux de ce rôle de l'histoire dans le « cercle » qui allait ainsi se refermer sur la jurisprudence positive.

Bien évidemment, nul n'a jamais contesté la place de l'érudition philologique dans l'œuvre de Savigny : elle est indéniable. Mais en se focalisant sur le problème de ses affinités *philosophiques* — en appréhendant autrement dit son œuvre sous l'angle de l'histoire des idées — on a souvent relégué au second plan sa dimension simplement historique, au point parfois de l'effacer tout bonnement des paramètres censés définir « la disposition spirituelle » (*geistige Einstellung*) du maître de

---

<sup>18</sup> De ce point de vue la distinction des deux branches de l'école historique, romaniste et germaniste, apparaît en effet secondaire.

<sup>19</sup> Au sens du « style de pensée » théorisé par Ian Hacking à la suite de Ludwig Fleck et d'Alistair Crombie, dans « Style for historians and philosophers », *Studies in History and Philosophy of Sciences*, 23, 1992, p. 1-21.

<sup>20</sup> Sur la distinction de l'histoire interne des principes ou des institutions juridiques et l'histoire externe des textes considérés pour eux-mêmes au point de vue « littéraire », voir Emanuele Conte, *Diritto comune*, op. cit., p. 30 seq.

Marbourg<sup>21</sup>. Certes, on a bien dit que l'idéal de l'école historique était d'édifier une « science du droit civil à la fois historique et philosophique<sup>22</sup> ». Mais il est toujours resté difficile d'appréhender de manière véritablement positive le lien qui rattachait l'exploration de l'histoire des institutions et des sources juridiques à l'orientation dogmatique du programme.

Cette difficulté a parfois même encouragé à vouloir évacuer l'hypothèse même d'une telle connexion. Deux interprétations ont plaidé en ce sens. La première consiste à distinguer à l'appui d'une périodisation historique les volets philosophique et juridique — dont la distinction semble donnée pour un axiome *a priori*. Un pan de l'historiographie spécialisée s'efforce ainsi d'attester l'existence d'un « tournant » entre une période de jeunesse de Savigny, marquée par ses compagnonnages philosophiques, et son passage ultérieur à une Science prétendument débarrassée de ses oripeaux idéalistes<sup>23</sup>. Or en plus de méconnaître la maxime épicurienne qui écarte qu'aucun âge soit plus propre que l'autre à l'exercice de la philosophie, cette opinion a pour elle assez peu de vraisemblance. Dans la lignée des travaux de Joachim Rückert, Kenichi Moriya en a récemment proposé une réfutation convaincante :

das Zurücktreten der Äusserungen direkt zur Philosophie heisst nicht unbedingt das Verschwinden des philosophischen Interesses. Und umgekehrt ist es möglich, dass Savignys philosophische Äusserungen während seiner « philosophischen Lehrjahre » auch für die Erschliessung seiner fachjuristischen Ansichten einige Aufschlüsse geben.

Ce n'est pas parce que les propos qui concernent directement la philosophie marquent un certain retrait que l'intérêt philosophique a nécessairement disparu. Inversement, il est possible que les propos philosophiques de Savigny durant ses 'années d'apprentissage philosophique' jettent quelque lumière sur le désenclavement de ses conceptions strictement juridiques<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Pour reprendre l'expression idéaliste de K. Moriya, *op. cit.*, p. 113 dont l'étude, ainsi que je l'ai déjà remarqué, n'accorde guère d'attention à la dimension philologique et littéraire de l'œuvre de Savigny, ne citant pas même en bibliographie l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge*.

<sup>22</sup> Franz Wieacker, je cite ici d'après la traduction italienne du *Privatrechtgeschichte*, *op. cit.*, tr. it. Umberto Santarelli et Sandro-A. Fusco, Milan, Giuffrè, 1980, t. 2, p. 60-61 ; voir aussi Aldo Mazzacane, *op. cit.* et Olivier Jouanjan, « Un tournant philologique », *op. cit.*

<sup>23</sup> Horst Heinrich Jakobs, « Der Ursprung der geschichtlichen Rechtswissenschaft in der Abwendung Savignys von der idealistischen Philosophie », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 57, 1989, p. 241-273. Dans un sens voisin, Dietrich Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Francfort sur le Main, Klostermann, 1994.

<sup>24</sup> Kenichi Moriya, *op. cit.*, p. 123. Voir également l'analyse en ce sens d'Olivier Jouanjan, « Un tournant philologique », *op. cit.*

L'analyse que nous avons proposée de la doctrine des *Rechtsverhältnisse*, qui appartient bien à la période de la plus grande maturité de Savigny — confirme assez la justesse de cette remarque, indépendamment de tout décompte quantitatif des propos explicites de Savigny. Que l'hypothèse en revanche ait pu séduire nous apporte un élément de réflexion intéressant. Cela confirme non seulement la force du préjugé de la « pensée par lots », qui retrouverait bien ici la confirmation d'une distinction « architectonique » de la spéculation philosophique et de la construction juridique ; mais la difficulté pour un historien de faire sens de la prégnance des présupposés philosophiques au sein du *Systeme*. Plutôt que de restaurer la séparation disciplinaire de l'approche conceptuelle du droit, où se décèle l'influence philosophique de l'idéalisme allemand, et de l'approche technico-formelle, ne faudrait-il pas plutôt comprendre la manière dont Savigny les a positivement articulées l'une à l'autre et la raison pour laquelle il l'a fait ? Or on n'atteindra pas je crois cette compréhension, sans prendre tout à fait au sérieux l'élément le plus historien de la pensée de Savigny, auquel il est symptomatique que de tels débats, obnubilés par la doxographie, n'accordent aucune pertinence véritable.

La seconde interprétation va plus loin dans la volonté d'évacuer la difficulté. Sans emprunter cette fois le détour d'aucun forçage historique, elle renonce carrément à rechercher aucun lien entre les deux aspects du travail de Savigny. Giovanni Tarello exprime clairement ce point de vue :

Il est vain selon moi d'espérer que la tentative de rendre « tout » Savigny cohérent donne de bons résultats. [...] Au fil de la totalité de son existence, il prit part [...] à plus d'une seule entreprise culturelle. Et pour chacune des entreprises culturelles collectives dont il fut partie prenante, comme par exemple celle de la philologie et celle de la systématique juridique, il était sollicité par les exigences internes et les prérequis historiques de *chacune* de ces *diverses* entreprises culturelles. Plus une personnalité est polyédrique, plus une interprétation se fourvoie en privilégiant la cohérence.

Secondo me, è senza speranza di buoni risultati il tentativo di rendere coerente « tutto » Savigny. [...] Lungo tutto l'arco della sua vita [...], partecipò a più di una impresa culturale ; e in ciascuna delle imprese culturali collettive alle quali ha preso parte, come ad esempio rispettivamente quella filologica e quella di giurista sistematico, egli sentiva sollecitazioni che provenivano dalle necessità interne e dai

condizionamenti storici di ciascuna di queste diverse imprese culturali delle quali era partecipe. Quanto più un personaggio è poliedrico, tanto più una interpretazione che privilegia la coerenza diviene sviante<sup>25</sup>.

Le dilemme théorique se résoudre ainsi en diagnostic clinique. En prêtant à Savigny une personnalité « polyédrique » — autrement dit une tendance à être à la fois au four et au moulin — on dissiperait tous les mystères. Une frivolité atavique aurait-elle poussé Savigny, qui descendait d'un haut lignage aristocratique, à papillonner d'une « entreprise culturelle » à l'autre, en s'adonnant à une série de disciplines qu'une pointe de professionnalisme bourgeois aurait suffi à distinguer l'une de l'autre une bonne fois pour toutes ? Bien que l'opinion de Tarello évite tout schématisme historique dans la reconstitution de l'évolution des « propos » de Savigny, on peut douter qu'elle ait suffisamment de vraisemblance pour trancher la *vexata quaestio*. En refusant d'apercevoir entre les différentes activités « culturelles » de Savigny rien de mieux qu'un lien de juxtaposition rhapsodique, elle semble plutôt escamoter le cœur du problème qui se posait à lui, en négligeant l'importance que l'histoire pour un revêtir pour un juriste décidé, en plein *Sattelzeit*, à placer « sur la même ligne » le sujet idéal des philosophes idéalistes et le sujet de droit de la jurisprudence positive.

Il suffit au contraire de revenir au témoignage des disciples directs de Savigny pour s'apercevoir de la formidable résonance théorique qui entourait l'appel à la signification idéale de l'histoire. Prenons ainsi l'étude que l'un des élèves de Savigny présenta en l'honneur de son maître, lors d'une cérémonie qui fut donnée à Berlin pour le cinquantième anniversaire de celui-ci, au moment même où était sous presse à New York l'ouvrage de Ruskin sur Venise. Évoquant la puissante impression que les leçons de Savigny sur les *Pandectes* avaient laissée en lui, le jeune homme rendait grâce à son maître de lui avoir appris à se représenter l'ensemble des sciences comme un tout.

Durch das Wehen Ihrer milden Lehren weckten Sie meinen Geist, dass er wissenschaftliche Stimmung annahm, un da alle Wissenschaften im Grund eine einzige sind und die vier Facultäten zusammenfallen in eine grosse ; so hat auch Ihr Einfluss auf mich fortgewährt, Ihr Beispiel mich noch da getrieben, wo meine lernbegierde sich an Stellen niederliess, die Ihr eigener Fuss nie betrat.

---

<sup>25</sup> Giovanni Tarello, « Su F.C. von Savigny », in *Quaderni fiorentini*, n. 9, 1980, p. 387.

Grâce au souffle de vos douces leçons, vous avez si bien éveillé mon esprit, qu'il adopta l'humeur scientifique (*wissenschaftliche Stimmung*) ; et puisqu'il est vrai que toutes les sciences n'en sont au fond qu'une seule, et que les quatre facultés en forment ensemble une grande, c'est encore votre exemple et l'influence que vous avez exercée sur moi qui m'ont conduit à gagner les régions (*Stellen*) où mon appétit de savoir (*Lernbegierde*) me poussait, mais dont vous n'aviez vous-même jamais foulé le sol<sup>26</sup>.

Celui qui s'exprime ainsi, en octobre 1850, devant la fine fleur de l'Université alors la plus prestigieuse au monde, n'est autre que Jacob Grimm. Avant d'atteindre la gloire comme linguiste et de battre la campagne pour recueillir avec son frère le récit de Blanche neige et du petit chaperon rouge, Jacob Grimm avait été l'élève de Savigny à Marbourg puis son collaborateur direct. Il l'assista notamment plusieurs mois, à Paris, dans le travail philologique qui devait préparer l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge*. Même en entourant le discours élogieux que nous venons de citer des mêmes précautions que celui de Bartole pour la remise des insignes doctoraux à son frère<sup>27</sup>, on voit mal comment la description qui nous est ici proposée serait compatible avec le diagnostic d'un Savigny polyédrique et dispersé. Il est clair que Grimm emprunte ici toute la rhétorique schillérienne de la « tête philosophique », devenue entretemps la marque idéologique de l'Université de Berlin. Seul l'« appétit de savoir » (et non l'appétit tout court) guiderait le « plan d'études » du vrai savant. Il n'empêche : si c'est bien l'exemple de Savigny qui a encouragé Grimm à « s'installer » (*niederlassen*) là où bon lui convenait ; si cette liberté se justifiait au motif que la connaissance était *une*, comment Grimm aurait-il pu admettre que Savigny ait partagé sa vie entière, à parts égales, entre deux « entreprises culturelles » entre lesquelles il ne se serait lui-même représenté l'existence d'aucune connexion ?

Le problème est que Savigny ne s'adonnait pas comme Madame Verdurin à des « activités culturelles », mais qu'il construisait une œuvre et qu'il avait un programme. Ce programme fut même suffisamment puissant pour infléchir la complexion normative des sociétés occidentales modernes jusque dans leurs ramifications coloniales<sup>28</sup>. Or pour pouvoir ressaisir l'origine intellectuelle de tels

---

<sup>26</sup> Jacob Grimm, « Das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung von D. J. Grimm. Heil dem Fünfzigjährigen Doctor Juris F.C. von Savigny », in *Rede und Abhandlungen*, Berlin, Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1864, t. 1, *Kleinere Schriften*, p. 113-143, p. 114.

<sup>27</sup> Voir ci-dessus, p. 192-193.

<sup>28</sup> Comme le montre l'usage massif que les administrateurs britanniques de l'Inde ont fait du *Système du droit romain actuel* pour instituer le système de l'*indirect rule*. Sur ce point voir Duncan Kennedy,

effets — et rectifier l’image brouillée que nous en avons du fait des modifications de *notre* mentalité juridique — la moindre des choses serait encore d’appliquer ce que les herméneutes appellent le *principe de charité*, en prêtant à l’auteur, par hypothèse, une raison d’avoir conçu son œuvre sous la forme qu’il lui a effectivement donnée.

Au sein de la génération des élèves de Savigny, Grimm était d’ailleurs loin d’être le seul à avoir perçu la libre circulation des connaissances comme l’un des fondements originaux du programme de celui-ci. Elle apparaissait tout aussi clairement aux juristes eux-mêmes. Ainsi, pour présenter la « vie et les doctrines de Monsieur de Savigny », Édouard Laboulaye appelle-t-il les juristes français de la monarchie de juillet à ne pas laisser les disciplines juridiques à l’état de « science professionnelle, bonne pour le juge, l’avocat ou l’étudiant<sup>29</sup> ». En restant « absorbés, comme les juristes anglais, dans l’étude exclusive de la loi et des précédents », les juristes français accréditent la perception que Schiller avait du droit, lorsqu’il y voyait une espèce de *Brotstudium*. Or l’exemple de Savigny vaut précisément par le fait d’offrir une chance de « régénérer » la jurisprudence, en la mettant au contact de l’histoire *et* de la philosophie, seul moyen de la hisser au rang de science véritable :

Un tel isolement [du droit, de l’histoire et de la philosophie], s’il devait durer, serait mortel pour toute science, et surtout pour la jurisprudence, qui, privée de ses appuis naturels, descendrait, pour ne plus se relever, aux proportions d’un métier ; mais heureusement, de nos jours, toutes les connaissances sont solidaires, et le progrès de l’une force le développement de l’autre. En ce moment, tout présage que nous approchons de l’époque désirée, où la philosophie, l’histoire et la jurisprudence, intimement unies, marcheront ensemble et, main dans la main, vers le but commun de leurs efforts, l’amélioration de la condition humaine<sup>30</sup>.

Cette sorte de millénarisme épistémologique peut bien nous sembler naïf. Mais il est indéniable que c’est là le type d’enthousiasme que les contemporains ont d’abord perçu au principe de l’école historique.

---

« Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *The American Journal of Comparative Law*, n. 58, 2010, p. 811-842, p. 836 seq.

<sup>29</sup> Édouard Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de M. de Savigny*, Paris-Leipzig, Durand, 1842, p. 7.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 8.

## La foule des détails

Savigny avait pourtant prévenu contre la méprise qui consisterait à vouloir séparer la pensée juridique de l'investigation historique. Au début du quatrième tome de l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge*, consacré à la renaissance du droit civil au XII<sup>e</sup> siècle, une introduction de quelques pages marque une brève pause, destinée à faire valoir l'intérêt d'« entrer dans une foule de détails relatifs à l'histoire littéraire<sup>31</sup> ». Ce texte, l'un des très rares passages réflexifs de l'ouvrage, se présente comme une apologie pour l'histoire. Sous le titre *De la valeur de l'histoire érudite (Von dem Werth der Gelehrten-geschichte)*, il entend préciser « la nature et le but de ce genre de travaux<sup>32</sup> ». Il faut alors distinguer deux variétés d'approche historique du droit. La première est constituée par l'histoire des opinions juridiques : c'est la *Dogmengeschichte* ou encore l'histoire interne, que Savigny désigne ici comme une science de la bibliographie (*materielle Bücherkunde*). La seconde se présente plus précisément comme une histoire littéraire ou une histoire externe, qui porte sur le détail de la transmission matérielle et historique des textes et des sources juridiques qui renferment, ou suscitent, l'expression de ces opinions. C'est bien de cette seconde variété de l'histoire du droit, sa variété littéraire, que Savigny veut faire ici l'apologie.

En effet cette histoire savante des textes présente une physionomie tout à fait singulière, qui lui confie un place à part au sein de « l'historicisme » allemand<sup>33</sup>. À première vue, son caractère strictement érudit semble en faire l'exact opposé de « l'histoire conçue » à quoi Hegel identifiait la philosophie spéculative. Tandis que le « savoir absolu » voulait isoler de « la foule des détails » contingents de l'histoire le noyau de nécessité qui en faisait le sens idéal et désignaient le cheminement de l'Esprit vers son Royaume, l'histoire érudite de Savigny, telle que l'*Histoire du droit romain* en fournit l'exemple pur, plonge au contraire platement dans une masse de faits parfaitement contingents. Ainsi qu'elle se présente elle-même sciemment, délibérément et sans détour, elle veut offrir avant tout une « foule de détails » extérieurs, une « longue série<sup>34</sup> » (*lange Reihe*) de recherches purement documentaires sur la diffusion et la transmission des sources de droit. Pourtant Savigny tient à défendre son entreprise contre l'opinion des juristes qui

---

<sup>31</sup> *HDRMA*, éd. 1850, *op. cit.*, t. 4, p. IX ; tr. Guenoux 1839, p. III.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Au sens large que la synthèse classique de Meinecke donne à ce terme, *op. cit.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

« considèrent le temps donné à l'histoire littéraire comme enlevé aux véritables études », qui sont celles qui « contribuent au progrès de la science juridique<sup>35</sup> » ; et qui tiennent l'histoire littéraire comme « étrangère et même nuisible » (*hinderlich*) à la science.

Pour justifier de l'intérêt de l'érudition historique, Savigny recourt à un double argument. Le premier affirme l'importance de l'histoire dogmatique (*Dogmengeschichte*) pour la compréhension et pour le maniement du droit positif, c'est-à-dire du droit actuel. Le second affirme l'importance de l'histoire littéraire pour la compréhension de l'histoire dogmatique.

Le premier argument expose un axiome décisif de la pensée de l'école historique et de Savigny en particulier. Il affirme que l'évolution du droit positif repose en dernière analyse sur les mouvements de l'opinion juridique :

Da nämlich in der fortgehenden Entwicklung der Rechtswissenschaft das positive Recht sich entwickelt und umbildet.

Car le développement du droit positif et sa réorganisation suivent du développement progressif de la science du droit.<sup>36</sup>

Ne trouve-t-on pas ici, exposée en toute lettre, la confirmation du projet d'encercler le droit positif de l'Allemagne ? Bien plus qu'une affirmation triviale, nous trouvons là *in nuce* l'annonce d'une manière alternative d'encadrer la « révolution des ventes et des successions ». Il sera possible d'atteindre une « réorganisation » du droit positif qui n'aura pas à en passer par la « maladie politique » de la législation politique — extraordinairement absente dans cette formule. C'est le processus progressif des évolutions de la *science juridique* qui emportera la réorganisation du droit. Or ces affirmations doivent se lire non seulement comme des thèses historiques, mais surtout comme des principes normatifs. L'invocation de l'histoire sert de faire valoir à l'auto-proclamation des professeurs de droit en maîtres et gardiens du droit positif.

Mais pourquoi dès lors l'histoire des dogmes ne suffirait-elle pas à légitimer le juriste à modifier le droit positif — si c'est là en effet son ambition, et la condition à laquelle sera satisfaite son ambition de placer sur la même ligne le sujet philosophique et le sujet de droit positif ? Nous entrons là au cœur du problème. Car l'histoire des

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. X ; tr. p. III.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. XII, je traduis.

opinions ne suffirait pas à elle seule à justifier le *titre* du juriste à intervenir sur le droit positif. Pour ce faire, il faut « fractionner » celui-ci, sur la base d'arguments tirés non pas des opinions de la science — à quoi pourra toujours s'attacher la connotation d'un certain arbitraire, ou d'une relativité propre à toute doxographie — mais de la destinée des Écritures juridiques.

Car si le droit évolue en fonction des opinions, les opinions évoluent à leur tour sur la base des *Écritures*. L'histoire des dogmes cache donc une autre histoire, une sous-histoire primordiale, qui en constitue la précondition ou le présupposé littéraire. Cette sous-histoire documentaire, dont la reconstitution savante exige de prendre en compte « l'histoire des établissements scientifiques, la biographie des savants et même l'histoire de leurs ouvrages », fournit « le fondement indispensable<sup>37</sup> » (*unentbehrliche Grundlage*) de l'histoire dogmatique ; « quoique distincte de [celle-ci], elle en est inséparable<sup>38</sup> ». Voici clairement affirmé le lien intrinsèque qui unit les différents fronts sur lesquels Savigny a lancé ses recherches. La connaissance purement historique des « destinées de la science elle-même (*die Schicksale der Wissenschaft*) depuis ses origines jusqu'à nos jours » soutient la perception de l'évolution des idées juridiques, sur la base de laquelle le juriste-professeur dispose du moyen de « réorganiser » le droit existant. C'est donc à l'érudition historique de préparer *in fine* l'alignement du droit positif sur le droit de la raison, de transformer graduellement l'action judiciaire en prolongement artificiel de la volonté de puissance des individus naturels, ou d'identifier les hommes à des personnes et les personnes à des hommes. Pour l'instant, nous voilà plongés dans une « foule des détails » « dont l'objet est en apparence entièrement opposé » ; et c'est *plus tard*, en quelque sorte, qu'on en viendra à cette « *Umbildung* ».

Si cet ouvrage [*l'Histoire du droit romain*] ne doit pas tenir lieu d'une histoire dogmatique, du moins il en prépare l'exécution et, à cet égard, j'ai cru rendre à la science un service signalé<sup>39</sup>.

Loin de constituer une « entreprise culturelle » autonome et disjointe, l'histoire littéraire se conçoit donc comme un *service* rendu à l'histoire dogmatique, et à travers elle à l'ordre juridique existant. Sans elle les juristes échoueraient à

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. XII. Le « prépare l'exécution » est la traduction très approximative, par Guenoux, du même passage, p. V.

<sup>38</sup> HDRMA, *ibid.*, p. X ; p. V.

<sup>39</sup> *Ibid.*

*commander* ou du moins à *accompagner* l'évolution effective du droit positif. Faute d'avoir toujours aperçu cette solidarité, l'histoire des idées juridiques ne s'est pas toujours montrée fidèle à la physionomie réelle de l'œuvre de Savigny. Focalisée sur sa dimension conceptuelle, elle a d'abord accordé une prépondérance évidente à la poignée des textes programmatiques et méthodologiques<sup>40</sup>, les plus chargés de références et de considérations théoriques. Or est-ce vraiment une coïncidence « extérieure » que la publication de l'*Histoire* ait commencé au moment même où paraissaient les écrits programmatiques de 1814-1815<sup>41</sup> ? Puis la préférence de l'historiographie est allée au *Système du droit romain actuel* de 1840 — dont l'exposition systématique offre comme nous l'avons vu une entrée commode dans la pensée dogmatique de Savigny, pour retracer ses positions en matière de liberté individuelle, d'ordre social ou de propriété<sup>42</sup>. Mais ces préférences de lecture conduisaient à une injustice, en éclipsant l'importance sous-jacente de l'*Histoire du droit romain au moyen-âge* — dont Savigny nous dit pourtant qu'il constitue le « fondement indispensable » de tout le projet normatif de l'école historique. Yan Thomas a donc raison de voir dans l'ouvrage la « contrepartie généralement inaperçue<sup>43</sup> » de l'entreprise générale de l'école historique. Bien sûr l'*Histoire* survit dans les notes érudites de la philologie juridique contemporaine dont elle a fondé l'essor. Significativement, elle reste même l'œuvre la plus citée par l'actuelle synthèse de référence sur le droit médiéval<sup>44</sup>. Mais pour le reste elle semble à peu près

---

<sup>40</sup> Il s'agit, d'une part, des quatre écrits dits « programmatiques » de 1814-1815 : *Beruf*, *op. cit.* ; « Sur le but de la présente revue » (« Über den Zweck dieser Zeitschrift », in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, p. 1-17, repris in *Vermischte Schriften*, Berlin, Veit und Comp., 1850, 5 vol., tome 1, p. 105-126, tr. fr. O. Jouanjan, in *L'Esprit de l'école historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 7, 2004, p. 25-33) ; Recension de Nicolaus Thaddäus Gönner, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit* (in *Vermischte Schriften*, *op. cit.*, tome 5, p. 115-172) et Préface à l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge* (Vorrede, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohl und Zimmer, 1815, p. III-XIV ; tr. fr. Charles Guenoux, Paris, Charles Hingray, 1839, p. I-VIII). A côté de ces quatre textes, les textes méthodologiques, de nature didactique, furent publiés à titre posthume en 1951, et sont édités aujourd'hui in Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, éd. A. Mazzacane, Francfort sur le Main, Klostermann, 1993.

<sup>41</sup> Selon Hans Thieme (dans sa notice « Historische Rechtschule » in Adalbert Erler et Ekkehard Kaufmann (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1978, t. II, p. 170), il y aurait une coïncidence « extérieure (äusserlich) » entre la publication du premier tome de l'*Histoire* d'un côté et le déclenchement du *Kodifikationstreit* (1814) et le lancement de la revue *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815) de l'autre.

<sup>42</sup> Par exemple, Hans Kiefner, *Ideal wird*, *op. cit.*

<sup>43</sup> Yan Thomas, « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits. Revue de théorie juridique*, 1987, p. 149-160, p. 159.

<sup>44</sup> C'est l'ouvrage le plus cité (plus de quarante fois), du manuel d'Ennio Cortese, *Il Diritto nella storia medievale*, *op. cit.*

vidée de la force qui devait lui faire *soutenir*, quoiqu'indirectement, la réorganisation du droit existant.

### **Le corps littéraire**

Il fallait pourtant que Savigny se soit appuyé sur cet espoir, pour livrer l'effort colossal qu'aura supposé la composition de l'ouvrage. Après tout, alors qu'il fut somme toute l'un des dogmaticiens les plus virtuoses de son siècle, Savigny a consacré plus d'un demi-siècle à réfréner ses dispositions exégétiques et théoriques, pour se plonger dans le travail mécanique et besogneux qui aura permis d'en publier les six volumes puis d'en offrir la réédition<sup>45</sup>. La table des annexes du tome IV nous offre un bon aperçu de la poétique générale de l'ouvrage :

- I. À propos du *canon de persona presbyteri*
- II. Gloses d'Irnerius
- III. Gloses de Bulgarus
- IV. Gloses de Martinus
- V. Gloses de Jacobus
- VI. Gloses d'Hugo
- VII. Distinctions de Hugo
- VIII. Gloses de Rogerius
- IX. Somme de Rogerius
- X. Gloses d'Albericus
- XI. Gloses de Wilhelmus
- XII. Gloses de Placentinus
- XIII. Avant-propos au *De varietate actionum* de Placentin
- XIV. Avant-propos à la Somme au Code de Placentin
- XV. Gloses d'Henricus
- XVI. Gloses de Johannes
- XVII. Gloses de Pillius
- XVIII. Gloses de Cyprianus
- XIX. Gloses d'Otto
- XX. Gloses de Lotharius

---

<sup>45</sup> Selon le calcul d'Emanuele Conte, *Diritto Comune, op. cit.*, p. 19.

Ou mieux encore l'entrée « Gratien » de la première annexe :

« La lettre de Grégoire se trouve ici en c. 38 V. XI q. 1. Les manuscrits donnent ce qui suit :

- Ms. Paris. 3885 : quinquagesima cap. 1
  - 3886 *a* : quinquagesimo cap. 1.
  - 3890 : quinquagesimo 1. Cap.
  - 3893 : quinquagesimo primo cap.
  - 3896 : quinquagintaesimo 1. capitulo
  - 3905 : quinquagesimo 1. Cap.
  - 3905 *a* : quinquagesimo cap. 1
- Met. 17 : quinquagesimo. 1. Caplo.
- Monach. Palat. VII 1425 : quinquagesima cap. 1.
- Erlang. quinquagesimo. 1. cap
- Berolin. N. 1 : quinquagesima cap. 1
  - N. 3. quinquagesimo capitulo 1
  - N. 6. quinquagesimo 1. cap.
- Paris 3884 : L. capl. 1.
  - 3887 : l. 1. cap.
  - 3888 : l. 1. cap.
  - 3894 : l. 1. caplo
  - 3895 : l. 1. cap.
  - 3897 : l. cap. 1.
  - 3903 : l. 1. cap.
  - 3904 : l. 1. caplo.
  - 3905 *b* : l. i. cap.
  - 3907 : l. 1. cap.
  - 3908 : l. 1. cap.
- Met. 16 : l. 1. Capi
- Marburg : l. cap. 1
- Lips. Bibl. Paul. L.1. cap.
- bibl. Ludewiganiae : LI. Capit.
- Contii : cap. LI »

Voici toute l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge* : la psalmodie mécanique d'une longue série (« *lange Reihe* ») d'indications érudites, l'envers besogneux de la

dérivation juridique des visions de l'idéalisme allemand. En quoi ces plates descriptions pouvaient-elle apporter au *Système* à venir son socle « historico-littéraire » fondamental ? Pourquoi leur parution fut-elle contemporaine des grandes polémiques relatives à la codification ? De fait, ces longues collations de sources manuscrites, leur inventaire critique, leur attribution et leur classement par genre, par école, par origine géographique, de la chute de Rome à l'humanisme, avaient deux vertus principales.

En premier lieu elles apportaient la preuve que les sources du droit romain ont survécu jusque dans le droit positif actuel : au fond le seul qui importait, et qu'il s'agissait de « réorganiser » (*umbilden*). En attestant l'inscription des institutions du droit romain dans la réalité continue de l'histoire, ces recherches faisaient bien mieux que vanter leur antiquité. De manière beaucoup plus positive, elles démontraient que ces institutions faisaient *toujours* partie du droit actuel de l'Allemagne. Ce trésor normatif est encore enfoui dans son « corps » même — c'est-à-dire dans le corps textuel, fait de « règles explicites, communiquées oralement ou par écrit », qui vient « fixer » les « fonctions spirituelles » où l'ordre juridique a sa source<sup>46</sup>. Seul le défaut de sens historique avait permis de l'oublier. Mais dès lors qu'aujourd'hui, comme le proclame prophétiquement Savigny, « le sens historique partout s'est éveillé<sup>47</sup> », le juriste aperçoit cette permanence, et devine une manière de l'exploiter.

Non seulement il y a dans les droits locaux [de l'Allemagne actuelle] beaucoup de pur droit romain, et du droit romain qui ne se comprend que dans son contexte romain originel, mais même là où l'on a délibérément laissé tomber ses dispositions, il a souvent déterminé l'orientation et la conception du nouveau droit introduit à sa place, de telle sorte que la tâche à résoudre par ce nouveau droit ne peut absolument pas être comprise sans le droit romain<sup>48</sup>.

Comment continuer de croire qu'une simple coïncidence extérieure ait fait paraître ces lignes en même temps que le premier tome de l'*Histoire* ? Celle-ci apportait bien la preuve « corporelle » que le droit romain continuait de « déterminer » de manière en quelque sorte souterraine « l'orientation » positive du droit allemand et des droits locaux.

---

<sup>46</sup> Sur cette *incorporation* du droit des peuples évolués par les textes, *Beruf, op. cit.*, p. 54.

<sup>47</sup> « Geschichtlicher Sinn ist überall erwacht », *ibid.*, p. 51.

<sup>48</sup> *Beruf*, tr. fr. p. 69.

Il y a là une nuance intéressante, qui nous renvoie directement à la spécificité de la position de l'exégète, c'est-à-dire de l'interprète des Écritures du droit positif. Si l'histoire des opinions a son « fondement » dans celle des textes qu'elles prétendent interpréter, alors le droit romain peut continuer de « déterminer l'orientation du droit », quoique les opinions juridiques aient évolué en un sens qui s'oppose à ses dogmes. Ainsi la thèse d'une transmission littéraire souterraine des sources romaines — que seule pouvait attester la foule des détails de l'histoire externe — assurait au juriste une position herméneutique inédite. Il devait *in fine* lui offrir la liberté de jouer des sources romaines pour transformer le droit existant. En effet il pouvait faire valoir, premièrement, que le droit romain imprégnait le corps (littéraire) du droit existant, secondement, que si certaines des opinions qui prévalaient dans ce même droit semblaient prendre le contrepied du droit romain, elles devaient *néanmoins* s'expliquer encore par lui. Même dans ce cas en effet, le sens original du droit romain permettrait d'éclairer « la tâche à résoudre par le nouveau droit ». Mais alors, en corrigeant l'interprétation dogmatique des sources romaines, n'offrirait-on pas le *moyen* juridique positif de réviser, d'amender et de corriger l'ordre juridique ?

Il y a bien sûr une certaine complexité à l'argument. Néanmoins elle s'analyse aisément, si on la rapporte non seulement à l'écart disciplinaire entre les deux subdivisions de l'histoire du droit (l'histoire externe ou littéraire et l'histoire interne ou dogmatique), mais encore au programme normatif global de l'école historique<sup>49</sup>. La différence des deux registres historiques permet de certifier la permanence des *textes* là même où les *dogmes* évoluent. Au plan normatif, cela autorise le juriste à prêter un fondement de légitimité à l'opération proprement dogmatique qu'il superpose à ces descriptions : opération de rupture avec les dogmes « modernes », c'est-à-dire ici médiévaux. C'est bien l'invocation du « corps continu » de la tradition littéraire romaine, et l'affirmation de sa persistance matérielle jusque dans les droits locaux des États allemands, qui confère à cette opération exégétique un caractère *authentique*, au sens juridique de ce terme. Elle n'est ni un exercice gratuit de l'esprit, ni un travail d'historien au sens où les sciences sociales entendent aujourd'hui ce terme, mais l'indication authentique de la « tâche à résoudre » par le droit en vigueur.

---

<sup>49</sup> C'est pourquoi il me semble insuffisant de présenter l'histoire littéraire comme une « préparation » unilatérale de l'histoire dogmatique, à laquelle elle serait « subordonnée » et dont elle se contenterait de rassembler les matériaux. Cela ne laisserait pas du tout comprendre que l'histoire littéraire puisse aussi bien servir de « fondement » à l'ensemble de la science. Précisément, l'affaire n'est pas ici seulement « scientifique », mais beaucoup plus précisément normative.

Ainsi le juriste, devenu savant pour les besoins de la cause et non pas par hasard comme on voudrait le penser, peut décomposer la masse du droit actuel en différents éléments, sur la base d'une nouvelle expertise fondée à la fois sur l'histoire des dogmes et sur l'histoire de leurs incorporations textuelles. Puis il pourra critiquer les dogmes modernes et inviter les magistrats à les abandonner, sans pour autant devoir se présenter comme un novateur ni comme un révolutionnaire. Ainsi la leçon du nouveau juriste-savant pourra prétendre représenter la conscience commune du peuple, où Savigny voit le fondement du droit, sans qu'il en aille de son intervention *propre*<sup>50</sup>. À l'instar des juristes romains qui « travaillent pour ainsi dire à une seule et même grande œuvre <sup>51</sup> », cet interprète anonyme, pratiquement dépourvu d'individualité, ce professeur de droit qui est également magistrat puisqu'il siège dans les juridictions d'appel<sup>52</sup>, pourra rétablir le sens « premier » des institutions de droit privé, en réveillant en quelque sorte le sens des institutions romaines endormies au creux des textes — sinon des dogmes — de la jurisprudence actuelle. L'immense appareil de la preuve « littéraire », qui apportait le détail circonstancié des immenses généalogies de sources romaines *légitimait* le juriste à prêter une force légale aux interprétations dogmatiques qu'il édifiait à partir de l'exégèse des *Pandectes* et du droit justinien. La présence résiduelle et latente du droit romain dans la jurisprudence positive l'autorisait à le faire.

---

<sup>50</sup> On trouve un résumé fort clair de cette conception chez Georg Bruns : « aucune coupure absolue (*absolute Trennung*) ne sépare la connaissance propre à la profession des connaisseurs du droit savant (*Juristenstand*) de la conscience commune du peuple (*vom gemeinen Volksbewusstsein*), car c'est en celle-ci que la science trouve son fondement général (*allgemeine Grundlage*) » ; « un rapport naturel de fait (*natürliche gefunde Verhältnis*) », qui « s'établit de lui-même », fait correspondre en effet « la plus subtile des formations scientifiques » à « quelque chose qui vit plus ou moins dans la conscience de l'ensemble du peuple », à moins bien sûr qu'un législateur n'interpose sa volonté propre entre les deux pôles de cette harmonie, la brisant par là-même. Voir Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, Mohr, 1848, p. VI.

<sup>51</sup> *Beruf*, p. 64. Sur l'effacement de l'individualité dans la jurisprudence, voir Yan Thomas, « La romanistique et la notion de jurisprudence », *op. cit.*

<sup>52</sup> Whitman, *op. cit.*

## Chapitre 4

### Emprises

#### Manutention des leges

Les prémisses générales du *Traité de la possession* sont désormais plus claires. À condition de bien vouloir regrouper des éléments qui, à y regarder de plus près, furent explicités en des points distincts de la production de Savigny, nous pouvons les ramener au nombre de trois. Le thème de la possession recevait d'abord une importance politique immédiate du fait de constituer l'un des premiers supports institutionnels de la persistance du féodalisme dans les campagnes allemandes. Il rejoignait en outre le problème théorique du sujet philosophique moderne, dont il constituait l'une des toutes premières expressions pratiques. Enfin, en traitant de la possession *en droit romain*, Savigny pouvait prétendre éclairer la physionomie d'une institution dont le « corps textuel » était encore présent dans le droit positif en vigueur en Allemagne, quoique sans doute recouvert d'un certain nombre de « dogmes » étrangers à son « idée » romaine. Voilà donc les trois ou quatre présupposés conceptuels — indissociablement historiques, philosophiques et pragmatiques — qu'il faut tenir à l'esprit, avant d'entrer dans le détail de l'analyse « scripturale » de la possession.

J'emploie ici le mot à dessein, puisque nous voici parvenus au point où il faut tâcher d'accompagner le juriste, c'est-à-dire l'exégète, sur le terrain qui est le sien : celui de la manutention des sources de droit. Car c'est seulement en étudiant la manière dont Savigny lit les Pandectes, qu'on comprendra non pas les prémisses de son programme — telles que nous venons de les rassembler schématiquement — mais les modalités de son effectuation pour ainsi dire concrète, ou de sa mise en œuvre proprement normative. Seule cette méthode nous permettra de creuser l'intuition selon laquelle ces différentes orientations tracent entre elles une sorte de cercle et sont solidaires l'une de l'autre. Si l'école historique est comme l'hydre de Lerne, dont les têtes repoussent si on manque de les couper en même temps, alors on ne saurait critiquer l'incomplétude de ses bases philologiques — à la manière d'Hermann

Kantorowicz<sup>1</sup> — sans réfléchir en même temps à leur raison d'être historico-politique. De même il y aurait quelque chose d'unilatéral à mettre en valeur ses ascendances philosophiques — à la manière des historiens des idées juridiques<sup>2</sup> — sans considérer en même temps la matrice philologique qui aura permis de décliner les idées des philosophes au plan de la jurisprudence proprement dite.

Ouvrons donc les pages du *Corpus iuris civilis*, comme à la recherche du centre de ce cercle dans lequel l'école historique aurait voulu enfermer le droit privé. Rien ne semble plus automatique que la remontée vers ces textes : les toutes premières pages du *Traité de la possession* nous redirigent immédiatement vers eux. Confirmant l'importance anonyme et préliminaire de « l'écriture » dans tout effort de raisonnement juridique, une vingtaine de pages introductives énumèrent alors les « Quellen », c'est-à-dire les lieux de la littérature juridique, qui formeront l'enjeu de l'interprétation et délimiteront son périmètre<sup>3</sup>. Dans le droit justinien, le droit de la possession reçoit principalement deux sièges de la matière : le titre *De acquirenda vel amittenda possessione* (des manières d'acquérir ou de perdre la possession) du Digeste neuf, (D. 41. 2) et le titre *De acquirenda et retinenda possessione* (« des manières d'acquérir et de conserver la possession ») du Code de Justinien (C. 7, 32). À ceux-là s'ajoutent également d'un côté les titres qui traitent spécifiquement des interdits possessoires, c'est-à-dire des moyens de procédure, distincts de l'action publicienne ou de l'action en revendication à proprement parler, par lesquels on pouvait réclamer en justice à être protégé ou remis en selle dans sa possession (exposés au livre 43 du Digeste)<sup>4</sup> ; et de l'autre côté les titres qui concernent

---

<sup>1</sup> Je songe notamment à l'effort de Kantorowicz pour revaloriser l'étude savante des « quaestiones », un genre littéraire tourné vers la pratique dont l'*Histoire* de Savigny avait sciemment négligé l'exploration, sur la base d'une conception qui voyait les glossateurs en « buchgelehrte Reformatoren » (réformateurs livresques) sans lien véritable à la pratique juridique de leur temps, (HDRMA, « Rückblick auf die Glossatorschule », 2<sup>e</sup> éd., t. 5 (*Das 13. Jahrhundert*), ch. XLI, § 80, p. 223). Voir Hermann Kantorowicz, « The *Quaestiones Disputatae* of the Glossators », in *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, 1970 [1938-39], p. 137-185.

<sup>2</sup> Ainsi Keinichi Moriya, tout en déclarant vouloir se démarquer de la *Dogmengeschichte*, pour restituer la « philosophie » de Savigny, manque d'interroger l'enrôlement de la philologie dans la mise au point d'un programme idéalisant de jurisprudence positive. (*Op. cit.*, p. 3).

<sup>3</sup> RB, *Einleitung*, 7<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, « Quellenkunde », p. 1-4 ; « Literärgeschichte », p. 5-24. D'emblée les textes sont mis au premier plan, comme les « unmoving hungry surfaces » évoquées par Jack Spicer. Ce sont les blocs matériels, dont la présence « historique » précède par hypothèse toute intervention propre à l'intelligence du juriste ; comme lorsque Placentin écrit par exemple : « *inquam (sicut dictum est)* » (je dis (ainsi qu'il est dit)), voir ci-dessous, p. 249.

<sup>4</sup> Je reviens avec plus de détail sur les interdits ci-dessous, p. 281.

l'usucapion (D. 41.3 à 41.11)<sup>5</sup> ou l'acquisition et le transfert de la propriété (*De acquirenda rerum dominio* : des manières d'acquérir la propriété, D. 41.1). Voici pour l'essentiel le *corpus* des textes qui règlent le droit romain de la possession — tel que l'envisage Savigny au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais comment extirper de la masse des textes de jurisprudence contenus dans ces sources une « idée » de la possession faite pour satisfaire les ambitions normatives nouvelles de l'école historique ?

Cette question nous projette *in medias res*, sur le terrain même de la pratique de l'interprétation juridique. Ici tout est affaire d'acribie dans l'usage des textes. Certes, les jeux de l'interprétation en tous domaines sont infinis. Mais dans le cas de la jurisprudence romaine, cette règle générale se complique d'au moins deux circonstances particulières. La première tient au statut particulier de l'interprétation juridique, qui manie des textes porteurs d'une autorité tout à fait originale, compacte, et, pourrait-on dire, « réelle ». La seconde tient à la nature extrêmement disparate des textes romains. Les *leges* que compile le *corpus* — comme disaient les scolastiques qui réservaient au droit justinien le terme de « lex » — diffèrent non seulement par l'époque de leur rédaction originale — qui d'une loi à l'autre peut varier jusqu'à près de six siècles — mais encore par leur statut normatif : constitution impériale, opinion juridique, édit du préteur, *etc.* Le droit justinien ressemble alors effectivement à un « louche rafistolage<sup>6</sup> », où la diversité des matériaux semble de nature à redoubler les difficultés qui guettent l'interprète.

Suivrons-nous alors pas à pas la démonstration de Savigny, pour analyser les nombreuses étapes qui lui permettent de trancher dans toute cette matière textuelle, considérable à la fois par ses dimensions et par sa complexité, afin de proposer un exposé unifié de l'idée juridique (*Rechtsinstitut*) de la possession ? D'une certaine manière cela serait s'enfoncer à nouveau dans les longs débats du XIX<sup>e</sup> siècle et renouer avec l'ambition stéréotypée du Dr. Piniński. M'efforçant à quelque distanciation supplémentaire, je m'en tiendrai à repérer quelques aspects ponctuels de l'analyse exégétique de Savigny. Conformément aux indications de méthode que j'ai présentées plus haut<sup>7</sup>, je tâcherai de resituer l'analyse de Savigny dans la perspective

---

<sup>5</sup> Quoiqu'à proprement parler, comme le souligne Savigny, le droit de l'usucapion implique d'autres « déterminations juridiques » (*juristische Bestimmungen*) que la simple possession, puisque celle-ci n'est pas « seule à la rendre possible », les textes qui en traitent « sont à utiliser comme des sources de la théorie de la possession (*in der Theorie des Besitzes als Quellen zu gebrauchen*) » (RB., § 12, p. 190).

<sup>6</sup> Selon l'expression de Ernst Bloch, *op. cit.*, p. 109.

<sup>7</sup> *Supra*, p. 174 seq.

des « dogmes » dont elle voudrait s'abstraire, en la mettant en regard de la doctrine scolastique des points de droit romain où Savigny voudrait voir se refléter, comme en acte, l'orientation du programme dont nous venons de retracer les grandes lignes formelles. Cette méthode a le défaut d'obliger à négliger de nombreux aspects des problèmes juridiques proprement romains. Mais elle présente je crois au moins deux avantages. D'abord elle permet de reporter à l'attention une question qui présente parfois une certaine apparence de déreliction — puisque le droit de la possession, nous l'avons dit, a cessé de figurer en première place des préoccupations de droit savant, sans plus faire clairement l'objet, pour ainsi dire, d'aucun *animus inquirendi*. Surtout, seule la plongée historique dans les textes nous permettra d'atteindre le but que nous nous sommes proposés : non seulement accoster sans faillir la jurisprudence dont nous avons fait reproche aux philosophes d'avoir négligé l'existence, mais ancrer dans le domaine technique nos réflexions plus générales sur la pratique de l'habillage juridique.

Mon attention s'attachera donc à deux points de l'analyse de la possession : la doctrine de la *traditio feinte* ; et la classification casuistique de la possession, selon qu'elle contient « plus de droit » ou « plus de fait » (*possessio quando plurimum iuris, plurimum facti habet*). Quoique de détail, ces deux points jouent un rôle crucial dans le réglage de l'interprétation que Savigny propose des sources du droit de la possession — et partant pour la mise en place de son programme normatif général. Leur étude nous permettra donc de vérifier la distance qu'introduit l'orientation idéalisante de la dogmatique de Savigny par rapport à la scolastique juridique dont elle prend le contrepied. Tâchons donc maintenant d'éclairer ces contrastes en détail et d'en faire sens.

### **Traditio ficta**

L'idée de *traditio ficta*<sup>8</sup> sert aux juristes médiévaux à rassembler sous un seul et même chef une pluralité de situations, pour lesquelles le droit justinien semble

---

<sup>8</sup> L'expression ne se fige sous cette forme qu'assez progressivement. Placentin, Pillius et Roffredus n'y recourent pas expressément, parlant de *quasi traditio* ; Hugolinus parle de *traditio interpretativa*, mais Odofrède l'emploie, ainsi que la glose d'Accurse à propos de la réserve d'usufruit (Gl. Stipulatus ad C. 8. 53. 28). Elle est en revanche d'usage commun chez les commentateurs, dès la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle. Voir Johannes Bierman, *Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf*

prévoir la possibilité d'élargir l'interprétation de l'une des deux conditions qui commandent la prise de possession, l'*apprehensio corpore*, c'est-à-dire la prise en main physique (*körperliche Handlung*) d'une chose. L'acquisition de la possession (*Erwerb des Besitzes* / *adquirere-adipisci possessionem*) repose en effet sur la conjonction de deux conditions :

Apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.

Nous acquérons la possession par le corps et par l'intention, et non par l'intention prise isolément, ni par le corps pris isolément<sup>9</sup>.

Ces deux conditions sont donc d'un côté l'*animus possidendi*, c'est-à-dire l'intention d'entrer en possession de la chose ; et de l'autre côté, précisément, l'*apprehensio corpore*, c'est-à-dire le fait même de la prise en main physique et matérielle de la chose. Le premier requisit, celui de l'*animus possidendi* — que d'autres sources nomment *animus domini* ou assimilent à une expression de l'*affectus* — empêche par exemple de considérer qu'un dormant qui se saisirait d'un objet pendant son sommeil en acquière la possession<sup>10</sup>. Ou bien encore en révoquant son *intention* de tenir une chose en sa possession, le possesseur précipite sa dérélition (*derelictio*). En retirant pour ainsi dire son intention de la chose, il la rejette par un acte unilatéral à l'extérieur de son patrimoine<sup>11</sup>. La question de la tradition feinte touche donc à la seconde de ces deux conditions : elle concerne non pas l'*affectus* ou l'intention de posséder, mais l'emprise matérielle du corps propre sur les choses.

Quelques précisions supplémentaires permettront de mieux introduire l'examen circonstancié de cette matière. Au plan général, la *traditio* se présente comme un moyen de perfectionner l'aliénation d'une chose, c'est-à-dire de rendre effective la transmission de la propriété d'un bien, meuble ou immeuble, des mains du disposant à celles du destinataire. En droit romain, la règle en effet veut qu'une simple convention entre les parties ne suffise pas à transférer la propriété de la chose. Un acte

---

*geschichtlicher Grundlage*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1891, p. 40 seq. et p. 71. Sur le même argument, voir aussi Salvatore Riccobono, *Traditio ficta*, Weimar, H. Böhlau, 1912.

<sup>9</sup> D. 41. 2. 3. 1.

<sup>10</sup> La loi romaine envisage qu'on remette un objet dans les mains d'un dormeur pendant son sommeil : *si quis dormienti aliquid in manu ponat*. Quoique le dormeur puisse s'emparer physiquement de la chose, il lui manque l'*affectus* nécessaire pour parfaire la prise de possession. D. 41, 2, 1, 3.

<sup>11</sup> Raymond Monnier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2 t., Scientia Verlag Aalen, 1977 [1947-1954], t. 2, § 177, p. 244.

supplémentaire doit parfaire cette convention. Ou bien ce sera l'écoulement d'une certaine quantité de temps (l'usucapion), ou bien ce sera la tradition, selon l'affirmation d'une glose d'Odofrède au Code justinien : « *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*<sup>12</sup> », la propriété des choses n'est pas transférée par des pactes nus, mais par tradition ou par usucapion<sup>13</sup>. Dans la loi des douze tables, l'usucapion régit la transformation en propriété, c'est-à-dire en titre légal, d'une possession continuée pendant un ou deux ans. Elle précède en ceci la *praescriptio longi temporis* qui fut introduite sur le même principe sous la forme d'une exception à l'action en revendication (*rei vindicatio*), à une étape ultérieure du développement du droit romain<sup>14</sup>. La tradition est donc le second moyen, avec l'usucapion prise au sens large, d'assurer le transfert de la propriété. Elle peut alors compléter plusieurs types d'actes juridiques : non seulement des actes de vente, mais aussi des attributions patrimoniales que le droit romain ne conçoit pas comme des contrats, telles que les donations<sup>15</sup>. Pour la vente, elle correspond très exactement à ce que nous appelons une livraison ou une remise. La livraison ne suffit pas à causer la vente, mais on dira qu'un acte de vente n'est parfait que lorsque la marchandise qui fait l'objet du contrat est effectivement livrée ou remise (*tradita*) à l'acheteur.

Dans tous les cas, la *traditio* marque un point de croisement entre le droit de la propriété et le droit de la possession. Par ses effets, elle s'apparente au droit de la propriété (*dominium*), puisqu'elle en assure le transfert ; mais selon son contenu propre, elle relève entièrement du droit de la possession, qui est un rapport de fait auquel ne correspond à proprement parler aucun titre légal. Quoiqu'elle ait pour fin le transfert de la propriété, la *traditio* suit ainsi les règles normales de la prise de possession. Elle consiste uniquement à prévoir que le bénéficiaire de l'acte juridique d'aliénation de la chose (vente ou donation) entre en possession de celle-ci – comme lors de la livraison d'une marchandise. Elle constitue un cas normal d'entrée en possession (*mittere in possessionem*), qui a seulement pour trait particulier de parfaire une aliénation et de se solder par l'acquisition d'un droit de propriété.

---

<sup>12</sup> Odofrède, Gl. ad C. 2.3.20, cité par Bierman, *op. cit.*, p. 40.

<sup>13</sup> En termes scolastiques, la tradition correspond à l'une des divisions (avec l'invention d'un trésor, la capture des ennemis à la guerre, et l'occupation des choses sans maître) de l'*apprehensio*, conçue comme une méthode d'acquérir la propriété selon le *iure gentium*. Voir Placentin, *Summa ad Institutionum*, 2.1.

<sup>14</sup> RB, § 2, p. 29.

<sup>15</sup> Eduardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Rome, Edizione Ricerche, 1961, p. 820 seq.

Ce cadre général semble clair. Cependant les juristes ont rapidement rencontré quelques difficultés à définir les limites de cet acte d'emprise corporelle sur une chose — comme par confirmation de la règle que ce sont souvent, en droit comme en mathématiques, les choses les plus triviales qui soulèvent les difficultés les plus grandes. Pour comprendre ces complications, il faut garder à l'esprit la contrainte intellectuelle suivante : c'est qu'il est juridiquement déterminant que l'acte d'emprise par le corps soit de la nature d'un *factum*, c'est-à-dire qu'il soit constaté comme un état de chose, et non convenu à la manière d'un principe ou d'une hypothèse. En effet s'il était possible de convenir du fait que le possesseur s'est emparé de la chose, en d'autres termes s'il était possible de le décider — soit que ce soit le juge qui le présume après coup, soit qu'on prête aux parties le pouvoir de s'être entendues entre elles à ce propos — il faudrait renoncer à la distinction des plans de l'*animus* et du *corpus*, et accepter d'assimiler la prise de possession à une simple intention d'entrer en possession. Or cela contredirait les principes de toute la matière, qui exigent, comme on l'a dit, une conjonction d'intention et de fait matériel (*neque per se animo aut per se corpore*). Il est donc crucial que la prise de possession reste de l'ordre d'un fait et non pas d'une convention. Voilà donc posé le problème : quelles sont les limites de ce pur fait de l'*adprehensio corporalis* qui définit l'effectuation de la *traditio* ?

### **Peser sur les choses**

Commençons par reconstituer la manière dont les glossateurs, jusqu'à Accurse, ont abordé cette question — en précisant néanmoins les restrictions qui fixeront le cadre de cet effort, puisqu'à quelques exceptions près je n'approcherai les sources médiévales que de seconde main, soit par les éditions imprimées du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>16</sup>, soit à travers la littérature savante du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle. Bien qu'un tel seuil d'exigence philologique demeure assez bas, si l'on songe aux exigences critiques légitimement formulées par Gero Dolezalek pour l'approche de la glose<sup>17</sup>, il me suffira à confronter le *type* général du traitement que les glossateurs apportent au problème qui m'intéresse ici à celui que tâchera de lui substituer Savigny.

---

<sup>16</sup> Pour une présentation panoramique de ces sources imprimées du droit commun médiéval, Helmut Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. 2, *Neuere Zeit* (1500-1800). *Das Zeitalter des Gemeinen Rechts*, vol. 1 : Wissenschaft, München, Beck, 1977.

<sup>17</sup> Gero Dolezalek, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600: Materialsammlung, System und Programm für elektronische Datenverarbeitung*, 4 t., Francfort sur le Main, 1972.

Premier point donc, tous les glossateurs envisagent cette appréhension corporelle à partir d'un paradigme empirique précis, énoncé clairement par Placentin : la tradition est « vraie », dit celui-ci, ou « expresse », *ut si res manualiter tradatur* (« comme lorsque la chose est tradée manuellement »)<sup>18</sup>. Cette situation archétypique suppose deux éléments distincts : que la chose soit prise en main ; et qu'elle soit transmise des mains de l'un à celles de l'autre. Le choix de cet exemple conduit à penser toute prise de possession à partir d'un cas bien précis, comme par exemple le fait de tenir une pièce de monnaie au creux de la main, puis de la faire passer dans la main d'un tiers. Comme l'admettra Savigny : « Wer ein Stück Geld in der Hand hat, ist Bestizer derselben, daran ist kein Zweifel » ; « celui qui a dans la main une pièce de monnaie, est en possession de cette pièce : il n'y a aucun doute là-dessus<sup>19</sup> ». Ainsi, les glossateurs s'accordent à construire l'ensemble des divers cas de tradition par référence à ce paradigme de la prise en main. Pour le cas où des difficultés pratiques s'opposent à ce que l'on suive cette façon précise de s'emparer d'une chose, ils auront recours à une interprétation, construisant dès lors toute une chaîne d'équivalences et de dérivations.

Tout d'abord, lorsqu'il s'agit d'une chose de taille trop importante pour qu'on puisse s'en saisir et la déplacer, comme un monceau de bois<sup>20</sup> ou une colonne : *res quae propter magnitudinem ponderi moveri non possunt*<sup>21</sup>. Dans ce cas les médiévaux — à la suite des romains — prévoient que le fait de toucher la colonne équivaille au fait de la prendre en main. Voilà donc une première équation interprétative : toucher égale attraper, comme dans le jeu des enfants. Ensuite, lorsqu'il s'agit d'acquérir un immeuble, comme un bien fonds ou une terre agricole (*praedium*), c'est la posture, c'est-à-dire le fait de se tenir debout ou sur son séant sur le terrain, qui équivaut à la prise en main. Ainsi Rogerius définit-il la possession de cette manière extrêmement concrète – qui semblerait si insolite en droit contemporain<sup>22</sup> :

possessio est positio scilicet assessio, cum corpus corporis incumbit

<sup>18</sup> *Summa codicis*, C. 2. 3., cité par Bierman, *op. cit.*, p. 40.

<sup>19</sup> RB, § 14, p. 210.

<sup>20</sup> D. 41, 2, 51.

<sup>21</sup> D. 41, 2, 1, 21.

<sup>22</sup> Du moins, dans l'exposé savant du droit *travaillé par* la doctrine, car la jurisprudence elle-même regorge de références concrètes de cet ordre.

la possession est le fait de se tenir sur place, c'est-à-dire un siège, comme lorsque le corps pèse sur le corps<sup>23</sup>.

La possession suppose ainsi la mise en rapport de deux corps : il faut que le corps du possédant pèse sur le corps de la chose. Cette idée dérive immédiatement d'une glose littérale au Digeste : elle reprend une étymologie ancienne de Labéon, rapportée au début du titre *De acquirenda vel amittenda possessione*, selon laquelle :

possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur de eo qui insistit

la possession est ainsi appelée du mot *siège* (sedes), pour ainsi dire *position*, parce qu'elle est tenue naturellement par celui qui y est placé<sup>24</sup>.

Cette étymologie sera constamment reprise par les glossateurs et les commentateurs scolastiques, quoique la plupart du temps — sauf chez Placentin<sup>25</sup> — les médiévaux aient retenu une autre version du texte, qui porte « *pedibus* » (pieds) au lieu de « *sedibus*<sup>26</sup> » : c'est « d'après cette définition » (*der zufolge*) que Jean Bassien, Placentin et Azon construiront leur « point de vue » (*Gesichtspunkt*) sur toute la matière<sup>27</sup>. À bien y regarder, la formule de Rogerius se contente de compléter cette étymologie, en lui ajoutant seulement cette référence explicite à la pesanteur du corps, qui en renforce encore la teneur réaliste et concrète<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Rogerius, *Summa ad Codicem*, cité par Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>24</sup> D. 41. 2. 1. 1. Ainsi Balde, dans son commentaire au Digeste, présente les pieds comme « le ferme soutien de l'ensemble du corps, comme les bases d'une colonne (*firmum totius corporis sustentaculum, sicut bases at columnas*) », cité par Bierman, *op. cit.*, p. 72. Peu important toutefois la variation entre *pes* et *sedes* pour la démonstration qui me concerne ici.

<sup>25</sup> Placentinus *in librum septimum codicis*, Lyon, 1536, ad C. 7.32.

<sup>26</sup> L'édition de Mommsen/Krueger retient « *sedibus* ».

<sup>27</sup> Bruns, *op. cit.*, p. 107. Même leçon chez Bierman : « Die Besitzlehre der Glossatoren geht entsprechend der im corpus juris civilis getroffenen Anordnung von der Etymologie des Wortes *possessio* aus » (« la doctrine de la possession dérive de la présentation de l'étymologie du mot qui se rencontre dans le *corpus juris civilis* »), *op. cit.* p. 37.

<sup>28</sup> C'est à de telles gloses qu'il faut se rapporter, pour analyser les enluminures qui enrichissent les manuscrits juridiques médiévaux aux titres consacrés à la possession. Contrairement à ce que l'on a écrit, ces images ne représentent pas des « scènes de travail aux champs », dont il faudrait se demander si « elles [sont] vraiment utiles à la compréhension du régime de la possession<sup>28</sup> » (Robert Jacob, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'Or, 1994, p. 180, à propos de plusieurs images de ce type, tirées des coutumiers français ou de la somme au code de Cino da Pistoia). Car s'il est vrai qu'elles montrent des paysans, de face et de plain-pied, en train de labourer la terre, ce n'est pas du tout le travail aux champs qu'elles figurent — comme pourrait le faire, en écho à la question sociale du travail, une toile réaliste des années 1850 (les *Casseurs de pierre* de Gustave Courbet), un film documentaire des années 1950 (*I contadini del mare* de Vittorio de Seta) ou une scène de genre, agreste ou bucolique (*La charrette ou le retour de la fenaison* de Louis le Nain, 1641). Ce qu'elles figurent est bien plus précis : c'est la *pesanteur du corps*

De même, la perfection de la tradition suppose que l'acquérant non seulement se tienne sur le bien-fonds, mais qu'il l'arpenne, qu'il en fasse le tour en compagnie de l'aliénateur — comme pour manifester l'entente des deux parties sur les limites du terrain qui fait l'objet de la tradition. Ici l'extension de l'*apprehensio corpore* répond à un principe métonymique, analogue à celui que mobilisait déjà l'assimilation du fait de toucher une colonne à celui de sa prise en main. De même qu'il suffit d'avoir touché un point quelconque de la colonne pour être considéré comme l'avoir saisie dans son entier, de même il suffit d'avoir marché tout autour du champ pour être considéré comme s'étant « tenu » en chaque point de sa surface. Par là les glossateurs ne font au reste que reprendre un principe exposé dans la lettre même du *Digeste* :

Sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione,  
ac sit uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

Il suffit d'entrer sur n'importe quelle partie de ce fonds, tout en feignant,  
par l'esprit et la pensée, que ce soit de manière à vouloir en posséder la  
totalité jusqu'aux limites<sup>29</sup>.

Le droit romain prévoit donc ici l'établissement d'une *fictio*. La formule *ac sit* suffit à l'indiquer : c'est l'une des « expressions formulaires », « gouvernant le subjonctif irréel<sup>30</sup> », de cette technique romaine de raisonnement juridique, qui consiste à supposer vraie une chose qu'on sait fautive. Dans le cas précis, la glose d'Accurse se contente donc d'accoler à la fiction romaine le principe d'une dilatation métonymique : « Pro parte factum, pro toto factum<sup>31</sup> ». Ce qui a été accompli de fait relativement à la partie est regardé comme ayant été accompli de fait relativement au tout. Ici la pensée normative ne procède pas par généralisation : elle n'établit pas qu'il est vraisemblable de conclure d'un fait particulier à un fait général, comme par

---

sur le champ, d'où provient la possession elle-même, le fait que le corps s'y tient, qu'il y est appuyé et bien en place. En d'autres termes, l'action de labourer n'a pas valeur iconographique. Elle ne fait qu'ajouter un élément dynamique à la posture élémentaire de la stature, autorisant l'enlumineur à montrer le corps en train de se pencher vers la terre, d'y « insister ». Sans être peut-être « utiles » — mais pourquoi donc les images devraient-elles servir à quoi que ce soit ? — ces images n'en sont pas moins subtilement accrochées aux textes juridiques qu'elles accompagnent, comme pour offrir une expression plastique à leur teneur normative propre.

<sup>29</sup> D. 41, 2, 3.

<sup>30</sup> Yan Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » in *Droits, revue française de théorie juridique*, 21, 1995, p. 17-63, p. 21.

<sup>31</sup> Gl. *Quamlibet* ad D. 41, 2, 3, 1.

hypothèse inductive. Elle déclare une équivalence formelle qui aux yeux du droit annule *ipso facto*, pour le cas considéré, toute distinction de cet ordre<sup>32</sup>.

Voilà donc trois premières équivalences : de la prise en main au toucher puis à la posture ; et de la posture sur toute une surface à la posture sur l'une de ses parties. Toute trois nous laissent dans la sphère du contact, même si ce contact est défini d'une manière qui s'éloigne graduellement, comme par dilatation métonymique, du paradigme originel de la prise en main. Or d'autres cas de figure vont conduire à détacher plus clairement l'appréhension corporelle du contact lui-même.

Le premier de ces débordements — en réalité limitrophe — apparaît à propos de l'extension de l'appréhension corporelle (*corporali apprehensione*) à l'inspection par le regard (*oculorum inspectione*)<sup>33</sup>. Là encore les glossateurs relaient le principe du droit justinien, selon lequel la prise en vue de la chose suffit à parfaire la tradition matérielle :

Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat  
vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi,  
quam si pedem finibus intulissem.

si lors d'une transaction, le vendeur me montre, depuis ma tour, un fonds  
voisin, et s'il déclare qu'il m'en trade la paisible possession, je n'entre pas  
moins en possession de ce fonds, que si j'y posais le pied<sup>34</sup>.

Azon commente alors ainsi l'efficacité juridique de l'inspection visuelle :

Sed quod dixit de corpore non est intelligendum ut semper corpore sit  
necessarium vel pedibus rei insistere ; sufficit enim visus oculorum et  
animi affectus ad acquirendum.

---

<sup>32</sup> Au reste la formule repose vraisemblablement sur une « citation » — mais le mot convient mal, s'agissant de la tendance scolastique à télescoper les textes les uns dans les autres — de l'adage autour duquel saint Thomas, dans le commentaire des sentences de Pierre Lombard, avait construit l'analyse théologique du sacrement du baptême : « pro parte baptizatus, pro toto habetur ». Si la grande glose se contente de reproduire cette formule, Albericus de Rosate développe l'analogie dans son commentaire au *Digeste neuf*. De même dit-il que d'après le digeste la pesanteur du corps s'étend de la partie du champ au tout, de même d'après les théologiens l'efficacité du sacrement du baptême, lorsque seule la tête est aspergée d'eau, s'étend à la totalité du corps. Voir Albericus de Rosate, ad l. possideri, § apiscimur (D. 41, 2, 3, 1), *In primam Partem Digesti novi*, Venise, 1585 (Biblioteca Apostolica Vaticana, Barberrini CC VIII 4).

<sup>33</sup> Je reprends ici les termes de la glose Non minus, ad D. 41, 2, 18, 2.

<sup>34</sup> *Ibid.*

il ne faut pas entendre « de corpore » au sens où il serait nécessaire de poser le pied sur la chose ou de s'en emparer par le corps ; il suffit pour acquérir de voir par les yeux et d'en avoir l'intention en son âme.

Il est remarquable que les juristes scolastiques n'aient pas alors songé à invoquer la théorie des espèces intentionnelles que les philosophes qui leur étaient contemporains s'efforçaient de développer. Cette analyse réaliste du phénomène de la vision suppose que les substances matérielles émettent des espèces sensibles, comme de fines pellicules isomorphes à elles-mêmes, qui viennent s'imprimer sur la surface de l'œil. Cette théorie optique n'aurait-elle pas justifié l'assimilation de la prise en vue d'une chose à l'établissement d'un contact tactile avec elle ? De Robert Grosseteste à Roger Bacon en passant par Avicenne, de nombreuses autorités philosophiques auraient pu conforter cette explication. Or significativement, la glose s'en tient ici à repérer la conjonction, dans l'acte de contempler la chose, d'un *acte* (la prise en vue) et d'une *intention* (l'*animus possidendi*) – capable de satisfaire à la double condition réglementaire de l'acquisition de la possession. Voilà qui illustre l'indépendance de la jurisprudence médiévale à l'égard de la philosophie, telle que nous l'avons signalée plus haut. Quand bien même elle offrirait des éléments susceptibles d'étayer le raisonnement juridique, comme c'est clairement le cas ici, la spéculation demeure en quelque sorte superfétatoire ; elle n'offre aucun appui déterminant à la construction d'une solution de droit, avec laquelle elle entretient tout au plus un rapport de « connexité », puisque le « texte juridique » contient la totalité du monde : *quod non est in textu juris non est in mundo*<sup>35</sup>.

Pourtant, au sein même de cet « autre monde » qu'est le monde du droit<sup>36</sup>, les choses commencent à se compliquer. S'il est clair que la vision s'apparente à un acte du corps, capable de parfaire la tradition, en revanche il n'est pas simple de savoir si elle constitue elle-même, ou non, un acte d'appréhension matérielle. Faut-il penser qu'elle en *tienne lieu* fictivement, sans qu'il y ait *en réalité* aucune appréhension ? Ou bien faut-il se représenter qu'elle constitue elle-même un acte corporel — qu'il suffit d'interpréter de manière large pour en faire l'équivalent d'une prise de contact *stricto*

---

<sup>35</sup> Quand on veut bien le prendre au plan technique, le droit médiéval vérifie donc la remarque positiviste de Bruno Latour, selon laquelle « les définitions de l'essence, de la nature, de la vérité, de l'exactitude n'ont aucune espèce de rapport » avec les solutions de droit, ou tout au plus un rapport de « connexité ». *La Fabrique du droit, op. cit.*, p. 244.

<sup>36</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Le droit est un autre monde », *Revue Enquêtes. Les objets du droit*, 1998, p. 17-37.

*sensu* ? Dans la première hypothèse, on fait correspondre un *fait* non corporel à un acte corporel ; dans la seconde on fait se correspondre entre eux deux types distincts d'acte corporel, comme par continuation de la série des dérivations que nous avons jusqu'ici observées, du contact à la posture, de la saisie *pro parte* à la saisie *pro toto*. Or c'est bien la première de ces deux solutions que semble suggérer la formule d'Azon, qui peut s'appuyer en cela sur la lettre d'un autre texte romain :

Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu<sup>37</sup>.

La vue n'est donc ni le principe d'aucune emprise par le corps, ni un « acte » capable de réaliser l'appréhension. Seulement, en vertu d'une équivalence *posée* par le droit — autrement dit d'une fiction légale — elle produit les mêmes effets que ces emprises *actuelles* : elle aussi peut réaliser l'acquisition de la possession ou la perfection d'une tradition.

Voilà donc le premier point d'ancrage jurisprudentiel de l'idée de *traditio ficta*. Dans sa somme au code, Azon écrira que lorsque nous acquérons un champ par la vue (*propter visum*), c'est que nous acquérons la propriété *sans appréhension* : « sine apprehensione dominium quaerimus<sup>38</sup> ». Il est clair qu'ici le mot « appréhension » conserve une acception étroite : c'est pourquoi la vue ne peut en tenir lieu qu'à travers la construction d'une *fiction*.

Pourtant la glose ordinaire semble admettre une certaine continuité entre la vue et le toucher, en maintenant que la prise en vue constitue un « acte du corps » (*actus corporalis*). En marge du terme « affectu », dans la loi romaine que nous venons de citer, la glose d'Accurse affirme ainsi : « dic quod hic intervenit actus vere » ; « je dis qu'ici un acte intervient en vérité<sup>39</sup> ». D'autres gloses affirment à propos de la même question : « certe et in illis casibus aliquid intervenit pro actu<sup>40</sup> » « il est clair que dans ces cas aussi quelque chose intervient en guise d'acte » ; « his casibus intervenerit actus corporalis vel quasi<sup>41</sup> » ; « dans ces cas, un acte du corps est intervenu ou quasiment ». La glose *Non minus* pousse même cette

---

<sup>37</sup> D. 41. 2. 1. 21.

<sup>38</sup> Azon, *Summa super Codice et Institutis*, ad C. 7.32, éd. Speyer, Peter Drach, 1482, inc. 329 Paris, Bibliothèque mazarine.

<sup>39</sup> Gl. Et affectu, ad D. 41.2.1.21.

<sup>40</sup> Gl. Intervenerit ad C. 7.32.1.

<sup>41</sup> Gl. animo ad D. 41.2.3.1.

idée jusqu'à faire référence aux cinq sens, comme si ceux-ci devaient correspondre à autant de spécifications d'un même *actus corporalis* fondamental, du contact à la vue en passant par l'odorat, l'ouïe, etc. On conçoit qu'une telle opinion permette de faire l'économie d'une fiction. C'est bien ce qu'atteste la rédaction de cette même glose *Non minus*, qui prend la forme balancée d'une alternative. Commencant par rapporter l'opinion qui se rencontrait déjà chez Azon :

interpretative hic intervenit actus corporis

ici c'est par interprétation [c-à-d. par fiction] qu'intervient un acte du corps

elle ajoute aussitôt :

vel dic.v.esse sensus corporis scilicet tactus gustus odoratus visus auditus

ou bien je dis que le corps a cinq sens : le toucher, le goût, l'odorat, la vue et l'ouïe<sup>42</sup>.

Ce raisonnement conforterait la suggestion de méthode avancée par Jacques Chiffolleau à propos de sources canoniques à peu près contemporaines, relatives aux procédures d'enquête contre le crime manifeste : « si l'on aborde le problème de la qualification juridique par la pratique [...] ces références aux sons, aux images, au toucher, c'est-à-dire au système cognitif, sont essentielles<sup>43</sup> ». Ici en effet la continuité des cinq sens, capables en quelque sorte de se relayer l'un l'autre, assure à l'idée d'une prise de contact une extension maximale. Il est d'ailleurs possible de conjecturer que cette interprétation de droit civil se soit appuyée sur une autre leçon du texte romain, qui ait lu *tactu* au lieu de *actu* : « non est enim corpore et (t)actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu ». Cela contredirait le jugement de Savigny, selon qui tous les copistes médiévaux auraient lu ici « actu » plutôt que « tactu », mais tout en expliquant l'apparition d'une référence aux cinq

---

<sup>42</sup> Gl. *Non minus* ad. D. 41.2.18.2.

<sup>43</sup> Jacques Chiffolleau, « Ecclesia de occultis non iudicat ? L'Église, le secret, l'occulte du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », *Micrologus, Nature, Sciences and Medieval Societies*, « Il segreto nel Medioevo », 2006, 13, p. 359-481, p. 363.

sens, cela rejoindrait sa propre leçon du texte original romain, qui *via* Mommsen a fait autorité jusqu'à nous<sup>44</sup>.

Quoiqu'il en soit, tout tient donc à l'extension qu'on souhaite donner à l'ablatif *corpore* : désigne-t-il un acte du corps au sens large (qui inclurait aussi bien la vision que le toucher) ou renvoie-t-il à la seule emprise tactile ? Une acception restreinte obligera à employer une fiction que l'acception large rendra superflue. Mais au fond l'alternative est encore de peu d'importance, car dans les deux cas l'effet juridique est le même. Si l'« acte corporel » qu'il faut supposer pour parfaire la tradition a débordé de la sphère du *contact* au sens strict, c'est selon une équivalence suffisamment fragile pour que d'autres circonstances juridiques viennent la remettre en cause. Ainsi que s'empresse de le remarquer la glose *Non minus*, l'occupation d'une chose sans maître ou d'une chose abandonnée (*pro derelicto*) exigent absolument, quant à elles, de réserver un sens étroit à l'idée d'un contact corporel :

secus in re habita pro derelicto et aliis a nemine possessis quas non incipio possidere nisi a tactu

il en va autrement [dans l'occupation *pro derelicto*] des immeubles d'habitation laissés à l'abandon, ou des autres choses sans maître, dont on ne peut entrer en possession que par le toucher<sup>45</sup>.

Certes ces autres cas eux-aussi sont régis par le droit de la prise de possession : « haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint » ; « ces choses appartiennent à l'instant à ceux qui en ont les premiers appréhendé la possession<sup>46</sup> ». Mais à ces autres cas correspondra une autre casuistique. Pour eux l'exigence de l'emprise « tactile » sera marquée plus rigoureusement, comme resserrée sur le noyau originel de la *posture* et du *siège* qui accapare tout à la fois la spéculation étymologique et l'iconographie des enluminures médiévales.

---

<sup>44</sup> RB, § 14, note 1 p. 212 : « Alle Handschriften lesen actu (...). Tactu aber, was kaum eine Emendation genannt werden kann, gibt einen viel bestimmteren Sinn » ; « Les manuscrits lisent tous *actu*. Mais *tactu* donne un sens beaucoup plus déterminé, et représente à peine une émendation ». Savigny invoque la version grecque de la même loi romaine dans les Basiliques, la grande compilation juridique byzantine du IX<sup>e</sup> siècle, qui confirme la leçon « tactu » (ἡ σωματικὴ ἀφή) – RB, Anmerkung 53, p. 633-634.

<sup>45</sup> Gl. non minus, ad. D. 41.2.18.2.

<sup>46</sup> D. 41. 2. 1. 1.

## Les clés du corps

Si le cas de l'acquisition *propter visum* ne déborde que d'une manière mitigée du sens paradigmatique de l'*apprehensio corpore*, en revanche d'autres cas vont faire basculer celle-ci sans ambiguïté possible, du moins aux yeux des juristes médiévaux, dans le domaine de la fiction et de l'interprétation. C'est alors que la « traditio » sera clairement désignée comme *ficta* ou *interpretativa*. Il ne s'agit plus là d'une équivalence interprétative légère — comme par association d'idée métonymique — mais bel et bien d'une « adulation de la réalité<sup>47</sup> », explicitement reconnue comme telle.

La première occurrence d'une *traditio ficta* de cet ordre se trouve dans le cas de la tradition par les clés. Dans le *Digeste*, plusieurs lois mentionnent le cas où un négociant remet à l'acquéreur non pas les amphores de vin ou les produits alimentaires qui font l'objet de la vente, mais les clés de la cave où elles sont entreposées. Ainsi la loi *clavibus* :

Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint : quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea

L'on conçoit que lorsque sont tradées les clés d'un grenier dans lequel des marchandises ont été laissées à accommoder, la possession de ces marchandises elle aussi est tradée. Si les clés qui ouvrent ce grenier sont tradées, par ce fait même l'acquéreur reçoit aussitôt la propriété et la possession de ces biens, même s'il n'a pas ouvert la porte<sup>48</sup>.

Une autre loi mentionne un cas similaire, à propos de vin : « cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint » ; « et vina tradita videri » : « les caves à vin furent tradées avec les clés [qui les ouvrent] » « et on a considéré que le vin [lui-même] avait été tradé<sup>49</sup> ». Ici la chose que l'acquéreur prend en main au moment de la tradition n'est pas la *res* qui fait l'objet même de la propriété, mais si l'on peut dire une chose adventice, qui lui assure l'accès matériel à la *res* principale. L'équivalence n'est plus ici entre deux manières de s'emparer d'une même chose — le contact et la prise en main — mais entre une chose et une autre. On regarde la tradition de la chose

---

<sup>47</sup> Pour employer l'expression de Yan Thomas dans « *Fictio legis* », *op. cit.*

<sup>48</sup> D. 18, 1, 74.

<sup>49</sup> D. 2, 1, 9, 6.

adventice (la clé) comme la tradition de la chose principale (la marchandise contenue dans le dépôt ouvert par la clé). La glose rejette d'ailleurs explicitement l'idée que la clé soit considérée comme une *partie* de la chose. Aussi n'établit-elle à ma connaissance aucune analogie avec le cas de l'acquisition *pro parte*, préférant comparer entre eux le rapport des clés à la marchandise et celui du trésor à la terre sous laquelle il est enfoui. La loi *clavibus* en effet est alléguée dans la grande glose au troisième paragraphe de la loi *possideri*, qui pose la question de savoir si l'usufruitier d'un fonds dans lequel est caché un trésor peut usucaper celui-ci. Il est vrai que la glose rejette la stricte analogie de ces deux cas — car la possibilité d'acquérir le trésor dépend de la connaissance de son existence. Néanmoins si elle soulève la question, c'est bien parce qu'elle envisage une similitude dans le rapport qu'entretiennent ces deux choses disjointes, mais connexes l'une à l'autre : « thesaurus non est pars fundi, ut gleba » : « le trésor ne fait pas partie du fonds comme la terre<sup>50</sup> » ; de même les clés de dépôt ne font pas partie de la marchandise, quoiqu'elles y donnent accès — et que la tradition de l'une entraîne celle de l'autre.

Placentin l'a lui-même clairement souligné : ce qui est transmis par la clé, c'est la chose que contient le grenier, non le grenier lui-même<sup>51</sup>. La clé n'est donc pas un *accessoire* de la marchandise, au sens juridique du mot — elle n'en fait pas partie, contrairement par exemple aux clés d'une maison ou d'une voiture. Elles sont juste ici le support qui soutient aux yeux du droit le transfert d'une chose *qui n'a pas été elle-même appréhendée*. N'est-il pas remarquable en effet que la loi *clavibus* indique *etsi non aperuerit horrea* ? Le « débordement » que j'évoquais à l'instant fait alors sentir toute son étrangeté métaphysique. Le *corpus iuris* veut nous faire concevoir qu'une chose fut corporellement appréhendée — prise en main ou en vue — alors même qu'elle n'a pas même été vue. On dira bien sûr qu'elle a été appréhendée *à travers* la clé. Mais précisément comment concevoir cette sorte de transitivité, entre la marchandise et la clé du dépôt ? Il est facile de concevoir par convention un lien de cet ordre — comme on conçoit par convention qu'un billet de banque porte une valeur pécuniaire. Mais comment concevoir que ce lien demeure un lien *matériel* ?

Rappelons en effet la règle : *nudis pactis dominia rerum non transferuntur*. Tout serait plus simple si le droit romain, tel qu'il apparaît aux juristes médiévaux, convenait que l'accord des volontés suffisait à transférer la propriété. Mais ici il faut

---

<sup>50</sup> Glose *Motus sit*, ad D. 41, 2, 3, 3.

<sup>51</sup> Glose à C. De don., citée par Savigny, HDRM, IV, Annexe 12 ; et par Bierman, *op. cit.*

réunir cet élément corporel, dont la tradition des clés représente en quelque sorte le premier éclatement. Si « posséder » une chose signifie peser sur elle, alors comment penser que mon corps « pèse » sur la chose qu'il n'a ni vue ni touchée, mais qui se trouve de l'autre côté d'une porte dont j'ai reçu la clé ? Pour pousser jusqu'au bout le raisonnement, il faudrait imaginer qu'une chose puisse peser sur l'autre, ou transmettre à l'autre la force qu'elle aurait subie, alors même qu'elle en serait matériellement (et juridiquement) disjointe. Le droit romain des biens aurait-il envisagé, bien avant Newton et Cavendish, la possibilité mécanique de l'action à distance, comme si les clés et la marchandise étaient en quelque sorte « attirées » l'une par l'autre ?

Loin d'être l'apanage des physiciens, les *Gedankenexperiment* prospèreraient donc dans la jurisprudence<sup>52</sup>. En tout cas les commentaires scolastiques à cet endroit se multiplient, comme pour tâcher d'expliquer la difficulté. Dynus recourt ainsi à l'idée de *custodia*, expliquant que la marchandise est en quelque sorte gardée par la clé :

ratio est quia res sub custodia clavium constituuntur et continentur et ideo traditis clavibus, sub quarum custodia sunt, ipsae res traditae intelliguntur.

La raison [de cette loi] réside en ceci, que les choses sont placées et enfermées sous la garde des clés, et pour cela on conçoit que lorsque les clés sont transférées, les choses mêmes qui sont sous leur garde le sont aussi<sup>53</sup>.

Si cette analyse nous fait quitter l'idée d'une attraction mécanique entre les choses mêmes, elle lui substitue une hypothèse tout aussi étrange, en posant le lien de la clé à la marchandise sous la forme d'un rapport subjectif et quasi-intentionnel de surveillance. Au fond, c'est presque à la clé que reviendrait la possession des marchandises, de sorte que l'acquéreur entrerait en possession d'une chose (la clé) qui serait elle-même en possession d'une autre (le vin). La solution reposerait alors sur un emboîtement des possessions les unes dans les autres, comme si ma main se refermait

---

<sup>52</sup> On regrettera d'autant plus l'absence du droit dans l'ouvrage de Delphine Bellis et Étienne Brun-Rovet, *Les détours du savoir : expérience de pensée, fiction et réalité*, Paris, Nouveau Monde, 2009. En son temps Vaihinger, dans sa *Philosophie des als ob*, avait su faire bonne place à la fiction juridique à côté des expériences de pensée proprement dites, comme n'a pas manqué de le remarquer Hans Kelsen, « Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob », in *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, p. 630-658.

<sup>53</sup> Dynus, *Comm. In regulas iuris*, reg.1. Nr 32, cité par Bierman, *op. cit.*

non pas directement sur la pièce d'or, mais sur la boîte qui renferme la pièce d'or, ou sur une autre main qui contiendrait elle-même la pièce d'or. Mais cette lecture est encore fallacieuse. D'abord elle extrapole bien au-delà du texte de Dynus l'idée de la possession, dont nous savons qu'elle suppose un *animus* dont on conçoit mal la présence dans la clé, même sous la forme réduite d'un *animus custodiendi*. Ensuite elle reviendrait à assimiler la chose à une *partie* de la clé, ce qui serait la reproduction symétrique d'une hypothèse que nous avons déjà exclue : que la clé soit une *partie* de la chose dont la propriété est transférée en même temps qu'elle (« avec » *cum*, et « aussitôt », *confestim*). Non que le droit civil n'ait jamais envisagé que la propriété d'une chose suive de celle d'une autre. L'accroissement (*accretio*) offre l'exemple typique d'une imbrication de chose à chose, même lorsque ces choses, matériellement distinctes, ne soutiennent aucune relation d'appartenance. C'est ainsi que la portion d'une succession *accroît* aux autres, lorsque fait défaut l'héritier à qui elle est afférente<sup>54</sup>. Or il est exclu que les marchandises accroissent ici à la clé du local qui les contient. Dans la typologie que Placentin propose des modes d'acquisitions<sup>55</sup>, un rapport d'accroissement ne relève pas en effet de l'*apprehensio*, mais de l'*accessio* (accession). La différence de ces deux modalités réside en ceci que la réalisation d'une accession ne requiert aucun *fait* particulier de l'acquéreur. La portion du défaillant *accroît* ainsi à celle des autres légataires même à leur insu ou malgré eux, car ils ne peuvent la répudier<sup>56</sup>. Voilà qui fait une différence considérable avec notre cas, précisément un cas d'*apprehensio*. Non seulement il est ici nécessaire que l'*animus* du possesseur s'attache, par-delà la clé, à la marchandise entreposée — mais il faut que cette intention, c'est tout le problème, soit complétée par un acte matériel d'appréhension de la chose.

Il est donc clair que la difficulté ne fait que rebondir. Il nous faut concevoir un acte du corps qui n'a d'existence qu'aux yeux du droit, sans contrepartie exacte dans les faits. Si l'*animus* par hypothèse est bien rivé à la marchandise qui est entreposée, le corps quant à lui s'empare en tout en pour tout de la clé de la cave ou du grenier. Il ne reste plus au magistrat qu'à *interpréter* que c'est la marchandise qui fut appréhendée, de manière à ce que la réunion de ces deux actes, intentionnel et matériel, suffise à réaliser le transfert de la propriété. Nous voilà passés dans le

---

<sup>54</sup> D. 28, 5, 1, 4.

<sup>55</sup> *Summa codicis, op. cit.* ad C. 2.3 (de pactis).

<sup>56</sup> D. 29-2, 31, 1, 10.

domaine de l'interprétation proprement dite, dont la glose *non minus* énonce ainsi le principe :

interpretative hic interuenit actus corporis

ici c'est par interprétation [qu'on considère] qu'un acte corporel est intervenu<sup>57</sup>

Et une glose marginale ajoute :

Actum corporis intercessisse aliquando interpretamur, qui re vera non intercessit.

Parfois nous interprétons qu'un acte du corps est intervenu, qui selon la vérité de la chose n'est pas intervenu<sup>58</sup>.

La série des cas de *traditio ficta* s'ouvre ici sur l'hypothèse de ce qu'il faudrait nommer un *événement par interprétation*. Repris et mis en série par toute la tradition scolastique, jusqu'aux grandes synthèses de Balde, ce sont là des cas d'appréhension « sans corps » (*sine corpore*) et « sans appréhension », selon la formule qui se répand partout depuis Azon, mais qui ne se trouve nulle part dans le texte romain<sup>59</sup>. Alors comme l'écrit Placentin,

transferuntur inquam (sicut dictum est) non tamen per hominis factum, sed per legis imperium.

je dis (comme il est dit) que les choses sont tradées, non par le fait des hommes, mais par l'empire de la loi<sup>60</sup>.

La jurisprudence nous invite donc à considérer des faits qui ne sont pas le fait de l'homme, mais le fait de la loi ; des événements qui sont « intervenus », selon le terme latin, sans être pourtant jamais « advenus ». Ce sont ces *faits de la loi* que je voudrais maintenant étudier.

---

<sup>57</sup> Op. cit.

<sup>58</sup> Glose marginale *Interpretative*, à glose *non minus*, *Digestum novum, seu Pandectarum iuris civilis tomus tertius*, Venise, 1584, Bibliothèque Vaticane, Stamp.Chig.S.190 (3). On appelle « glose marginale » les gloses ajoutées en marge de la glose principale, c'est-à-dire en quelque sorte des gloses de gloses ou des gloses au second degré.

<sup>59</sup> Notamment Azon, *Summa codicis*, 7. 32, éd. Speyer, Peter Drach, 1482, inc. 329. Pour le détail des transmissions, voir toujours Bierman.

<sup>60</sup> *Summa codicis*, op. cit. ad C. 2.3 (de pactis).

## Chapitre 5

### Fictum factum

#### Intervenir dans le réel

Pour la pensée, le domaine des *faits de la loi* est par nature ambivalent. Rien n'expliquerait son existence, si la pratique ne rendait nécessaire de conduire l'exégèse d'une manière qui satisfasse en même temps les exigences propres à la manutention des lois et celles du comportement juridique réel. L'art du droit, en effet, se meut entre deux contraintes souvent divergentes : celle de suivre les textes qui sont la source de toute solution de droit autorisée et celle d'encadrer la marche des affaires de la cité. Dans le cas de la *traditio*, il s'agit de concilier les règles générales de l'acquisition de la propriété par *traditio* avec les réalités de la pratique économique, dont on suppose aisément qu'elles aient réclamé, pour faciliter les transactions commerciales, de couper court en pratique aux formalités légales de l'*apprehensio corpore*. Les *faits par interprétation* apparaissent alors comme une manière limite d'aplanir les contradictions provoquées par le recouvrement de ces deux exigences. Faute de pouvoir interpréter les textes dans un sens convenable aux faits, ce sont les faits eux-mêmes qu'on s'engage à interpréter. Dans notre exemple, ce n'est pas tant qu'on donne un sens large à l'expression « appréhension par le corps », de manière à lui faire envelopper le cas du transfert par les clés ou celui du transfert *propter visum* ; c'est plutôt le *fait* même du transfert par les clés qu'on interprète de manière à ce qu'il puisse se glisser dans les textes qui, au sein du *corpus iuris civilis*, définissent l'*apprehensio corpore*.

Comment comprendre autrement l'écart qui sépare les différentes formules scolastiques ? Nous l'avons vu, certaines parlent à propos du transfert par les clés d'appréhension *sine corpore*, tandis que d'autres laissent entendre qu'un acte du corps est « véritablement intervenu » (*hic intervenit actus vere*). On serait pris dans une spirale sans fin à vouloir fixer ici une fois pour toutes, à la façon des géomètres, le sens d'expressions de ce genre. Faut-il alors accuser les juristes médiévaux

d'inconséquence, ou regarder ces contradictions sous l'angle de la philologie, en supposant que se trouvent ici amalgamés des opinions ou des fragments de provenances diverses ? Sans refuser d'accorder *a priori* aucune vraisemblance à ces hypothèses — ce qui réciproquement reviendrait à magnifier aveuglément la pensée médiévale ou à faire fi de toute critique textuelle — je préfère remarquer que l'idée même d'un *factum fictum*, ou selon le langage des commentateurs médiévaux d'une *fictio circa facti*<sup>1</sup>, éclaire assez bien ces contradictions. Elle les résout même exactement, car si la loi dispose en effet du pouvoir d'intervenir dans la réalité, c'est-à-dire si son *empire* est suffisamment puissant pour interférer avec ce qui, pour la pensée juridique, tient lieu de cours des choses, rien n'exclut qu'un fait soit « intervenu véritablement (*vere*), quoique fictivement (*tamen ficte*)<sup>2</sup> ».

Si c'est bien là, par-delà les nuances qui séparent l'opinion de l'un ou l'autre des civilistes médiévaux, la perspective générale qui préside à leur approche commune, on comprend qu'il n'y ait ici aucun besoin d'admettre une exception à la loi. À ma connaissance, ni le mot ni la chose n'apparaissent dans les gloses aux cas relatifs à la *traditio ficta*. Il est vrai que l'expression *apprehensio sine corpore* semble indiquer l'introduction d'une exception à la règle *apiscimur possessionem corpore et animo*<sup>3</sup>. Mais précisément, la doctrine d'une subdivision de la *traditio* en deux genres : véritable ou expresse d'un côté ; tacite ou feinte de l'autre, prend cette première indication à contre-pied. S'il n'y a pas besoin de faire exception à la règle, c'est parce qu'ici comme dans le cas paradigmatique, un *fait* est intervenu. Peu importe que ce fait doive être amplifié ou interprété par l'empire de la loi, ce qui compte est qu'il intervienne bel et bien. Cela suffit à satisfaire la règle qui commande l'acquisition de la propriété par *traditio* et la distingue d'autres modes d'acquisition,

---

<sup>1</sup> Dans son commentaire à la loi *is qui pro emptore* (D. 41.1.15), Bartole envisage ainsi que la fiction puisse porter sur les faits : « fictio fingit circa facti » : « en effet que quelqu'un fasse ou non partie de la cité, c'est là une question de fait, et pourtant la fiction de *postliminium* [voir ci-dessous p. 258] feint que le captif de retour [à Rome] n'ait jamais cessé de faire partie de la cité » ; « nam aliquem esse in civitate, vel non, est facti, et tamen fictio postliminii fingit reversum semper in civitate » (Bartole, *Super prima digesti novi*, ad l. *is qui pro emptore*, *Opera omnia*, 10 t., Venise, 1506-1512, t. 3 ; BAV, RG. Dir. Civ. S. 95). Yan Thomas a montré comment la pensée scolastique avait cantonné la fiction juridique au domaine des faits, citant encore cet autre texte de Bartole : « la fiction feint partout et toujours sur des questions de fait, rarement ou jamais sur des questions de droit » (*fictio universaliter fingitur super his quae sunt facti. Raro vel numquam super his, quae sunt iuris*), voir Yan Thomas, « Les artifices de la vérité », in *Les Opérations du droit*, op. cit., p. 119.

<sup>2</sup> Je cite toujours la glose *et affectu* (ad D. 41.2.1.21), qui porte exactement : « hic intervenit actus vere : tamen ficte sit ».

<sup>3</sup> Bierman croit pouvoir prêter cette opinion à Azon, qui serait le seul glossateur à adopter cette solution (op. cit., p. 38). Il semble plutôt que l'idée même d'une exception à la règle soit propre à Savigny, comme nous verrons plus bas.

comme l'*accretio*, qui ne supposent précisément aucun *factum*. Aux yeux des civilistes médiévaux, jamais la possibilité d'introduire une fiction en matière de *traditio* n'efface exactement la nécessité qu'un *fait* soit impliqué dans l'appréhension. Certes il est possible que ce fait ne vérifie pas le critère de l'emprise. Mais alors une fiction suffira à combler cette lacune : on tiendra la tradition de la clé pour la tradition de la chose ou le fait de toucher la colonne pour celui de s'en être emparé. Cependant il importe absolument qu'un élément de fait, même résiduel, serve de support à cette construction intellectuelle. C'est pourquoi le cas de la tradition par les clés repose en définitive sur la présence réelle de la chose : la tradition doit bien s'effectuer *propter rei praesentiam* : en raison de la présence de la chose dans le grenier ouvert par la clé<sup>4</sup>.

Verra-t-on là une simple nuance extérieure dans la présentation de la matière ? De fait la critique moderne a souvent cru déceler dans les doctrines médiévales un aspect « nominal ». En tout cas il est clair que la solution des scolastiques consiste moins à considérer *par exception* que le transfert par les clés sera régi à la manière d'une accession — c'est-à-dire sans que soit nécessaire l'intervention d'aucun *factum* — mais bien à poser *par fiction* un fait qui satisfasse à la règle générale.

C'est ainsi que doit se comprendre la série casuistique que nous avons tâché de reconstituer. Le « *factum* » impliqué dans l'acquisition ne cesse jamais de se conformer théoriquement au paradigme de la prise en main. Seulement le droit, fort de son *imperium* propre, *complète* les faits qui, au point de vue réel, s'écartent de ce modèle élémentaire. À la contemplation visuelle de la chose, il apportera un complément « interprétatif » qui permettra à la prise en vue d'équivaloir à une prise de contact. À la déambulation sur le périmètre du champ, il associera l'hypothèse d'une déambulation en chaque point de sa surface. À la prise en main de la clé du grenier, il superposera la fiction d'une sorte d'attraction magnétique entre la clé et les marchandises que celui-ci contient. Jamais la pensée juridique ne suspend par exception le sens des textes, pour l'adapter aux faits ; ce sont les faits qu'il remodèle par fiction, pour les caler sur l'Écrit. Dans tous ces cas, la pensée juridique n'apporte

---

<sup>4</sup> Dans sa *Somme au code*, Azon fait de la tradition par les clés une sous-espèce de l'acquisition *sine corpore propter rei praesentiam* ; d'après Bierman (*op. cit.* p. 42 seq.) au contraire Odofrède et la glose d'Accurse distinguent entre l'acquisition *propter rei praesentiam* et l'acquisition *propter custodis appositionem* — qui correspond au seul fait d'avoir fait garder les marchandises à propos par un tiers, esclave ou procureur.

qu'un correctif à la réalité, pour adapter non pas le droit au fait — ce qui serait la perspective moderne<sup>5</sup> — mais le fait au texte.

Ainsi le *corpus iuris* reprend-il d'autres types de faits, afin de les conformer par fiction au paradigme de la prise en main immédiate. Selon la classification que nous trouvons dans la *Somme* au code d'Azon, il y a encore deux autres manières d'acquérir une chose *sine corpore* : soit par accord entre les possesseurs (*constitutum possessorium*) ; soit par réserve d'usufruit (*usufructus retentio*). Le premier cas est le suivant. Titus et Gaius sont convenus que le champ dont Titus est en possession passerait aux mains de Gaius, quoique Titus en garderait l'usage — par exemple si Titus cède la propriété du champ à Gaius, en échange de l'engagement de ce-dernier à le lui louer ; on considère alors que l'*apprehensio corpore* a eu lieu, si Titus accorde (*constat*) qu'il possède le champ non pas en son nom propre (*in suo nomine*), mais au nom de Gaius (*in nomine alieno*) :

Alius est cum illud quod meo nomine possideo constituo me possidere nomine alieno. Nec enim muto in causam possessionis. Sed desino possidere et alim possessorem mi(ni)sterio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Nam is possidet, cuius nomine possidetur.

une autre façon [d'acquérir la propriété sans le corps] se rencontre lorsque je décide [constituo] de posséder au nom d'autrui une chose que je possède en mon nom propre. Alors je cesse de posséder et je me fais le ministre d'un autre possesseur. Ce n'est pas la même chose en effet que de posséder une chose ou de la posséder au nom d'autrui. En effet le possesseur est celui au nom duquel il y a possession<sup>6</sup>.

Ici la « correction » fictive porte sur l'individualité du détenteur de la chose. La chose est bien prise en main *corpore* — elle n'est pas laissée à l'abandon — mais le droit intervertit entre deux personnes : celle de celui qui est matériellement en possession d'une chose et celle du porteur de l'intention d'entrer en possession de celle-ci. L'*animus* et le *corpus* sont alors disjoints, puis répartis en deux personnes distinctes. L'esclave que je possède de bonne foi — que j'en aie l'usufruit ou la propriété —

---

<sup>5</sup> Je songe au mot d'ordre doctrinal de l'adaptation du droit au fait, qui tend à « cacher derrière l'alibi des faits et de leur omnipotence » un « jugement de valeur » favorable à la modification du droit, comme l'écrit Christian Atias, *Science des légistes, op. cit.*, p. 84-85.

<sup>6</sup> Azon, *Summa super Codice et Institutis*, ad C. 7.32. Je suis ici la version concordante de deux incunables : éd. Speyer, Peter Drach, 1482, inc. 329 Bibliothèque mazarine, et Spire, 1482, BNF, Res. F 338. La formule « possidet, cuius nomine possidetur » est reprise de D. 41, 2, 18, 1.

peut ainsi prendre possession d'une chose *meo nomine*, de sorte que *mon* intention de posséder se greffe à l'acte de *son* corps pour réaliser la prise de possession *comme si* j'avais pris moi-même possession de la chose<sup>7</sup>. Une servante (*ancilla*)<sup>8</sup> ou un impubère<sup>9</sup> peuvent ainsi me prêter main forte, c'est-à-dire substituer leur corps au mien pour acquérir une chose à ma place. De même un procurateur et un colon se chargent à ma place de « peser sur les choses » :

Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere.

Ce que l'esclave, le procurateur ou le colon tiennent en leur possession est considéré comme la possession du maître<sup>10</sup>.

Ici le rapport n'est pas de volonté à volonté — comme lorsque j'institue un mandataire qui pourra contracter en mon nom, c'est-à-dire porter l'expression de ma volonté propre. Il est de corps à corps : ce que fait le corps d'autrui passe pour avoir été accompli par mon corps. Si mon esclave prend une pièce d'or dans sa main, c'est comme si ma main s'était refermée sur la pièce. Indépendamment même du titre strictement légal de la propriété, bien avant qu'aucun patrimoine soit défini comme « l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie en tant que telle<sup>11</sup> », le droit romain considère que le corps du maître « pèse » *de facto* sur les choses que détiennent ses esclaves, ses fils, ses colons, ses procurateurs.

Le dispositif du *constitutum possessorium* atteste particulièrement bien de la possibilité de ces opérations de transfert, dont l'enjeu n'est pas tant la chose même, que le *nom* de celui dans la possession duquel elle tombe. Sans qu'aucune prise de possession nouvelle entre en jeu, il suffit qu'un possesseur se constitue en « ministre de la possession d'autrui », pour qu'aussitôt un tiers — même absent — soit tenu pour avoir pris matériellement la chose en main. À quel type d'intervention dans le réel a-t-on ici affaire ? Au plan factuel, rien n'a changé : le même Titius se tient toujours sur le même champ. Mais à l'instant même où il a décidé de se faire le « ministre » de Gaius, l'acte par lequel il se tient effectivement sur le champ passe au compte de ce dernier. Il est juridiquement apparié à l'*animus possidendi* d'un autre — comme si

---

<sup>7</sup> D. 41.2.1.6.

<sup>8</sup> D. 41.2.1.6.10.

<sup>9</sup> D. 41.2.1.6.11.

<sup>10</sup> D. 43.16.1.20.

<sup>11</sup> Charles Aurby et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> édition, 9 t., Paris, Cosse-Marchal, 1869-1879, t. 6, p. 231.

Gaius lui-même était venu arpenter le bien-fonds. Le droit ne feint pas seulement l'identité des deux corps. Il feint l'intervention d'un « fait » nouveau — alors même qu'en réalité rien n'est survenu, si ce n'est dans la sphère de l'*animus* où se situe de part en part la convention.

Ici nulle *exception* à la règle, mais une *merveille* : une chose « miraculeusement unique au monde » (*unum mirabile mundi*) selon l'expression d'Azon relative à cet autre cas de *tradition sine corpore*, la réserve d'usufruit :

Alius casus est, cum in donatione vel venditione [...] cuiuscumque rei eiusdem rei retineo usuf. ut infra de donat.l.quisquis. Et est hoc unum mirabile mundi, quod in alium transeat dominium sine possessione vel inductione in possessione.

Un autre cas est lorsque je retiens l'usufruit d'une chose donnée ou vendue [à un tiers], comme dans la loi C. 8.53.28. Et c'est là une chose miraculeuse et unique au monde, car la propriété passe dans les mains d'un autre, sans possession ni prise de possession<sup>12</sup>.

Le cas est le suivant : Titus cède à Gaius la nue propriété d'une terre dont il demeure l'usufruitier. Il suffit que Titus reste en possession de la terre, pour qu'on considère la *traditio* comme réalisée, même si Gaius n'a ni inspecté ni arpenté le terrain. De même que dans le cas du *constitutum possessorium*, en se tenant continement sur le champ, Titus réalise fictivement l'appréhension de celui-ci par Gaius. Là encore il y a bien un fait, la possession de Titus, dont l'écart à la définition stricte de l'*apprehensio corpore*, qui impliquerait bien évidemment le *corps* de Gaius, est corrigé par une fiction : celle-là même qui consiste à tenir le corps de l'un pour celui de l'autre. Alors en effet cette fiction revient bien à supposer comme l'écrit Azon une sorte de petit miracle. Comme l'écrira encore Jason de Mayno, « la fiction feint à propos des cas qui sont de pur fait, par le mystère du droit et son effet (*fictio fingit super his que sunt meri facti propter iuris mysterium et effectum*)<sup>13</sup> ». En termes d'ontologie, il n'y a pas moins de mystère à ce point de droit des biens que dans la réception *vere et proprie* des stigmates du Christ par le corps de saint François<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Azon, *Summa codicis, ibid.*

<sup>13</sup> Jason de Mayno, *Prima super digesto novo*, Lugduni, 1542, ad l. « si is qui pro emptore ».

<sup>14</sup> Si cela est vrai, il faudrait reconsidérer la célèbre interprétation théologico-politique selon laquelle l'état d'exception tiendrait lieu d'équivalent sécularisé du miracle (Carl Schmitt, *Théologie politique*, tr.fr. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 46). Azon n'entrevoit ici le *miracle* dans aucune décision abyssale du souverain, mais à travers une banale fiction du commerce juridique ordinaire.

## Plurimum

Que la pensée des glossateurs soit mieux disposée à faire varier le cours des choses que la lettre des textes, c'est ce que confirme encore la classification générale des espèces de la possession que les juristes scolastiques vont peu à peu mettre en place. Quoique ces matières soient connexes, comme nous l'avons déjà remarqué, nous passons ici dans l'interprétation de la possession juridique en tant que telle — plutôt que de la prise de possession qui doit parfaire le transfert d'un titre de propriété. Or nous retrouvons bien, à ce point de vue plus spécifiquement possessoire, la conception d'une correction fictive des faits par le droit, lorsque ceux-ci ne se calent pas d'eux-mêmes sur la lettre des textes. Deux facteurs généraux commandent la construction de cette classification. Le premier tient aux méthodes mêmes de l'exégèse scolastique, et en particulier de la glose. Celle-ci, selon l'heureuse expression de Manlio Bellomo, compose une mosaïque : elle est « *una prosa che si compone a mosaico* »<sup>15</sup>. En dérivant les lois les unes des autres, les allégations dont elle « grouille » (*wimmelt*) toujours davantage au fur et à mesure qu'elle se développe (« *je später je mehr*<sup>16</sup> ») non seulement établissent un système de renvois réticulaires entre les fragments du *corpus juris civilis*, mais fournissent au commentaire un point d'appui textuel qui en oriente souvent la direction plus sûrement qu'aucun « principe ». Car si le droit civil médiéval est « sans tête », comme nous avons tâché de le démontrer, il n'est pas « sans corps » — pour reprendre l'idée de Savigny d'un corps textuel de la conscience juridique. En l'espèce, ce sont moins les textes du droit justinien qui forment ce corps que toute la trame des allégations que la glose tisse à leur marge. Nous allons voir en tout cas que la classification scolastique des espèces de possession semble vérifier ce point. Le deuxième facteur qui préside à la construction de cette classification tient en revanche à la conception plastique que la pensée juridique médiévale adopte à propos des faits. Nous avons déjà relevé

---

<sup>15</sup> Manlio Bellomo, « 'Factum' e 'ius'. Itinerari di ricerca tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale », in *Medio evo edito e inedito*, t. II, *Scienza del diritto e società medievale*, Rome, Il cigno Galilei, 1997, p. 63-89, p. 65. On se souvient du calcul d'Ennio Cortese, qui évaluait le nombre des gloses, au XIV<sup>e</sup> siècle, à environ 90 000, la très grande majorité contenant au moins une allégation, souvent trois ou quatre, parfois jusqu'à une trentaine.

<sup>16</sup> Hermann Kantorowicz, « Die Allegationen im späteren Mittelalter », *Rechtshistorische Schiften*, *op. cit.*, p. 81-92, p. 81. Il s'ensuit que « faute de saisir (*verstehen*) les allégations, les écrits et fragments [de la scolastique juridique] restent incompréhensibles (*bleiben unverständlich*) » (*ibid.*).

quelques aspects de cette conception, tâchons maintenant de la compléter pour la confronter à la conception moderne.

La construction des glossateurs semble trouver son premier point d'appui dans l'un des endroits du *Corpus iuris civilis* où la possession est explicitement affirmée comme un fait plutôt que comme un droit. Jusqu'à Savigny compris<sup>17</sup>, la plus grande partie des tentatives de définition de la possession s'attacheront à ce passage. Celui-ci relate une opinion de Nera le jeune et d'Ofilus qui justifie l'acquisition de la possession par le pupille alors même qu'il n'est pas soutenu par l'autorisation de son tuteur. Le texte romain procède en deux temps. D'abord la loi rappelle le principe général selon lequel les pupilles et les fous (*furiosi*) ne sont pas susceptibles d'acquérir une possession dans la mesure où ils sont dénués d'*affectus*, c'est-à-dire incapables de vouloir posséder quelque chose :

Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime rem suo corpore constingant sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.

Un furieux et un pupille ne peuvent commencer à posséder que par l'autorité de leur tuteur (ou curateur) ; parce que, quoiqu'ils puissent toucher les choses de leurs mains, ils n'ont point l'intention d'en être possesseurs. On peut les comparer à un homme endormi à qui on mettrait quelque chose dans la main<sup>18</sup>.

Jusqu'ici le cas équivaut à celui d'un dormeur dans les mains duquel on remettrait un objet et qui dans son sommeil s'en emparerait à son insu, sans avoir manifesté aucune intention d'en acquérir la possession pour lui-même. Or nous savons que l'*affectus* est l'une des deux conditions de l'entrée en possession. On refusera donc de reconnaître au furieux, privé d'*affectus*, la capacité d'acquérir la possession. Au plan juridique, les pupilles et les fous sont comme des sortes de somnambules.

Puis la loi envisage au contraire de justifier la capacité du pupille à entrer en possession<sup>19</sup>. Une première raison de lui accorder cette capacité vient de la tutelle : lorsqu'il dispose de l'autorisation de son tuteur, le pupille est bien susceptible d'entrer

---

<sup>17</sup> *RB*, § 5, p. 44.

<sup>18</sup> *L. possessio appellata*, D. 41, 2, 1, 3 ; tr. fr. Hulot.

<sup>19</sup> Je suis ici la manière médiévale d'unifier le sens des *leges*, sans faire le compte des opinions qui s'affrontent dans la jurisprudence romaine strictement dite.

en possession : s'il n'a pas d'*affectus* par lui-même, l'*animus* de son tuteur lui en tient lieu. Mais une autre opinion va alors élargir encore cette capacité :

Offilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt : eam rem enim facti non iuris esse. Quae sententia recipi potest : si cuius etatis sint ut intellectum capiant.

Ofilius et Nerva le fils pensent même que le pupille n'a pas besoin de l'autorisation de son tuteur pour commencer à posséder; parce que la possession est de fait et non pas de droit. Ce sentiment peut être admis, pourvu qu'on suppose le pupille d'un âge à avoir quel- qu'intelligence.

L'argument invoqué pour reconnaître au pupille la capacité d'acquérir consiste ainsi à poser que l'acquisition d'une possession est de fait et non de droit : « eam enim rem facti non iuris esse ». Si la loi romaine, autrement dit, pose qu'ici la possession tient du fait, c'est de manière à permettre une acquisition dont le droit général empêcherait de concevoir l'équivalent juridique. Alors, sans admettre aucune exception juridique à la règle de l'incapacité du pupille — lequel demeure juridiquement « somnambule » — on tient l'acquisition de la possession pour un fait, ce qui suffit à rendre le pupille susceptible d'acquérir la possession.

La classification scolastique de la possession va alors procéder d'un premier rapprochement entre la formule *eam rem facti est* et la loi *denique* (D. 4. 6. 19), que la glose d'Accurse allègue précisément en ce point<sup>20</sup>. Cette loi exclut la possession de l'ensemble des droits dans lesquels l'institution du *postliminium* prévoyait de réintégrer le captif de guerre dès l'instant où, franchissant la frontière (*limen*) en sens inverse, il est de retour à Rome. Une autre fiction, celle-là fixée par la loi *Cornelia*, disposait en effet que le citoyen pris par l'ennemi, autrement dit tombé en esclavage hors de Rome, serait considéré « comme s'il était mort en citoyen romain<sup>21</sup> ». Le *postliminium* agit alors par annulation retrospective de cette première fiction de mort civile. En cas de retour du soldat tombé aux mains de l'ennemi, on effacera cette mort feinte « comme si [le captif] n'avait jamais cessé d'être libre », lui faisant par là recouvrir « son statut personnel, ses droits familiaux, sa propriété<sup>22</sup> ». Non seulement le *postliminium* prévoit de redonner vie au citoyen qui avait d'abord été réputé mort,

---

<sup>20</sup> Accurse, gl. eam rem, ad. *Ibid.*

<sup>21</sup> Cité par Yan Thomas, « Les artifices », *op. cit.*, p. 115.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 116.

mais il feint encore que le captif n'ait jamais été tenu pour mort, et en le réintégrant dans les droits dont il jouissait au moment de sa capture comme s'ils n'avaient jamais été suspendus<sup>23</sup>. C'est donc à ce mécanisme complexe que la loi *denique* entend soustraire la possession. Pratiquement, on peut penser qu'il s'agit là notamment de protéger le possesseur qui s'est emparé du bien abandonné par un captif contre les prétentions de celui-ci à en réclamer le *ius possessionis* au cas où, de retour, il chercherait à faire valoir son *ius postliminii* pour retrouver sa possession ; ou encore, d'empêcher que le captif de retour ne prétende acquérir par usucapion la propriété des choses dont sa possession a de fait été interrompue. Là encore l'argument avancé par le jurisconsulte romain en faveur de cette décision consiste tout entier dans la qualification de la possession en termes de simple fait : « placet interruptam possessionem postliminio non restitui (...) Possessio autem plurimum facti habet » ; « la possession est interrompue et n'est point rétablie par le droit de post-liminie ; car [...] la possession contient davantage de fait<sup>24</sup> ».

C'est l'extrapolation de cette formule quantitative, « plurimum facti », qui fournira aux glossateurs la clef de la classification scolastique des espèces de possession. Aussi la retrouve-t-on expressément dans la glose à la loi *lex appellata*, comme textuellement transportée du cas de la discussion de l'extension du *postliminium* à celui de la possession par le pupille. Prenons ainsi la glose d'Accurse à cette même loi :

Sed secundum hoc quomodo est factum, non ius ? Respon. quia ea adquisita de facto, quaeritur, de iure vel non iure sit quaesita : ut infra.l.iii. § ex contrario. Tu dic quod est ratio quare furiosus non possit adquirere possessionem. Sed pupillus sic sine tutore: quia ea res non est iuris, id est, in ea non desideratur fictio iuris, quae factum alterius fingat pupilli : quia ipsemet quaerit. Ea autem quae per alium quaeritur, habet plurimum iuris : sed ea quae per se, plurimum facti.

Mais alors en quel sens la possession est-elle ici un fait et non un droit ?  
Je réponds que c'est seulement une fois qu'elle a été acquise de fait que

<sup>23</sup> Sur ce point de droit romain, voir par exemple Emilio Albertario, « Postliminio e possesso », *Studia et documenta historiae et iuris*, Rome, Pontificum Institutum Utriusque Iuris, 6, 1940, p. 384-387.

<sup>24</sup> Voici le texte complet de la loi : « denique si emptor prius quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit : placet interruptam possessionem postliminio non restitui : quia haec sine possessione non consistit. Possessio autem plurimum facti habet : causa vero facti non continetur postliminio » ; « si un acheteur de bonne foi, avant d'accomplir le temps de la prescription, a été pris par les ennemis, la possession est interrompue et n'est point rétablie par le droit de post-liminie ; parce que la prescription ne peut point se consommer sans possession : or la possession contient le plus de fait, et ce qui est de fait n'entre point dans le droit de post-liminie » (tr. fr. Hulot modifiée).

la possession est revendiquée, qu'elle le soit selon le droit ou contre lui. Tu dis qu'il est bien fondé que le furieux ne puisse acquérir une possession. Mais le pupille le peut, ainsi qu'il est dit, sans le secours de son tuteur : car cet acte (*ea res*) n'est pas de droit, c'est-à-dire qu'il ne requiert pas une fiction de droit qui feindrait que le fait d'autrui soit le fait du pupille. La chose que l'on revendique pour un autre, en effet, contient davantage de droit, mais celle que l'on revendique pour soi, davantage de fait<sup>25</sup>.

Nous ne trouvons pas ici seulement la confirmation de ce que nous savions déjà : que la possession consiste en un fait, à la différence de la propriété qui est un titre légal à proprement parler ; ni non plus l'illustration de ce qui en résulte au plan casuistique, dès lors qu'il faut excepter la possession des règles prévues pour les droits, comme ici le droit de *postliminium*, et appréhender les disputes relatives à la possession par des *quaestiones facti*, en estimant par exemple, si tel ou tel pupille est assez mûr pour qu'on puisse lui reconnaître *de fait* l'intention de posséder. À ces principes de droit romain, Accurse superpose surtout le principe d'une polarité plus complexe, qui s'établit par degrés. Différents types de possession se disposent en effet le long d'une sorte d'échelle, qui paraît impliquer que la validité juridique soit susceptible de variations graduelles, le droit apparaissant plus présent dans certaines de ses dispositions que dans d'autres. En transportant dans cette glose à la loi *appellata* la formule « plurimum facti » qui se rencontrait dans la loi *denique* — par cette sorte de copier-coller si caractéristique des méthodes de la glose — Accurse la complète en opposant une espèce de possession, plutôt factuelle, à une autre, plutôt juridique.

En complétant « l'échelle » que la formule de la *loi denique* aura passé pour suggérer, la glose introduit de la sorte une référence nouvelle, tout à fait absente du texte romain. À la possession « plutôt factuelle » rencontrée dans les textes, elle adjoint son image symétrique : celle d'une possession au contraire « plutôt juridique ». Faut-il croire que c'était là le sens de l'expression romaine *plurimum facti*, dans la loi *denique* ? Selon toute vraisemblance au contraire, cette expression visait le genre de la possession et non ses espèces, puisqu'aucune espèce de possession n'est recouverte par la fiction de *postliminium*. Elle n'affirmait ainsi le caractère de fait de la possession que pour exclure celle-ci en général de la sphère des droits recouvrables par le *ius postliminii*. Au contraire la glose tire d'une telle expression le principe d'une spécification des types de possession selon qu'elles possèdent plus ou moins de

---

<sup>25</sup> Accurse, glose *eam rem*, ad D. 41, 2, 1, 3. Même texte dans l'édition Lyon 1627.

fait. C'est ainsi que la glose rattache l'opinion de Nerva le jeune et d'Offilius à la première partie de la loi. La différence entre les deux manières dont le pupille peut posséder — ou bien *per se*, ou bien sous l'autorité de son tuteur — s'interprète comme une variation dans la proportion de droit et de fait qui entrent dans la composition de la possession. La possession *per se* du pupille lui-même est plutôt factuelle ; au contraire la possession que le pupille acquiert à travers son tuteur fait intervenir une fiction : elle feint que « le fait d'autrui est le fait du pupille ». C'est cette deuxième forme de possession qui est plutôt juridique, et qui est invoquée pour compléter l'échelle. On voit qu'elle rejoint le cas de figure où nous avons trouvé la *traditio ficta* la plus clairement attestée. De fait l'allégation va ici aux cas qui correspondent à l'acquisition *alieno nomine*, puisque la glose invoque tantôt le principe « possidet, cuius nomine possidetur », que nous avons rencontré à ce propos dans la *Somme d'Azon*<sup>26</sup>, tantôt la loi *generaliter* :

generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessionem, velut procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur.

en général nous sommes censés en possession tant qu'un autre possède en notre nom, comme un procureur, un hôte, un ami.

qu'Albericus de Rosate à son tour alléguait dans son commentaire à la loi *possideri*, en des termes dont nous avons souligné toute l'importance pour la doctrine de la *traditio ficta* :

Fuit actus corporis alieni qui nomine meo possidere voluit, unde perinde est ac si esset actus corporeus.

Il y eut l'acte d'un autre corps que le mien : celui de qui a voulu posséder en mon nom ; et par là c'est tout comme si il y avait eu l'acte de mon corps<sup>27</sup>.

C'est ainsi qu'une boucle s'établit, au fil des allégations, entre la formule *plurimum facti* de la loi *denique* et les cas d'intervention fictive dans le domaine de l'*apprehensio corpore*. Ce sont ces liens purement exégétiques, nés de la

---

<sup>26</sup> D. 41, 2, 18, 1, voir ci-dessus, p. 253.

<sup>27</sup> Albericus de Rosate, *In primam partem ff.novi*, Venise, 1585 (BAV, Barberrini CC VIII 4), *Ad De aquirenda, vel amittenda possessione*, l. possideri, § et apiscimur (D. 41. 2. 3. 1).

manipulation livresque des sources, qui soutiennent la catégorisation qui va dès lors s'imposer à la pensée scolastique.

Le principe de catégorisation est assez clair : la part de droit contenue dans une institution semble exactement coïncider avec la part de *fiction* qu'elle recèle. Plus une possession est fictive, plus elle est juridique. Inversement, plus elle est « naturelle », pour anticiper sur un terme qui n'est pas encore apparu, mais dont le lexique est en réalité déjà présent, plus elle est factuelle. L'argument d'Accurse en tout cas implique bien que la possession que le pupille acquiert par lui-même ne passe pas par les détours fictifs de l'abstraction propre aux institutions juridiques.

### **L'élégance des faits**

Les formules que nous venons d'extraire de la glose d'Accurse s'appuient en réalité sur une division des espèces de la possession qu'Azon, qui fut le maître de ce dernier à Bologne, avait déjà établie dans son commentaire au titre *De adquirenda possessione* du Code (C. 7, 32). Il semble qu'Azon ait eu recours à cette division dans le but de répondre à une *quaestio* précise, dans laquelle apparaissait en *contra* l'opinion d'autres maîtres bolonais, historiquement plus ancienne puisqu'elle remonterait au moins, selon le témoignage d'Odofrède, à Jean Bassien († 1190 ca)<sup>28</sup>. Cette question demande s'il faut admettre deux possessions ou une seule, ou selon les termes d'Odofrède « *possessio utrum sit una in sui substantia an due sint substantiae* » ; « si la possession est une en sa substance, ou s'il existe deux substances<sup>29</sup> ». Il semble en effet que Jean Bassien ait donné une valeur en quelque sorte ontologique à l'opposition que posaient les textes romains entre la possession civile et la possession naturelle<sup>30</sup>. Le droit justinien pratique bien sûr cette distinction, établissant par exemple que celui qui possède *clam* — c'est-à-dire en ayant profité de l'absence d'un propriétaire pour mettre la main sur sa possession — a la possession naturelle, tandis que le propriétaire délogé conserve la possession civile<sup>31</sup>. Mais la

---

<sup>28</sup> Odofrède, *Summa codicis*, à C., 7, 22, 4, l. licet possessio, N. 12, cité par Georg Bruns, *Besitz*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Voir Savigny, RB, § 7, notamment p. 71 pour le sens de *civilis* et p. 76 seq. pour une présentation de cette différence en droit romain. Je n'ignore pas l'immensité des controverses que ces points de droit romain ont déclenché parmi les romanistes : qu'on me pardonne de les traverser en passant, évidemment trop rapidement et trop schématiquement.

<sup>31</sup> D. 41. 2. 6.

présentation de Bassien semble durcir cette distinction technique, en lui appliquant le lexique métaphysique de la *substance*, qui semble clairement emprunté au langage de la faculté des arts<sup>32</sup>. Il expose encore ce dualisme dans une distinction qui porte clairement l'incipit : « *possessio alia est naturalis tamen, alia civilis*<sup>33</sup> » ; « il existe une possession qui est naturelle ; et une autre qui est civile ». Selon le témoignage d'Odofrède, qui la rapporte à Jean Bassien, voici le sens de cette doctrine :

Ea que consistit in animo dicitur civilis, quia veritate inspecta non possidemus, sed fictione iuris. Fingimur possidere, sed ea que consistit in corpore dicitur naturalis, quia naturalibus intervenientibus sedendo et palpando quaeritur et retinetur.

La possession qui procède de l'*animus* est dite civile, parce qu'à considérer les choses selon la vérité, nous ne possédons pas, mais seulement selon une fiction de droit. C'est par fiction que nous sommes considérés comme possesseurs, tandis que la possession qui procède du *corpus* est dite naturelle, parce que nous la revendiquons et la retenons dans le cours naturel des choses, en l'occupant et en la tenant bien en main<sup>34</sup>.

Ne retrouvons-nous pas ici très exactement la perspective qui présidait à la construction de la doctrine du transfert fictif de propriété ? Non seulement Jean Bassien tient la possession naturelle pour spécifiquement distincte de la possession civile, mais il fait correspondre à ces deux espèces ce qui s'acquiert *corporaliter* (physiquement) et ce qui s'acquiert *animus* (intentionnellement). Sans surprise, cette distinction reprend ce qui reste le point d'appui constant de l'idée médiévale de possession naturelle, ainsi que nous l'avons vu : l'étymologie romaine de Labeo qui fait dériver '*possessio*' de '*sedes*' et '*positio*'.

Pour bien comprendre cette opinion, il faut ici encore s'efforcer de la rattacher aux cas dont elle est extraite — conformément à l'invitation de Hermann Kantorowicz à comprendre les écrits juridiques médiévaux à partir de leurs

---

<sup>32</sup> On sait l'usage que Placentin et Jean Bassien en particulier ont eu au XII<sup>e</sup> siècle du vocabulaire philosophique, voir ci-dessus p. 188. Voir également le commentaire de Bruns au texte d'Odofrède : « Bassianus [nom latin de Jean Bassien] sépare presque entièrement (*trennt ganz vollständig*) les deux aspects de la possession, de sorte à en tirer immédiatement deux espèces tout à fait indépendantes de possession (*geradezu zwei ganz selbständige Arten von Besitz daraus machen*) », *op. cit.*, p. 108.

<sup>33</sup> Ms. Chigiano E VII, 218, f<sup>o</sup> 105 ra/rb.

<sup>34</sup> Odofrède, Ad l. licet possessio (C. 7, 32, 4), *Lectura super codicem*, n. 12, « *possessio utrum sit una in sui substantia an due sint substantiae* », Lugduni, 1546).

allégations<sup>35</sup>. Ceux-ci concernent principalement l'acquisition et la rétention de la possession. En posant que la possession naturelle est celle qui se « retient » par le corps, Bassien marque ce qui la distingue de la possession civile, car celle-ci au contraire se retient par l'intention. En d'autres termes, la rétention de la possession civile repose sur la fiction que je continue de posséder la terre dont je me suis absenté ou, selon un exemple de Placentin, la bague que j'ai laissée dans un coffre<sup>36</sup>. Dans la *Distinctio* de Jean Bassien que nous avons mentionnée, c'est d'abord le mode de rétention qui forme ainsi le critère de la distinction substantielle des deux possessions :

Civilis tamen est ista quam aliquis retinet solo animo. Naturalis tamen est quam aliquis tenet corpore suo cum effectu possidendi tamen.

La possession purement civile est celle que l'on retient par la volonté seule. La possession purement naturelle, celle que l'on tient par son corps, mais de manière à entraîner l'effet d'une possession<sup>37</sup>.

On voit donc assez bien d'où provient la division dualiste de la possession proposée par Jean Bassien. La rétention *solo animo* d'une possession a un fondement fictif et donc civil : il faut qu'une loi pallie l'interruption de l'emprise du possesseur sur son bien, en feignant que celle-ci s'est continuée dans le temps, même pendant l'absence du maître. Au contraire la possession naturelle est celle qui s'appuie sur un fait naturellement complet, à quoi le droit n'a pas besoin d'ajouter. Il est clair que le cas symétrique — celui de l'acquisition — nous aide à préciser le sens d'une telle opposition. Quoiqu'ils n'entrent pas directement dans les textes de Bassien que j'ai pu consulter, ils s'y greffent facilement<sup>38</sup>.

Mais en quoi cette présentation dualiste s'oppose-t-elle donc à la spécification quantitative proposée par Azon ? De fait le commentaire d'Odofrède au *Code* la présente comme un moyen de réfuter la conception des deux possessions, puisqu'à la question « *possessio utrum sit una in sui substantia an due sint substantiae*

---

<sup>35</sup> Voir ci-dessus note 16, p. 256.

<sup>36</sup> Code 7, 32, 4 ; *Placentinus in librum septimum codicis*. Tit. De acquirenda et retinenda possessione (C. 7, 32), Lugduni, 1536.

<sup>37</sup> *Op. cit.* f° 105 rb.

<sup>38</sup> Il faudrait compléter la recension des sources que j'utilise ici, notamment par la lecture du Ms. Cambridge, Trinity College B.I. 29, fol. 212 r, qui renferme une autre *Distinctio* de Jean Bassien relative à la possession (d'après Dolezalek, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, I-IV, Frankfurt, 1972) pour achever de compléter la documentation de Bruns. Pour reconstituer la position de Bassien, celui-ci s'en tient en effet à la somme d'Odofrède et à la glose d'Accurse.

possessionis », il expose la doctrine de Bassien en *contra*. Cela ne devrait pas pourtant nous faire tomber dans une lecture trop personnalisée de ces disputes scolastiques. Bien que Bassien, hormis une référence à son maître Bulgarus<sup>39</sup>, ne mentionne aucun autre docteur pour faire valoir son identification de la possession naturelle à une *substance* indépendante, une glose à la loi *nemo* indique en effet qu'Hugolinus et Aldricus avaient adopté une opinion similaire — ce qui devrait nous décourager de vouloir à tout prix attribuer cette opinion à l'*original Genie* de l'un ou l'autre docteur bolonais<sup>40</sup>. Toujours est-il que c'est bien Bassien que l'exposé dialectique d'Odofrède oppose sur ce point à Azon :

Domino Azo visum est contrarium, quia dixit Azo, quod unica est possessio in sui substantia : et non due in sui substantia. Sed possessio que unica est in suis substantia est binomina : duo habens nomina : duas habens qualitates aliquando appellatur civilis : cum solo animo retinetur, aliquando naturalis, cum solo corpore retinetur, aliquando naturalis et civilis, cum animo et corpore possidemus insistendo iuri.

Maître Azon est de l'avis contraire, car il dit que la possession est une en sa substance, et non deux en sa substance. Mais la possession qui est une en sa substance est binominale, possédant deux noms, en tant qu'elle possède deux qualités, parfois elle est dite civile, lorsqu'elle est retenue par l'âme seule, parfois naturelle, lorsqu'elle est retenue par le corps seul, parfois naturelle et civile, lorsque nous possédons par l'âme et par le corps, avec le soutien du droit<sup>41</sup>.

L'interprétation d'Azon cherche ainsi à unifier le concept de possession, de sorte à ce que la différence entre naturaliter et civiliter devienne de qualité et non plus de substance, nominale et non plus réelle. Il me semble que c'est là, en définitive, que nous trouvons le principe de la construction de l'échelle des types de possession, qu'Azon exposera dans sa *Somme* au code. C'était là suggérer que la composition de la possession puisse, aux yeux du droit, varier au cas par cas. La formulation de cette échelle se construit sur la base d'un rapprochement typiquement scriptural, lorsque la formule de la loi *denique (plurimum)* se greffe à la casuistique des « qualités » de la possession qui doit s'opposer à la doctrine des deux substances de la possession. Azon en effet demande « dans quel cas la possession contient plus de

---

<sup>39</sup> Dans le manuscrit de la *distinctio* citée, f°105 ra. Cette référence ne permet cependant pas de déduire que Bulgarus ait tenu déjà la position défendue par son disciple en l'espèce.

<sup>40</sup> Gl. *nemo ambiguit* à C. 7. 32.10 (Lyon, 1627).

<sup>41</sup> *Op. cit.*

droit » (*possessio quandoque habet plurimum iuris*) ou bien il affirme « une autre forme de possession est celle qui a beaucoup de droit quant à l'acquisition et peu de droit quant à la rétention<sup>42</sup> » (*est alia possessio quae habet multum iuris in acquirendo, et parum iuris in retinendo*). Il ne semble pas que Jean Bassien, pour sa part, ait employé en ce sens la formule « *plurimum facti* », ni qu'il ait employé le syntagme symétrique, « *plurimum iuris* ».

Faut-il alors voir ici un changement dans la conception du « fait » – et par conséquent dans le rapport du droit au monde qu'il qualifie ? Même si Azon maintient comme tous les médiévaux la référence juridique à une possession naturelle, il rejette l'idée qu'une pure coïncidence initiale du fait et du droit soit ultérieurement brisée par des élaborations juridiques savantes, telles que l'usufruit, le commodat ou la procuration. Ce continuisme entre vraisemblablement pour beaucoup dans la diffusion littéraire de l'étrange description que les juristes médiévaux donneront des mélanges de droit et de fait qui interviennent dans la possession. De la possession naturelle à la possession civile, il n'y a qu'un jeu de variations « qualitatives » — puisqu'elles n'impliquent qu'une différence de *nomen*, non de *substantia* — ou « quantitatives », puisqu'il faut mesurer à chaque fois quelle quantité de droit et de fiction est nécessaire à corriger le *factum* dont se prévaut le possesseur. Ainsi s'affirme la conception juridique des faits au début du XIII<sup>e</sup> s. Une série de rapprochements textuels amène le raisonnement juridique à concevoir sa propre puissance sous le schème de *l'assistance* et du *concours*, ainsi qu'il ressort encore de la définition que propose Azon de la possession :

Corporalis rei detentio, corporis et animi item iuris adminiculo  
concurrente.

La détention corporelle de la chose, lorsque sont réunis le corps et la  
volonté, avec le soutien du droit<sup>43</sup>.

Le modèle sur lequel repose cette formule ne se contente pas de présenter le droit comme une interprétation fictive et déformante du monde social. Il renvoie plutôt l'image d'un droit référé à des faits qu'il *soutient*, lorsque le besoin s'en fait sentir. Ceci nous livre un éclairage essentiel pour toute analyse de l'habillage juridique. S'il

---

<sup>42</sup> Azon, *Summa super codicem*, ad C. 7, 32, *op. cit.*

<sup>43</sup> Azon, *op. cit.*

est vrai que la possession constitue en quelque sorte le plus léger de tous les vêtements juridiques — en ceci qu'elle se résume à la protection juridique provisoire d'un simple rapport de fait — il est remarquable d'apercevoir les juristes médiévaux en train de se représenter non seulement la possibilité de choisir le bon vêtement (autrement dit le bon *nomen iuris*) à donner à tel ou tel fait — ce qui est le problème classique de la qualification juridique<sup>44</sup> ; mais encore la possibilité de « porter secours » aux faits, de manière à les rendre susceptibles d'entrer dans un vêtement donné.

Un examen plus large des ramifications de cette discussion chez les glossateurs confirme cette lecture. Au delà de la simple confrontation entre Azon et Bassianus mise en scène par Odofrède, la lecture de Placentin montre que la représentation plastique des faits trouvait un ancrage profond dans la scolastique juridique. Comme tous les scolastiques, Placentin insiste sur la division entre nature et fiction au point de rejoindre presque la présentation dualiste de Jean Bassien :

Ergo proprie et vere, et secundum idioma sermonis duntaxat naturalis possessio appellatur possessio : verum iuris artificio et figmento contra naturalem causam reique veritatem meram, is dicitur possidere qui non possidet, hocque sit duobus modis. Ecce fundos procul positos a nemine bernos, aestivosque. Item et alieno nomine alius possidet. Ergo colonus possidet civiliter, id est, per legum artificium.

Ainsi, au sens propre et vrai, seule la possession naturelle est appelée possession, selon l'idiome de notre langage : en vrai, par l'artifice du droit et le figmentum contraire à la cause de nature et à la vérité elle-même de la chose, celui-là est dit posséder qui ne possède pas, et la possession existe sous deux modes. Soit des champs situés loin de tous l'hiver et l'été. De même, l'un peut posséder au nom d'autrui. Ainsi le colon possède civilement, c'est-à-dire, par un artifice des lois<sup>45</sup>.

Mais il attache aux deux pôles de cette distinction une connotation particulière, en estimant la possession civile plus « noble » que la possession naturelle, qui est celle par exemple du colon :

---

<sup>44</sup> Au sens où Olivier Cayla a parlé de la puissance du juriste à « mettre le monde en droit à la manière du compositeur qui le met en musique » (*id.* « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 18, 1995, p. 3-18, p. 4).

<sup>45</sup> *Op. cit.*.

Estque haec possessio artificialis vel ficticia, quae vocatur civilis formosior et praestantior, quam coloni naturalis detentio. Namque possessio ficticia possessio fructuosa est et foecunda, et parit filiam, id est, usucapionem : sed coloni possessio videlicet naturalis est, et natura sterilis est, et infructuosam germinat prolem.

Cette possession artificielle ou fictive, qu'on dit civile, est plus élégante et plus éminente que la détention naturelle du colon. En effet la possession fictive est fructueuse et féconde, et elle engendre une fille, c'est-à-dire l'usucapion : mais il est clair que la possession du colon est naturelle, et d'une nature stérile, puisqu'elle met bas une lignée infructueuse<sup>46</sup>.

Cette belle image biologisante, où les institutions sont jugées par leur fécondité, marque en filigrane le refus de Placentin de reconnaître à la *possessio naturalis* le statut d'une véritable institution juridique. La suite de ce même commentaire est particulièrement claire :

Possessio enim in iure nostro licet plurimum facti habeat, quia a facto incipit, id est, ab apprehensione : tamen iuris est (...) Fieri enim potest, ut quis possideat et civiliter et naturaliter, et civiliter solummodo. Ut autem quis possideat tantum naturaliter, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis (ut reor) esse non potest.

La possession en effet contient selon notre droit davantage de fait, car elle a son origine dans un fait, c'est-à-dire dans le fait de l'appréhension. Et cependant elle est de droit (...). Il est possible en effet de posséder naturellement et civilement à la fois, ou bien seulement civilement. Mais que l'on puisse posséder uniquement naturellement, un examen plus subtil des lois, considérées jusqu'en leur cœur vivant (ainsi du voleur), montre que cela ne se peut<sup>47</sup>.

En refusant d'admettre l'existence indépendante de la possession naturelle, Placentin s'écarte de la présentation de Bassianus. Il n'admet la possession naturelle que comme un « point de départ » à toute possession juridique, en aucun cas comme une substance séparée. Alors se met en place la logique de la gradation des possessions. La possession *devient* un droit au fur et à mesure que le fait qui est à son principe (l'appréhension *corpore et animo*) gagne en « élégance », en « prestance » et en « fécondité ». Le fait possessoire, certes, n'est pas en soi un droit : en termes de procédure, on tranchera toujours la question de son existence par une *quaestio facti*,

---

<sup>46</sup> *ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

plutôt que par une *quaestio iuris*<sup>48</sup>. Mais il n'est pas non plus n'importe quel fait, il est un fait « plus ou moins » soutenu par le droit, rendu par là digne et fécond. Sous certaines conditions positives, le droit d'usucapion accorde en effet à ce fait spécial de se transformer avec le temps en propriété ; quant aux interdits possessoires, ils apportent aux possesseurs certaines garanties judiciaires contre les tiers qui voudraient troubler leur possession, indépendamment de l'examen des droits dont ils peuvent se revendiquer pour ce faire. Lorsqu'il reprend de la loi *denique* la formule « plurimum facti », Placentin ne la complète pas encore par sa réciproque ; c'est Azon qui le premier, semble-t-il, complètera l'échelle, de la manière qu'on a dite. Ainsi s'affirme la codification médiévale des espèces de possession. La fiction s'installe dans une sorte de continuité vis-à-vis des faits. Au-delà de toute dispute sur le point de savoir de quel côté se trouve la « véritable » possession, si elle est civile ou naturelle, l'échelle d'Azon offre un cadre commode à l'exposé de la matière, tout en cristallisant le principe d'une intervention graduelle de la fiction dans le domaine des faits.

---

<sup>48</sup> Nicolas Cornu-Thénard a montré pour le droit romain classique l'importance d'appréhender la différence du fait et du droit en termes de procédure (*op. cit.*).

## Chapitre 6

### ATTESTER LA PUISSANCE

#### Babil

Les textes juridiques que nous venons de parcourir présentent bien sûr un caractère suffisamment épineux pour que la crainte d'avoir manqué tel détail ou telle information nous soit une fois pour toute épargnée. Le jeu même de l'exégèse des écritures historiques expose à cette sorte d'inquiétude ponctuelle mais récurrente, que le philosophe troque volontiers contre une forme plus lancinante de perplexité. Une chose cependant est désormais hors de doute : aussi bien l'analyse de la *traditio ficta* que la classification par gradation des espèces de possession furent reprises en chœur et d'affilée par la scolastique juridique de la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> et du XIV<sup>e</sup> siècles. Nous l'avons déjà indiqué pour ce qui concerne la *traditio ficta*. Quant à la gradation d'Azon, elle s'est suffisamment imposée à la tradition littéraire pour se retrouver sinon chez l'ensemble, du moins chez la majorité des *doctores legis* postérieurs à Azon, de Pierre de Belleperche à Bartole, Albericus et Balde en passant nous l'avons vu par la grande glose<sup>1</sup>. Nous disposons en ce sens d'un point d'appui relativement stable pour reconstituer la conception scolastique de l'habillage des faits.

Or la difficulté de cette reconstitution ne tient pas seulement à la complexité des sources qui la soutiennent. Elle résulte également de l'antagonisme à peu près parfait qui oppose la conception scolastique des « faits de la loi » aux idées de l'école historique dont nous demeurons peu ou prou les héritiers<sup>2</sup>. Loin d'être anecdotique,

---

<sup>1</sup> Elle se trouve dans le commentaire au code de Jacques de Révigny (*Petri de Bella Pertica Lectura super codice*, ad. C. 7. 32, Bologne, A. Forni, 1967, facsimilé de l'édition 1519, sans l.e., faussement édité sous le nom de Pierre de Belleperche) ou encore chez Bartole, qui en fait grand usage dans son commentaire déjà cité à la loi *si is qui pro emptore* (D. 41, 3, 15), ce « véritable traité sur la fiction » (Yan Thomas, « artifices », *op. cit.*) greffé à la *lex denique*. Cette diffusion n'est d'ailleurs pas pour surprendre : il est probable qu'elle ait suivi assez mécaniquement l'inscription de la solution d'Azon dans la grande glose, comme le suggère au reste Georg Bruns en affirmant à propos de la doctrine générale de la possession des commentateurs ou des postglossateurs (après 1250) : « hier sind es fast ausschliesslich die Ideen der Glossatoren, in den man sich herumtreibt » (« on traîne ici presque exclusivement parmi les idées des glossateurs »), *op. cit.*, p. 252.

<sup>2</sup> Si la relégation de la dogmatique historique dans un « recoin » de la culture contemporaine laisse cet héritage dans une certaine déshérence, c'est là surtout le fruit d'un déclin générique de la science

cette discordance nous intéresse à deux titres. Négativement tout d’abord, elle n’est pas sans compliquer l’étude des textes que nous venons d’examiner. S’il est vrai que ceux-ci débordent effectivement les catégories modernes qui en ont conditionné la perception pendant près de deux siècles, alors c’est une seule et même chose que d’accéder à l’intelligence des textes médiévaux et de faire le tri des préjugés indissociablement historiographiques et normatifs qui imprègnent la tradition savante depuis le premier XIX<sup>e</sup> siècle. Positivement ensuite, cette tension constitue pour nous un véritable indice archéologique : en explorant les conceptions médiévales, il s’agira moins de compléter un chapitre oublié de l’histoire des idées juridiques que de mettre en perspective, par contraste, l’émergence des catégories dont la modernité les a recouvertes.

L’antagonisme de l’analyse scolastique de la possession aux conceptions de l’école historique ressort sans ambiguïté de la lecture des œuvres qui ont fixé le cadre de la matière. En dépit des éloges que Savigny décerne aux glossateurs dans son *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, malgré tout le mérite qu’il leur reconnaît d’avoir fait entrer la pensée juridique dans un « âge plus lumineux (*helleren Zeit*) » que le haut Moyen Âge ; d’avoir assuré la transmission matérielle de sources romaines enfin appréciées à leur juste valeur ; de s’être efforcés par comparaison et connexion de « pénétrer le sens des écrits des anciens jurisconsultes romains, avec un succès notable » ; d’avoir par là-même instauré une « communauté d’esprit (*geistige Gemeinschaft*) » avec l’antiquité romaine, qui se serait poursuivie jusqu’aujourd’hui<sup>3</sup> ; en dépit de toutes ces concessions, ni Savigny ni ses disciples n’ont fait mystère de leur mépris pour « l’étroitesse », l’« insignifiance », le « manque de goût », la « rigidité », « l’artificialité » et « l’inconséquence » des conceptions dans lesquelles les scolastiques auraient « traîné » en matière de possession<sup>4</sup>. Pour Savigny, qui dans cette déclaration vise au premier chef les scolastiques, la chose ne fait pas l’ombre d’un doute : « les définitions de la possession en général, que l’on trouve en

---

juridique, dont la pensée de l’école allemande du XIX<sup>e</sup> siècle ne cesse pas de représenter la forme *classique* (voir en ce sens précis Duncan Kennedy, « Savigny’s Family/Patrimony Distinction », *op. cit.*).

<sup>3</sup> HDRMA, 2e éd., t. 5, Das 13. Jahrhundert, ch. XLI « Rückblick auf die Glossatorschule », p. 223 *passim*.

<sup>4</sup> « Traîné » traduit *herumtreiben*, terme singulièrement péjoratif employé par Georg Bruns dans la formule citée plus haut note 1 p. 270 ; sur le manque de goût (*Geschmacklosigkeit*) qui néanmoins vise plus spécifiquement les postglossateurs, voir ci-dessus, p. 214. J’emprunte les autres termes à Bruns, sur le jugement duquel je reviendrai plus bas.

grand nombre [...] sont totalement insignifiantes (*völlig unbedeutend*)<sup>5</sup> ». En d'autres termes, elles ne procèdent pas même d'une *erreur* et constituent tout au mieux un simple babil.

Avant de succéder à Savigny, quelque vingt ans plus tard, à l'Université de Berlin<sup>6</sup>, Georg Bruns confirme ce verdict. En 1848, sa monographie sur l'histoire du droit de la possession, qui peut apparaître comme un complément au *Traité* de Savigny, en précise les motifs. Elle rappelle que les conceptions juridiques médiévales de la possession étaient non seulement insignifiantes, mais pratiquement incompréhensibles :

bei der theoretischen Begründung und Durchführung des Besitzbegriffes zeigen [die Glossatoren] in der Auffassung der natürlichen Ideen und der Behandlung der einzelnen Quellenäusserungen meistens eine Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Vorstellungen, dass man in der That oft Mühe hat, sich nur in ihre Gedanken recht hineinzudenken.

Quant au fondement théorique et quant à l'application du concept de la possession, le plus souvent [les glossateurs] témoignent d'une telle étroitesse de vue et d'une telle rigidité d'esprit, soit dans leur conception des idées naturelles soit dans leur maniement des expressions particulières que renferment les sources de droit [justinien], qu'il s'avère souvent fort pénible ne serait-ce que de les suivre dans leur raisonnement<sup>7</sup>.

N'est-ce pas alors l'un des paradoxes de l'ouvrage de Bruns que d'employer des trésors d'acribie savante à reconstituer des conceptions dont il avoue aussitôt qu'elles sont « presque entièrement inutilisables (*fast ganz unbrauchbar*)<sup>8</sup> » par le juriste d'aujourd'hui ? Si son entreprise historique ne se revendique en rien de l'intérêt scientifique des doctrines médiévales, alors elle réclame une explication du second degré. Mais avant de chercher à avancer une explication de cet ordre, il convient de cerner l'obstacle de fond qui devait rendre « pénible » aux juristes du premier XIX<sup>e</sup> siècle de se glisser dans la pensée des glossateurs.

---

<sup>5</sup> RB. § 10, p. 139.

<sup>6</sup> Il y succède en 1861 à Savigny et à Friedrich Ludwig Keller. Voir *Neue Deutsche Biographie*, notice « Bruns, Karl Eduard Georg », Berlin, 1955, t. 2, p. 685.

<sup>7</sup> Bruns, *op. cit.*, p. 104.

<sup>8</sup> *Ibid.*

## La couleur des faits

Le *Traité de la possession* de Savigny décrit l'origine de cette difficulté. Tâchons de comprendre la manière dont s'agence l'opération caractéristique de l'ouvrage, dont nous nous sommes contentés pour l'instant d'indiquer l'enjeu général : inscrire dans la jurisprudence le principe philosophique de la personnalité, de manière à « encercler » autour de ce centre idéal l'ensemble du droit civil positif contemporain<sup>9</sup>. L'ordre d'exposition que suit le *Traité* nous apporte un premier éclairage. Le principe qui guide toute l'analyse occupe rapidement le premier plan : c'est la fameuse autonomie de la volonté privée, *caput et fundamentum* sur lequel se réglera d'abord l'analyse générale des textes romains relatifs à la possession, puis bientôt, dans le *Système* de 1840, toute la doctrine du droit des biens, voire du droit privé dans son ensemble<sup>10</sup>. La première partie du *Traité*, intitulée « concept de la possession » (§§ 5-12), est consacrée non pas tellement à *poser* ce principe à la manière d'un postulat mathématique, mais à avérer sa prépondérance dans les sources de la jurisprudence romaine, car « les éléments de preuve ne doivent être avancés que par interprétation<sup>11</sup> ». Au centre de cette première partie, à mi-chemin entre la réduction de la possession à un fait (§ 5) et l'exposé du plan de l'ouvrage (§ 12), le paragraphe 9 explore ainsi « l'idée matérielle (*materieller Begriff*) de la possession<sup>12</sup> ». Immédiatement après ce même paragraphe, Savigny expose « l'histoire littéraire de la notion » (§ 10). C'est alors qu'il proclame l'insignifiance des définitions médiévales, de sorte qu'un lien, au moins de contiguïté, attache aussitôt la nouvelle « idée » de la possession à l'exploration de son « histoire littéraire ».

Concentrons-nous pour l'instant sur le paragraphe 9, qui occupe une place médiane au sein de la première partie de l'ouvrage. Savigny y attribue précisément un rôle prépondérant à la volonté (*der Wille – animus*), qu'il présente comme la « détermination matérielle » la plus générale du « concept » de possession<sup>13</sup>. Une telle affirmation marque un premier écart à l'égard de la tradition juridique antérieure.

---

<sup>9</sup> Voir plus haut le chapitre 2 de cette partie.

<sup>10</sup> Kenichi Moriya a raison d'affirmer que « la doctrine de la possession de Savigny marque l'entrée dans une nouvelle ère (*eine neue Ära*) non seulement pour la doctrine de la possession, mais [également] pour l'ensemble du droit des biens » (*op. cit.*, p. 3) – ce qui rend compte du succès durable à la fois de la monographie de Savigny et du problème même de la possession.

<sup>11</sup> « Die Beweisen müssen durch Interpretation geführt werden », RB § 7 p. 69.

<sup>12</sup> RB, p. 108 ; tr. fr. Faivre d'Audelage, p. 101.

<sup>13</sup> *Ibid.*

Celle-ci en effet, à Rome peut-être et au Moyen Âge assurément, avait d'abord épousé un style de pensée plus casuistique lorsqu'il s'était agi de présenter le rôle de la volonté dans l'acquisition, la rétention ou la perte de la possession. Alors l'*animus* représentait en premier lieu ou bien l'une des deux conditions positives de l'entrée en possession ou bien une cause de sa conservation (*retentio*) et, négativement, de sa perte. La formulation de certains brocards médiévaux attestait ainsi du caractère extérieur de ce rapport, en proposant par exemple d'énumérer les *cas* dans lesquels la volonté était « requise » pour l'acquisition de la possession : « *animus quando requiritur in acquirenda possessione* » ; « dans quel cas l'*animus* est requis pour l'acquisition de la possession<sup>14</sup> ». Or pour Savigny la volonté n'est plus seulement un réquisit extrinsèque de l'acquisition, de la perte ou de la rétention d'une possession : il devient le principe d'une détermination « matérielle » du concept de possession en général. D'emblée, le lexique doctrinal se ressent d'un puissant effort d'abstraction, par où le droit de la possession suivrait un *concept* dont la détermination matérielle serait *générale*. Mais que signifient exactement ces formulations ? Quelle est l'orientation normative spécifique de la théorie qu'elles veulent agencer ?

Souvenons-nous d'abord de la distinction que nous avons présentée plus haut entre deux manières de concevoir les *principes* du droit : la manière analytique de Domat ou de la tradition classique, pour qui les principes avaient avant tout le rôle de faciliter, pour l'esprit, la contemplation et la mémorisation du tableau des lois civiles ; et la manière nouvelle, philosophique, qui voudrait attester l'existence d'une « tête » (*caput*) théorique du « système » des normes. L'interprétation que Savigny offre du droit romain de la possession reflète très exactement ce basculement. La volonté y fournit l'exemple d'un « principe » nouveau, dont l'esprit casuistique de la jurisprudence semblait jusque-là s'être fort bien passé.

Mais comment ce « principe » s'impose-t-il au plan de l'exégèse des textes ? Pour comprendre la manière dont s'enclenche la théorie de Savigny, il faut examiner le mouvement d'ensemble du début du *Traité*. Le rôle théorique que Savigny confie à la volonté, lui donnant de ce fait consistance abstraite, doit se rapporter à l'affirmation préalable selon laquelle « en elle-même et d'après son concept originel (*seinem*

---

<sup>14</sup> Ce brocard renvoie à la lecture d'Albericus à C. 7. 32, *Repertorium in lecturas Alberici de Rosate*, reproduction anastatique de l'édition de Venise, 1586, *Opera Giuridica Rariora*, Bologne, A. Forni, 1979.

*ursprünglichen Begriffe nach*), la possession est un simple fait (*blosses Faktum*)<sup>15</sup> ». Du concept de possession, il est donc dit au § 5 qu'il se confond originellement avec un fait et au § 9 qu'il est matériellement déterminé, en général, par la volonté. En d'autres termes la volonté viendrait remplir un concept originellement factuel, auquel elle apporterait une détermination matérielle. Mais quel est le sens juridique d'une telle analyse ? Il suffit d'avoir posé la question pour comprendre que le rôle de la volonté ne consiste pas ici à ordonner la présentation des éléments du droit romain de la possession, mais à rendre compte de l'existence même d'un tel droit. En ceci on peut bien dire que la volonté joue un rôle proprement « déterminant ». L'existence juridique de la possession procède, quoique d'une manière qu'il nous reste à préciser, de celle-là même de la volonté.

Au vrai cette connexion ne s'explique que parce que la possession, elle, ne s'explique pas. Si la volonté vient « déterminer » le concept, c'est parce que celui-ci manque autrement de toute détermination : pris à lui seul il reste en termes strictement juridiques un concept creux, comme un nom posé pudiquement sur un vide normatif. En commençant par réduire la possession à un simple fait (§ 5), Savigny n'a-t-il pas transformé d'avance l'ensemble de la matière en énigme ? Si la possession se réduit « *en soi (in sich)* » à un fait dont il est impossible, par hypothèse, de savoir s'il correspond à l'exercice d'aucun droit, comment se fait-il qu'elle soit protégée par l'ordre juridique, ou que celui-ci y voie le commencement, en certaines circonstances, d'un droit de propriété ? La question prend l'allure d'une véritable aporie juridique. Dans un autre exposé classique, Georg Puchta, « lieutenant du Roi » de l'école historique<sup>16</sup>, décrivait ainsi le « problème » que l'analyse de Savigny avait soulevé :

Das Problem ist : es soll von uns, indem wir besitzen und darum, dass wir besitzen, gesagt werden können, dass wir in einem rechtlichen Zustand uns befinden, (...) und doch ist diese Besitze (...) seinem Wesen nach etwas factisches.

Le problème est le suivant : il faut qu'on puisse dire de nous, en ceci que nous possédons et dans la mesure où nous possédons, que nous nous

---

<sup>15</sup> « [Es ist klar], dass der Besitz an sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein blosses Faktum ist », RB § 5, p. 43.

<sup>16</sup> Voir ci-dessus, note 176.

trouvons dans une situation juridique (...) et pourtant notre possession, selon son essence, n'est rien d'autre qu'un fait<sup>17</sup>.

Nous retrouvons ici le dilemme qui allait alimenter la longue série des études où ranger celle du comte Piniński. Encore dans les années 1930, le romaniste italien Pietro Bonfante décrirait ce problème comme « le plus grand motif d'agacement (*il più grande rovello*) de l'histoire et de la doctrine juridiques<sup>18</sup> ». Le principe de l'autonomie personnelle permettra-t-il donc d'ôter cette épine du pied de la nouvelle science du droit ?

Voyons si sa proclamation dénoue l'intrigue dont la réduction de la possession à un simple fait formait le détonateur. Le rôle que Savigny attribue à la volonté nous donne une première indication en ce sens. N'aura-t-il pas fallu se représenter l'*animus* comme une certaine expression de la personnalité pour lui confier la tâche de *déterminer* le concept de possession ? En tout cas, c'est bien la volonté qui doit permettre à une détention *corpore* ou à une possession naturelle d'apparaître comme la condition de certains droits : l'usucapion et les interdits possessoires. Pour assurer cette promotion du fait en droit :

es muss nämlich zu jeder Detention, wenn sie als Besitz gelten soll, eine bestimmte Absicht, ein bestimmtes Wollen (*animus*) hinzukommen.

il faut qu'à cette détention corporelle s'ajoute une certaine volonté (*animus*), pour qu'elle puisse valoir comme possession<sup>19</sup>.

Voilà qui éclaire l'affirmation selon laquelle la volonté « déterminerait matériellement » le concept de la possession. Cette détermination semble coïncider avec l'élévation du fait possessoire à l'existence juridique. Elle apparaît comme le ressort de cette absorption juridique du non-droit (*Nicht-recht*)<sup>20</sup>, qui ne suppose aucune décision subjective de renoncer à ses droits — selon le modèle de l'*abdication iuris* propre aux frères franciscains<sup>21</sup>, mais un acquiescement du droit lui-même à se

---

<sup>17</sup> Georg Puchta, *Cursus der Institutionen*, 3 t., 10e édition, Leipzig, von Breitkopf und Härtel, 1893 [1841-47], t. 2, § 224, p. 135.

<sup>18</sup> « La nozione del possesso è la più controversa nozione del diritto, la genesi e la ragione della sua difesa il più grande rovello della storia e della dottrina », Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano*, Rome, Società editrice del Foro italiano, t. III, 1933, p. 86.

<sup>19</sup> Je suis ici le texte de la première édition de 1803 du *Recht des Besitzes*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>20</sup> L'expression est employée dans l'addition de la sixième édition au § 6, RB, p. 55.

<sup>21</sup> Les *appellationes* adressées en 1323 à Jean XXII envisageaient de « renoncer à la propriété, au domaine et à tout droit réel, tant privatif que commun » ; « abdicare proprietatem, dominium et ius in omnibus rebus tam in speciali quam in communi », cité par Maximiliane Kriechbaum, *Actio, ius und*

dissoudre pour un temps dans les faits. C'est pourquoi Savigny ne se contente pas de relayer la formule du digeste qui règle l'acquisition de la possession par l'*animus* et le *corpus* (*adipiscimur possessionem corpore et affectu*). De son aveu même il se situe ici au plan « le plus général » (*ganz allgemein*) plutôt qu'au niveau du « détail de la théorie » (*Detail der Theorie*)<sup>22</sup>. C'est la genèse de l'ensemble du droit de la possession qu'il semble expliquer à travers cette manifestation générique de la volonté. Que la possession fasse l'objet d'une protection judiciaire d'un côté et qu'elle entraîne des droits de l'autre (la propriété à travers l'usucapion), cela tiendrait en définitive à la manifestation de cette « volonté » originale, venue s'ajouter au simple fait de la détention corporelle et de la maîtrise de la chose. Le cas s'expliquerait alors comme une occurrence du principe : si l'*animus* intervient dans les sources comme un requisit de l'acquisition de la possession, c'est parce que la possession tire son existence juridique de celle de la volonté. Ce n'est pas que dans tel ou tel cas, la volonté soit requise pour que la possession soit regardée comme un droit ; c'est que la possession devient un droit du fait même de son rapport à la volonté.

Il semble alors que la vision de Savigny repose sur deux affirmations concomitantes. D'un côté, la possession équivaut à la détention. Ainsi que le déclarent les toutes premières lignes du *Traité*, la détention est « l'état de chose (*Zustand*) qui est au fondement de tout concept de la possession (*welcher allem Begriff des Besitzes zu Grunde liegt*)<sup>23</sup> ». Les premières lignes du *Traité* résolvent d'emblée la possession à un simple fait (« *factische Zustand*<sup>24</sup> ») qui « en soi n'est aucunement l'objet de la législation<sup>25</sup> ». À bien y regarder, c'était là une première innovation. Les scolastiques voyaient en effet la détention comme une situation foncièrement « inélégante », pour reprendre le langage de Placentin, l'image même de la stérilité, la nommant *detentio asinina*, littéralement « détention pour les ânes » ou « détention stupide<sup>26</sup> ». Ils la distinguaient même explicitement de la possession naturelle, pour opposer la situation du colon ou du preneur à bail, simple détenteur, à celle de l'emphytéote ou du vassal,

---

*dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhundert*, Ebelsbach, Aktiv Druck und Verlag, 1996, p. 25. Voir également Giorgio Agamben, *Altissima povertà*, *op. cit.*.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> RB, § 1, p. 26.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>25</sup> « An sich durchaus kein Gegenstand des Gesetzgebung », *ibid.*, p. 26.

<sup>26</sup> Glose d'Accurse *Ut corpore* à D. 41, 2, 29. Voir Savigny, RB § 7, p. 89, note 1.

qui a la possession naturelle<sup>27</sup>. Comment aurait-il été concevable de voir dans la détention le « fondement » du droit de la possession tout entier ? C'est pourtant bien le premier aspect de l'interprétation de Savigny, qui exclut énergiquement la possession, considérée en soi (« *an sich* »), de la sphère du droit proprement dite.

Cependant cette première affirmation trouve bientôt son corollaire dans une seconde : la détention *devient* un objet de législation, et ce en proportion de l'*animus* qui s'engage en elle. Là où la jurisprudence romaine voyait l'une des conditions de l'acquisition et de la conservation de la possession, Savigny décèle un principe. Dans cette conception, la volonté opère comme un catalyseur. Elle intervient pour « élever la simple détention à la possession<sup>28</sup> » (*um die bloße Detention zum Besitz zu erheben*). Son implication vient compenser la stupidité unilatérale du fait possessoire pour lui apporter l'élégance d'un droit. Selon le « concept matériel de la possession » en effet, le fait possessoire est l'expression d'une volonté subjective, capable de donner la « couleur d'un droit<sup>29</sup> » à la détention brute. Ainsi s'explique l'affirmation bien connue selon laquelle la possession est « à la fois » un fait et un droit. Elle est un *fait* en tant qu'elle repose sur le simple état de chose de la détention ; et un *droit* en tant qu'une volonté s'ajoute à elle, que la législation a vocation à protéger :

was [die Frage, ob der Besitz als Recht oder als Factum betrachtet werden müsse] betrifft, so ist es klar, dass der Besitz an sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein blosses Factum ist : eben so gewiss ist es, dass die Gesetze rechtliche Folgen damit verbunden haben. Demnach ist er Factum und Recht zugleich, eigentlich seinem Wesen nach Factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich.

Quant à la question [de savoir si la possession doit être regardée comme un droit ou comme un fait], il est clair que la possession considérée en soi et selon son concept originel est un simple fait, de même qu'il est certain que les lois lui ont attaché certaines conséquences juridiques. Il s'ensuit

---

<sup>27</sup> Sur quelques aspects pratiques de cette conception en matière de servage, voir Emanuele Conte, « L'utilisation de la législation Justinienne concernant le colonat aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles », in Elisabeth Magnou-Nortier (dir.), *Aux sources de la gestion publique*, t. III, *Hommes de pouvoir. Ressources et lieux du pouvoir: V<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles*, Lille, 1997, p. 129-142.

<sup>28</sup> RB, § 9, éd. de 1803, *op. cit.*, p. 78.

<sup>29</sup> Selon l'expression employée par les décrétalistes en matière de bénéfices ecclésiastiques, parlant de *possessio colorata* ou répondant à la question « factum quando dicatur habere colorem iuris » (dans quel cas on peut dire que le fait a la couleur d'un droit). L'expression remonte au moins au Concile de Bâle de 1435, dont les actes mentionnent la possession « ayant la couleur d'un titre » (« habens coloratum titulum »), voir Raoul Naz, *Dictionnaire de droit canonique*, éd. Letouzey et Ané, 1965 [1935], Art. « Possession en droit canonique », t. VII, p. 44-63.

que la possession est à la fois un fait et un droit, qu'elle est exactement un fait selon son essence, mais quant à ses suites un droit<sup>30</sup>.

La double nature de la possession s'expliquerait-elle donc par le rôle général que Savigny accorde à la volonté ? En apparaissant comme l'expression univoque d'une volonté d'exercer le droit de propriété (*animus dominii exercendi*) et de celle de posséder (*animus possidendi*)<sup>31</sup>, la volonté en effet « élève la simple détention au rang de possession », pour autant qu'elle est elle-même « dirigée (*auf-gerichtet*)<sup>32</sup> » sur un droit réel. Elle apparaît bien de ce point de vue comme le connecteur qui relie l'essence ajuridique de la possession aux dispositifs juridiques qui lui font entraîner ces « suites (*Folgen*) » que sont l'usucapion et les interdicts possessoires. C'est elle qui semble « colorer » le fait de la détention, pour en expliquer la prise en compte juridique.

### **Violence et violation**

Cependant, pourquoi la volonté mériterait-elle d'être soutenue par le droit, indépendamment de tout titre légal ? Somme toute l'intention elle aussi est un *fait*. Prise isolément, son établissement judiciaire relève sans aucun doute d'une *quaestio facti* qui servira à déterminer, dans telle ou telle circonstance, si l'*animus* est avéré. Souvenons-nous en effet du sens procédural que reçoit avant tout la distinction judiciaire du fait et du droit. L'ancien adage de *common law* nous a déjà donné l'exemple de sa portée pratique : *ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent iuratores*<sup>33</sup>. C'est bien une *quaestio facti* qui sert à demander par exemple si un pupille a fait preuve d'*animus possidendi*<sup>34</sup> ; ou encore si la volonté de Titius s'est exprimée d'une manière propre à prouver sa bonne foi et s'il faut référer cette question à l'instant de son entrée en possession ou à toute la durée qui prolonge celle-ci jusqu'à la transformer éventuellement, par *usucapio*, en

---

<sup>30</sup> RB, § 5, p. 43-44.

<sup>31</sup> « L'*animus possidendi* ne peut signifier que l'intention d'exercer effectivement la propriété [*animus dominii exercendi*], dont la détention rend l'exercice matériellement possible » ; « also kann *animus possidendi* nur die Absicht ausdrücken, das Eigentum wirklich auszuüben [*animus dominii exercendi*], dessen Ausübung durch die Detention physisch möglich ist » (RB, première édition de 1803, *op. cit.*, p. 79).

<sup>32</sup> RB, § 9, p. 110.

<sup>33</sup> Dans l'introduction générale, voir plus haut p. 13-14.

<sup>34</sup> D. 41.2.1.4.

propriété<sup>35</sup>. Dans les textes romains « l'élément intentionnel est toujours présenté comme une *res facti* » et « c'est au regard de chaque espèce que l'on détermine si [le détenteur] présente l'*animus possidendi*<sup>36</sup> ». Ce serait donc forcer sensiblement les textes romains, que de situer dans la volonté l'origine même des effets juridiques du fait possessoire.

Au contraire l'ambivalence juridique de la possession semble se répéter dans celle de la volonté. Elle est certes un *fait* d'un type particulier, car elle est « dirigée » vers un droit. Mais cette directionnalité — comme les techniciens disent des microphones — ne marque jamais qu'une distance. On ne voit pas que l'intention de posséder, toute tournée qu'elle soit vers le droit de propriété, atteigne effectivement le droit qu'elle vise, ni qu'elle suffise par conséquent à en faire naître aucun. Aussi convient-il de nuancer le rôle explicatif que Savigny accorde à la volonté. S'il est vrai que le *Traité* la fait entrer de façon « déterminante » dans l'explication théorique de « l'élévation » du fait possessoire au rang de droit, pour autant il n'est pas certain qu'il place en elle le principe exclusif de cette élévation. C'est d'ailleurs le point sur lequel a éclaté la controverse qui devait opposer Savigny à Eduard Gans. Dans son *System des Römischen Civilrechts* de 1827, Gans avait en effet rapporté à la volonté toute l'explication de la protection de la possession :

Der Wille schon an sich ein substantielles, zu Schützendes ist ; der besondere Wille der Person, wo er sich in den Sachen äußert, ist ein Recht und muß als solches behandelt werden.

La volonté est déjà en soi quelque chose de substantiel, qui mérite d'être protégée. La volonté particulière de la personne, qui s'extériorise dans les choses, est un droit et c'est ainsi qu'il faut la traiter<sup>37</sup>.

Le style de ce qu'on a nommé l'école philosophique du droit aura conduit Gans, qui en fut le héraut, à déceler dans le droit romain de la possession l'indice de la réalité métaphysique de la volonté. Souvenons-nous du rôle prépondérant que le système du

---

<sup>35</sup> D. 41.1.48.1.

<sup>36</sup> Nicolas Cornu-Thénard, *La Notion de fait*, *op. cit.*, p. 366. L'auteur s'oppose ici à « la tendance qu'a parfois la doctrine à définir l'*animus* comme une *res iuris*, par opposition au *corpus*, identifié comme une *res facti* » (*ibid*). Il est facile de déceler dans ce biais historiographique l'influence de la construction idéale dont nous retraçons ici l'origine.

<sup>37</sup> Eduard Gans, *System des Römischen Civilrechts im Grundrisse*, Berlin, Von Veit, 1827, p. 211-212. Sur Gans en général voir Corrado Bertani, *Eduard Gans (1797-1839) e la cultura del suo tempo*, Naples, Guida, 2004 et sur la controverse avec Savigny relative à la possession Johann Braun, « Die Besitzrechtsstreit », *op. cit.*

« droit abstrait », chez Hegel, avait déjà confié à celle-ci. Dans les *Principes de la philosophie du droit* de 1821, la volonté servait de principe au système des prétentions abstraites de la raison dont le philosophe, avec toute l'ambivalence qu'on a dite, avait perçu le *reflet* dans le droit romain. L'analyse de Gans, quant à elle, prolongeait l'essentiel de cette conception. La protection judiciaire de la possession sanctifiait en quelque sorte la tendance intérieure de la raison pratique à s'extérioriser dans les choses. En apportant des « suites » juridiques au fait possessoire, le droit romain avait apporté une reconnaissance publique à cette tendance universelle de la raison, signant par là-même, au plan spéculatif, la toute première occurrence de « l'esprit objectif ».

Or la position de Savigny, à première vue tout au moins, implique un montage sensiblement différent<sup>38</sup>. Non seulement sa méthode l'éloigne de toute proclamation de foi théorique, mais sur le fond l'invocation de la volonté ne semble pas suffire à ses yeux à résoudre tout à fait la question. C'est ce que révèle l'analyse que le *Traité* propose de l'origine des interdits possessoires. Pour bien cerner le sens de cette analyse, il ne sera pas superflu d'apporter un peu plus de détail à la présentation de ces formes procédurales, dont je me suis contenté pour l'instant d'indiquer qu'elles s'offraient au possesseur troublé (*gestört*) dans sa possession. Suivant une présentation relativement commune de la matière, qui trouve son origine dans un commentaire de Paul à l'édit du préteur<sup>39</sup>, nous pouvons regrouper les interdits en trois classes, selon la nature du but auquel ils visent. Ils peuvent d'abord protéger l'entrée en possession (*pro adipiscenda possessione*). Ainsi les interdits *quorum bonorum*<sup>40</sup> et *quorum legatorum*<sup>41</sup> sont donnés au *bonorum possessor*, c'est-à-dire à celui qui a hérité d'un patrimoine par la voie prétorienne (*ab intestat*). Ils obligent alors les héritiers légitimes, les *heredes sui* appelés à l'hérédité par le droit civil, à laisser le *bonorum possessor* entrer en possession des biens que la succession prétorienne lui a laissés en partage. Ou encore lorsqu'un colon a affecté son matériel

---

<sup>38</sup> Pour une relativisation de cette différence, voir ci-dessous note 96 p. 298.

<sup>39</sup> D. 43. 1. 2. 3. Cette présentation est relayée par le droit romano-canonique. Je suis ici la classification qui se trouve dans une glose d'Innocent IV au décret de Gratien : « triplex est iudicium possessorium, vel pro adipiscenda possessione, vel recuperanda, vel retinenda » (Glose de *recuperanda* à c. *pastoralis*, de causa possessionis e proprietatis (X, 2, 12, 5), in *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis Gregorii XIII pont. max. iussu editum*, Venise, 1595). Savigny rejette au contraire l'idée que les interdits *pro adipiscenda possessione* soient véritablement possessoires (RB, § 35 p. 384-385).

<sup>40</sup> Voir le titre *Quorum bonorum* du Digeste (D. 43.2).

<sup>41</sup> *Quorum legatorum* (D. 43.3).

d'exploitation agricole à la garantie de la redevance qu'il a promise à son bailleur, s'il manque à acquitter celle-ci l'interdit salvien permet au bailleur de mettre la main sur le matériel mis en nantissement<sup>42</sup>. Mais les interdits peuvent également viser à remettre en selle le possesseur (*pro recuperanda possessione*), soit lorsqu'il a été éjecté (*dejecitur*) par la force de sa possession (interdit *unde vi*), soit lorsqu'on s'est emparé subrepticement de celle-ci, en son absence, clandestinement ou par ruse (interdit *vi aut clam*). Enfin, les interdits peuvent garantir le possesseur contre la menace d'un trouble (*pro retinenda possessionis*), soit en matière d'immeubles (interdit *uti possidetis*), soit en matière de meubles (interdit *utrubi*).

Or que l'interdit vise à l'acquisition, à la récupération ou à la rétention de la possession, pour Savigny l'analyse a le même point de départ : l'interdit possessoire n'est jamais donné au possesseur en raison d'un « droit » qu'il aurait sur la chose.

Da der Bestiz an sich kein Rechtsverhältnis ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung.

De même qu'en soi la possession n'est pas un rapport de droit, le trouble de la possession n'est pas la violation d'un droit<sup>43</sup>.

Il faut donc supposer aux interdits un autre fondement que la possession en tant que telle. Ici rebondit le problème qui traverse toute la matière : toute la difficulté consiste à définir le fondement des interdits, tout en le situant en dehors de la possession elle-même.

En vérité la dénégation que le trouble de la possession soit la violation d'un droit tire sa vraisemblance de tout un arrière-plan procédural. Le parallélisme du droit et du fait s'éclaire en effet par celui de deux moyens de droit : l'interdit possessoire de droit prétorien et l'action pétitoire, en particulier la revendication (*vindicatio rei*). Examinons d'un peu plus près la distance qui sépare l'un de l'autre ces deux types de recours. À la différence des interdits qui constituent des moyens extraordinaires — dans son commentaire au livre 43 du Digeste, Albericus de Rosate en traite sous le titre *De interdictis, seu extraordinariis actionis quae pro his competunt* : « des interdits, ou des actions extraordinaires qui s'y rapportent<sup>44</sup> » — l'action en revendication représente l'*actio in rem* par excellence et une action ordinaire de droit

<sup>42</sup> De Salviano interdicto (D. 43.33).

<sup>43</sup> RB § 2, p. 30.

<sup>44</sup> *Lectura, op. cit.*

civil proprement dit<sup>45</sup>. En déniant que le trouble de la possession relève d'aucune contravention à une règle de droit (*Rechtsverletzung*), Savigny ne fait que souligner le contraste qui, sur ce point, oppose les interdits à l'action en revendication. Comme toute action civile, celle-ci repose sur une formule pétitoire (*formula petitoria*), par laquelle le plaignant fait valoir que tel de ses droits a été violé. L'*editio actionis* indique alors à quelle action il choisit (*eligere*) de recourir pour demander (*petere*) réparation de cette violation, de manière à rétablir le droit réel qu'il a sur la chose<sup>46</sup>. Dans ce cas, l'affrontement des parties se traduit par une concurrence des preuves de la propriété : chacun des adversaires doit établir l'authenticité de son titre. Cela suppose de remonter dans le temps, pour montrer que le titre dont on se prévaut est autorisé, le cas échéant, par un second titre, plus ancien que celui de l'autre. Il faudra prouver non seulement qu'on a reçu la chose en héritage, mais que le défunt dont elle a été héritée avait lui-même sur elle un titre de propriété authentique ; ou bien encore que le vendeur dont on a acquis la chose était lui-même propriétaire de bonne foi, et ainsi de suite<sup>47</sup>. Pour établir son droit « il fallait régresser jusqu'au plus ancien titre, et pour cela combattre des titres rivaux, s'engager [...] dans l'histoire chaotique des héritages, des partages, des aliénations et des cessions<sup>48</sup> ». En pratique la réunion d'une telle preuve s'avérait si ardue, que les médiévaux comme on sait l'ont nommée diabolique : *probatio diabolica*.

En offrant une alternative à cette régression indéfinie, les interdits possessoires viennent précisément parer à cette difficulté. Ils permettent de suspendre ou de repousser, pour un temps, la procédure en revendication, c'est-à-dire la procédure qui porte sur le droit de propriété véritable<sup>49</sup>. Avant même de trancher la question légale de la propriété ou de décider laquelle des deux parties fait valoir le titre le plus solide, le possesseur se voit offrir la possibilité de réclamer des interdits qui lui assurent d'être protégé dans la jouissance de sa possession. Les interdits le prémunissent en effet, sans autre examen du fond de son droit, contre toute violence qui viserait à

---

<sup>45</sup> William W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge University Press, 1947 [1925], ch. XVI « Actions, classifications, judicial systems ».

<sup>46</sup> D'après M. Kriechbaum Placentin définit l'*editio actionis* comme le choix d'une *forma petendi*, dont Jean Bassien dénombre 170 sortes, correspondant chacune à un droit précis (Maximiliane Kriechbaum, *Actio, ius und dominium*, *op. cit.*, p. 92-93).

<sup>47</sup> Sur cette reconstitution, *ibid.*, p. 97 (189).

<sup>48</sup> Yan Thomas, « Réparer le temps en droit », in *Les Opérations du droit*, *op. cit.*, p. 187-206, p. 189.

<sup>49</sup> La question de savoir si deux procédures pétitoire et possessoire peuvent se superposer l'une à l'autre, se contredire ou se succéder, et si oui dans quel ordre, fait l'objet d'immenses développements, notamment romano-canoniques.

l'empêcher d'entrer en possession, à le déloger de son siège ou à lui bloquer l'accès de sa *res* après l'avoir occupée en son absence et clandestinement. La formule par laquelle le préteur introduit l'interdit *unde vi* témoigne du caractère tout à fait provisoire de cette procédure extraordinaire :

Ait praetor : Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit: de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum: post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, iudicium dabo.

Le préteur dit : « si tu as expulsé violemment quelqu'un de sa possession, ou si tes esclaves l'ont fait [pour toi], je donnerai une action [en justice], seulement dans l'année, à raison de ce que celui [que tu as dépossédé] avait dans cet endroit ; et [je donnerai une action] après l'écoulement de cette année à raison de ce qui sera parvenu dans les mains de celui qui a été expulsé de sa possession par la violence<sup>50</sup>.

Si le préteur accorde l'interdit au possesseur, c'est donc sur la base d'une simple appréciation des faits. Pour donner lieu à cette procédure, il suffit de constater qu'une personne a été délogée de sa possession avec violence. La condition de l'interdit, nécessaire et suffisante, est de l'ordre d'un constat de fait : « unde tu... iudicium dabo ». Ici il est fait abstraction non seulement du droit de la victime à posséder la chose, mais du droit que le fauteur de trouble, autrement dit le responsable de l'expulsion, revendique éventuellement sur celle-ci. On comprend en quel sens le recours à l'interdit possessoire fait figure de moyen de droit parallèle à la revendication d'un titre légal. Il conforte provisoirement la situation du possesseur, en l'attente de tout éclaircissement éventuel du droit qui est en jeu sur le fond<sup>51</sup>.

Aussi Savigny s'appuie-t-il sans ambivalence sur les réalités procédurales romaines. Néanmoins sa lecture accuse la différence de ces diverses voies de droit, pour en accentuer le sens théorique. Cela suit du point de départ que sa réflexion s'est donnée. Si la possession repose sur une détention et se réduit tout entière à un fait, alors le problème de l'origine de sa protection se radicalise. Les scolastiques pouvaient comme Placentin invoquer la différence entre les possessions « stériles » et les possessions « fécondes », selon qu'elles donnaient lieu ou non aux interdits<sup>52</sup>. De même l'*usus modernus* pouvait ranger la possession parmi les droits réels (*jus in re*), à

---

<sup>50</sup> D. 43.16.1.

<sup>51</sup> Les interdits sont simplement des « expédients » (Yan Thomas) qui valent tant qu'un procès sur la propriété n'a pas eu lieu ni abouti.

<sup>52</sup> Voir ci-dessus p. 268.

côté de la propriété, l'hypothèque, la servitude et l'hérédité<sup>53</sup>. Mais il faut à Savigny une solution conceptuelle, autrement dit univoque. Il trouve alors cette solution dans l'association des interdits aux faits de violence :

Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll.

Si maintenant le trouble de la possession s'accomplit violemment, il y a là une violation du droit, parce que tout acte de violence est inique, et c'est cette iniquité qu'on réprime par un interdit<sup>54</sup>.

Voici donc le caractère que les interdits ont « tous en commun<sup>55</sup> ». Ils engagent la répression non pas d'abord d'une violation de droit (*Rechtverletzung*) mais d'une violence de fait (*Gewalt*). Distinguons soigneusement ces notions de violation et de violence. Elles peuvent coïncider, comme lorsqu'un acte de violence transgresse un droit donné. Un vol à l'arrachée par exemple non seulement fait violence à sa victime, mais lèse son droit de propriété. Or le cas des *interdits* montre assez que cette coïncidence ne repose sur aucune connexion nécessaire. Il est possible tout d'abord de violer un droit sans faire preuve de violence, par exemple en cessant de payer son loyer. En d'autres termes il existe des *Rechtverletzungen* qui pour être contraires au droit, n'en sont pas violentes pour autant — du moins si l'on convient de s'en tenir au sens matériel du mot *violence*<sup>56</sup>. À l'inverse, les actes de violence, du moins d'après Savigny, versent nécessairement dans le non-droit (*Unrecht*), y compris lorsqu'ils ne lèsent aucun droit particulier et même lorsqu'ils réalisent effectivement un droit — par exemple si le propriétaire légitime d'un immeuble récupère clandestinement celui-

---

<sup>53</sup> Savigny cite divers auteurs qui ont soutenu cette opinion au XVII<sup>e</sup> siècle, RB § 6, p. 54 ; tr. fr. Faivre p. 35.

<sup>54</sup> RB § 2, p. 30-31 ; tr. fr. Faivre p. 8.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> La conception d'une violence morale, psychique ou psychologique tend au contraire à s'affranchir de cette convention. Ainsi Didier Fassin voudrait accréditer contre la « définition administrative et judiciaire » des violences commises par les officiers de police l'idée qu'« il existe des pratiques bien plus mortifiantes et des blessures bien plus durables ne supposant pas l'usage de la force physique » (Didier Fassin, *La Force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers*, Paris, Seuil, 2012, p. 197). L'auteur cependant feint d'ignorer que les blessures morales qu'il décrit font elles aussi l'objet d'une « définition administrative et judiciaire », au moins depuis 2002, puisqu'elles sont au cœur du chapitre 4 de la loi de modernisation sociale qui réprime en France le harcèlement moral au travail (Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002). Contrairement à ce qu'elle annonce, l'analyse de D. Fassin ne joue donc pas une définition « socio-psychologique » contre une définition « judiciaire », mais bien une définition juridique (celle du code du travail) contre une autre (celle du code de procédure pénale).

ci contre son occupant de mauvaise foi. Parce que tout acte de violence est réputé inique (*unrecht*), les interdits sont accordés aux possesseurs, quoiqu'ils n'aient par ailleurs aucun *droit* à faire valoir sur la chose qu'ils possèdent.

Au contraire de la répression juridique d'un acte de violation, qui se fonde sur son effet qui est d'enfreindre un droit, la répression d'un acte de violence se fonde par conséquent sur sa simple « forme (*Form*) ». La violence ne lèse par elle-même aucun droit, mais elle constitue à elle seule une offense. Cette iniquité de la violence *per se* représente aux yeux de Savigny le véritable fondement juridique des interdits. Ceux-ci ne protègent pas le droit du possesseur, mais ils répriment l'offense qui résulte de la violence dont il a fait l'objet. Au plan technique ils s'analysent non pas du tout comme des formes imparfaites ou provisoires de revendication<sup>57</sup>, mais comme un équivalent prétorien des actions *ex delicto*<sup>58</sup>. Au sens vrai « ils se fondent sur des obligations *ex maleficiis*<sup>59</sup> » et « ont pour base des délits (*gründen sich auf Delicte*)<sup>60</sup> ». Même lorsqu'ils n'impliquent aucun acte de violence avéré, comme dans le cas couvert par l'interdit *unde vi* ou l'interdit *utrubi*<sup>61</sup>, du moins la crainte d'une violence future, envisagée par la clause *vim fieri veto* qui s'adjoint à divers interdits, notamment l'interdit *uti possidetis*<sup>62</sup>, suffit à établir ce lien. Parfois même une fiction permettra d'envisager une violence qui n'a pas vraiment lieu, comme lorsque le précariste, en cas de révocation, refuse de restituer la chose. Dans ce cas la possession du précariste « devient *unrechtlich* et peut être réclamée par un interdit de la même façon qu'une possession violente (*wie der gewaltsame Besitz*)<sup>63</sup> ». En tout cas, selon Savigny la chose est claire. Pour que le possesseur puisse réclamer l'interdit, il faut « que la possession ait été violée ou empêchée au plan corporel » ; « dass der Besitz

---

<sup>57</sup> Ils ne sont pas « des revendications provisoires instituées pour régler le procès sur la propriété » (RB, § 6, p. 54 ; tr. fr. Faivre d'Audelage, p. 35). C'est là la pomme de discorde qui oppose l'interprétation de Savigny à celle de Jhering, dont mon parti-pris de méthode, qui consiste à privilégier l'émergence du problème plutôt que l'histoire de ses résolutions, m'engage à faire abstraction. Rappelons seulement que Jhering prétendra rattacher les interdits possessoires à la matière des *jus in re*, pour assimiler la possession, selon la formule bien connue, au bastion avancé de la propriété. Voir Rudolf v. Jhering, *Über der Grund des Besitzschutzes*, Iéna, Mauke, 1869.

<sup>58</sup> Si le *corpus iuris* n'en traite pas parmi les obligations, cela tient à l'approche procédurale des juristes de Rome, qui séparaient les interdits des obligations au motif que seules ces dernières donnent lieu à l'action (*ibid*, p. 50 ; tr. fr. Faivre p. 31). On voit au contraire combien l'approche systématique de Savigny conduit à remiser au second plan la procédure et la pratique.

<sup>59</sup> RB § 6, p. 49 ; tr. fr. Faivre p. 30.

<sup>60</sup> RB § 35, p. 384.

<sup>61</sup> RB, § 39, p. 411-421.

<sup>62</sup> Pour une reconstitution du développement de cette clause, voir Luigi Labruna, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Camerino, Joveno, 1971, ch. 2, « Vis et tutela interdittale ».

<sup>63</sup> RB, § 42, p. 460.

von körperlichen Seite verletzt oder aufgehoben [wurde]<sup>64</sup> ». En d'autres termes « la forme de l'attaque (*Angriff*) [que le possesseur a subie] doit nécessairement pouvoir être décrite comme "violente"<sup>65</sup> ». Mais quelle est exactement la raison pour laquelle la violence serait ici universellement inique ? Quel est l'objet véritable de l'attaque (*Angriff*) qui doit s'observer dans les faits, comme condition *sine qua non* de la formation des interdits ?

### **À l'abris de la personnalité**

L'« attaque » vise précisément la *personne*. Elle ne viole pourtant ni ses droits, ni son intégrité. Le premier cas donnerait lieu à une *actio in rem*, le second à une action en réparation d'injure. C'est donc moins la *personne* que trouble l'attaque ou qu'attaque le trouble, que le « rapport intime qui s'établit entre la personne et la chose dont elle a la détention<sup>66</sup> ». « Comme Puchta », déclare Savigny, « je dérive la protection de la possession [de ce rapport intime]<sup>67</sup> ». Les interdits protégeraient donc en dernière analyse le « rapport intime » entre une chose sur laquelle le possesseur ne saurait faire valoir strictement aucun droit et une personne supposée molestée quand bien même elle n'aurait pas subi la moindre injure.

Pour tâcher de démêler ces paradoxes, scrutons d'abord d'un peu plus près ce rapport, qui pourrait schématiquement se présenter sous la forme d'un triangle reliant la personne, la volonté et la chose. L'expression *rapport intime* traduit chez Faivre d'Audelage le terme allemand *Verbindung*<sup>68</sup>. Et en effet cette « liaison » s'épanouit sur la scène intime, tout intérieure, de la subjectivité pratique. N'est-il pas alors remarquable de voir apparaître au cœur du droit civil — domaine par excellence de l'*extériorité* des affaires et du caractère *public* de leur encadrement judiciaire — une référence, normativement cruciale, à la vie intérieure ? Alors que toute référence aux

---

<sup>64</sup> RB, Anhang Num 161, p. 707. Il serait intéressant de comparer plus attentivement cette alternative (« verletzt oder aufgehoben ») à la doctrine médiévale du trouble possessoire. Lorsque l'interdit était employé comme action simple, les juristes médiévaux définissaient la preuve du trouble par la conjonction d'une *molestia* et d'un *impedimentum*. Ainsi pour Bartole le trouble « inclut in se molestiam et impedimentum in re », « implique à la fois d'avoir molesté le sujet et d'avoir bloqué la chose » (Bartole, *Consilia* 112, cité par Lucien Masméjean, *La Protection possessoire, op. cit.*, p. 266-268).

<sup>65</sup> Moriya, *op. cit.*, p. 16.

<sup>66</sup> RB, § 6, addition à la 6<sup>e</sup> édition, p. 62 ; tr. fr. Faivre p. 45. Je donne le texte allemand dans la page qui suit.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> La traduction d'Henri Staedler porte quant à elle « connexion intime » (*op. cit.*, p. 39).

sentiments était rejetée du droit de la famille, où l'on aurait pourtant supposé qu'elle trouve sa place la plus appropriée, elle apparaît ici au cœur de l'explication doctrinale des protections prétorienne contre le trouble de la possession. Les lois n'ont peut-être jamais « fait naître aucun sentiment [d'affection ni de confiance]<sup>69</sup> », mais elles protègent ce « rapport intime », apparu par hypothèse entre le sujet et la chose qu'il détient *de facto*. Cette solution sans aucun doute revient à accorder au droit de la possession une place éminemment singulière au sein du système du droit. En plus de constituer par lui-même une énigme dogmatique, abstraction faite de l'ampleur de ses retombées pratiques, au moins potentielles, dans l'Allemagne du *Sattelzeit*, cette institution qui n'en est pas une<sup>70</sup> dépendrait en définitive de l'enchassement des choses dans le rapport de soi à soi du sujet. Elle serait gagée sur une connexion psychique, capable de rendre *intimes* l'un à l'autre la personne du possesseur et l'objet qu'il tient sous son emprise physique.

Avant d'examiner les conséquences exégétiques que Savigny et Puchta vont attacher à l'hypothèse de ce nouage, essayons un instant d'en préciser la physionomie propre. S'il est vrai que cette *Verbindung* implique au moins à titre d'élément une dimension subjective, faut-il en faire un sentiment véritable ? Il y aurait bien une manière d'étayer cette hypothèse, de prime abord saugrenue. Ce serait de se figurer comme les philosophes la possibilité d'un sentiment *a priori*. Souvenons-nous par exemple la façon dont Hegel avait mis en avant la notion d'un *instinct de la raison* ou d'un *sentiment de soi* de l'Esprit<sup>71</sup>. Préservés de la versatilité des affects et des passions proprement dits, de tels instincts et sentiments appartenaient à l'essence même de la raison et de l'esprit. Il est vrai que Savigny ne désigne pas lui-même en termes sentimentaux le *rapport* qu'il place au fondement de la possession. Néanmoins l'idée que la vie intentionnelle du sujet de droit puisse être le théâtre d'une liaison intime avec la chose assujettie (*unterworfen*) même indépendamment de tout fondement légal semble donner quelque fondement à cette analogie. Cette hypothèse ne pousse-t-elle pas à se représenter en effet l'idée d'une sorte d'affect possessoire, dont l'école historique postulerait l'adhérence *a priori* à la personnalité ?

---

<sup>69</sup> *System*, t. 1, § 54, note f, tr. fr. p. 345, à propos des sentiments « d'affection et de confiance » supposés régner au sein des familles.

<sup>70</sup> Elle ne relève strictement ni d'aucun *rapport de droit* ni d'aucun *Rechtsinstitut*, au sens que le *Système du droit romain actuel* donnera à ces termes.

<sup>71</sup> Sur l'instinct de la raison, voir ci-dessus p. 106 ; sur le sentiment de soi de l'esprit, qui s'oppose à son éclatement en une diversité de facultés, voir p. 107.

Il n'est sans doute pas anodin que le modèle d'un sentiment abstrait de ce type ait été formulé pour la première fois à propos de la définition de la personne. Dans une note célèbre aux *Fondements de la métaphysique des mœurs*, qui devait également introduire à sa *Doctrine du droit*, Kant l'avait formulé à propos de la « considération » ou du « respect » (*Achtung*) dont la loi morale, selon son analyse, exige d'entourer chaque être rationnel. Bien que le respect soit un sentiment, écrit Kant,

il n'est pourtant pas un sentiment reçu sous l'effet d'une influence, mais c'est au contraire un sentiment que l'on produit soi-même à travers un concept de la raison, et par conséquent spécifiquement distinct de tous les sentiments du premier type, qui se laissent ramener à l'inclination ou à la crainte<sup>72</sup>.

Bien sûr cette analyse n'est pas de droit positif. Toutefois plusieurs similitudes rapprochent le statut moral que Kant accorde ici au sentiment de respect et la fonction juridique que reçoit chez Savigny la *Verbindung* du possesseur à la chose. En tant que « sentiment moral<sup>73</sup> » du second type, le *respect*, écrit Kant, est la « désignation subjective » de la loi morale<sup>74</sup>. Or le « rapport intime » du détenteur à la chose n'apparaît-il pas lui aussi comme la « désignation subjective » d'un droit sur la chose ? Sans désigner aucun droit réel à proprement parler — car le droit positif assurément n'a pas vocation à discipliner les sentiments — il s'attire la protection extraordinaire du droit civil. Serait-il donc une sorte de « sentiment juridique », formant le corrolaire intime d'un droit réel, tout comme le respect forme le corrolaire sentimental de la moralité ?

À tout le moins la même exception se vérifie dans les deux cas. Dans la perspective formaliste de Kant, les sentiments, composites de désirs ou de craintes, manquent d'ordinaire de toute espèce de pertinence morale. S'ils influencent la volonté, c'est uniquement à la manière d'une pathologie, lorsqu'une causalité naturelle fait basculer l'exercice de la raison pratique de l'autonomie à l'hétéronomie. Seul parmi les sentiments, le respect joue un rôle moral positif. Tout en étant un affect, il accompagne le libre exercice de la raison pratique lorsque celle-ci se détermine à suivre sa propre loi. Cela tient au caractère infus de ce sentiment. Dès lors qu'il

---

<sup>72</sup> Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Première section, op. cit., tr. fr. note 2, p. 70.

<sup>73</sup> « Moralische Gefühl », *Kritik der praktischen Vernunft*, op. cit., p. 104.

<sup>74</sup> *Doctrine de la vertu*, op. cit., § 40, tr. fr. p. 335.

émane de la raison elle-même, son apparition n'implique aucun dévoiement pathologique de l'exercice de la volonté. Il est plutôt le « sentiment de soi » de la volonté libre, la considération qu'elle éprouve en quelque sorte pour sa propre idée, puisque « l'Idée d'une volonté personnelle qui puisse être la nôtre est l'objet véritable du respect<sup>75</sup>. »

Dans la théorie juridique de Savigny, la *Verbindung* qui est au fondement des interdicts possessoires jouit d'un statut tout aussi exceptionnel. En plus de désigner un fait qui est à la fois (*zugleich*) un fait et un droit, elle fonde la protection de ce fait sur un croisement singulier, au moins en apparence, entre le domaine des droits réels et celui des droits personnels. Dans la mesure où leur effet concerne la maîtrise effective d'une chose, les interdicts semblent engager un *jus in re*. Or ils doivent en réalité s'analyser, nous dit Savigny, comme une obligation *ex delicto* fondée sur un droit personnel. À l'inverse, une telle obligation semblerait devoir trouver son propre point d'appui dans l'attaque violente dont la personne a fait l'objet, mais dans ce cas, nous disent les textes, la violence n'a pas besoin d'être strictement avérée, il suffit que la menace d'une violence prochaine ou le simple *empêchement* d'accéder à la chose ait contrarié l'intention subjective « dirigée » vers la jouissance de celle-ci. Chacun des deux domaines juridiques est donc référé à l'autre, comme dans une sorte d'hapax ou de chiasme. Le droit personnel semble interférer sur le droit des biens ; et le droit des biens sur le droit personnel. Bien que le trouble de la possession qui donne lieu à l'interdit soit à la fois une forme de violence et de violation, pour reprendre la distinction sur laquelle nous venons d'insister, l'objet de ces deux aspects est distinct : la *violence* porte moins sur la personne que sur son intention de posséder la chose (ce qui en fait une violence tout à fait singulière) ; mais la *violation* lèse moins le droit sur la chose (dont la maîtrise est pourtant l'enjeu pratique de la matière) que le droit de la personnalité.

Au plan exégétique, une telle solution présente l'avantage de concilier deux exigences antinomiques : d'une part que la possession ne soit qu'un fait indépendant de tout droit de propriété, d'autre part qu'elle fasse malgré cela l'objet d'une protection prétorienne. En insistant sur le fondement personnel de cette protection et en analysant l'interdit comme la réparation d'une violence subie par la personne du possesseur, on dérive bien la protection de la possession d'un autre droit que celui de

---

<sup>75</sup> FMM, *op. cit.*, tr. fr. p. 123.

la possession (préssumé inexistant) ou que celui de la propriété (préssumé distinct). Voilà toute l'importance d'établir que les interdits possessoires, quoiqu'ils concernent en substance les choses et la maîtrise qu'on en a, s'imposent au plan formel « à l'abris de la personnalité ». La personne pose en effet sur le fait possessoire un « couvercle » sous lequel il puisse se tenir à l'abris :

es ist die Persönlichkeit des Besitzers, welche seinen Besitz deckt und schirmt.

c'est la personnalité du possesseur qui couvre et qui abrite sa possession<sup>76</sup>.

Ou encore selon les mots du *Traité*,

der Schutz, den der Besitz genießt, ist ein Schutz der Persönlichkeit.

la protection dont jouit la possession est une protection de la personnalité<sup>77</sup>.

Il faut alors supposer entre la protection de la personnalité, telle que l'aménagement juridiquement l'action en réparation d'injure, et le lien intime qui doit attacher le sujet à la chose, tel que le présente l'interprète romantique, une sorte de capillarité ou de *réflexion*, par où la valeur juridique de la personnalité se transmettrait au fait possessoire, de sorte à « couvrir » le lien naturel et sentimental que cette situation (*Zustand*) suscite entre le possesseur et la chose. Le motif de l'assimilation de la possession à un droit se trouve ainsi :

in der Verbindung jenes factischen Zustandes mit der besitzenden Person, durch deren Unverletzlichkeit er gegen diejenigen Arten der Verletzung mit gedeckt wird, durch welche stets zugleich die Person berührt werden würde.

dans la connexion intime qui existe entre le fait de possession et le possesseur ; le respect dû à la personne de celui-ci réfléchit indirectement sur le fait, qui ainsi se trouve à l'abri des actes de violence, puisque ceux-ci atteindraient toujours en même temps la personne<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Puchta, *Cursus*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>77</sup> RB, § 6, addition à la sixième éd., p. 61-62.

<sup>78</sup> RB § 6, tr. fr. Staedler, *op. cit.*, p. 39.

Il faut donc le truchement de la personnalité pour que les interdits protègent le fait possessoire. L'inviolabilité de celle-ci « se réfléchit » sur celui-là, pour déclencher l'interdit en cas de trouble.

La prise en compte juridique de la possession a donc bien deux présupposés. Il faut d'abord que la possession apparaisse sur la scène « intime » de la personnalité, pour donner lieu à une « connexion » intentionnelle du sujet à la chose ; puis que le caractère inviolable de la personne s'étende à cette connexion, pour assurer au fait possessoire une protection qui ne sera donc pas accordée au titre du droit sur la chose, mais du droit de la personnalité. En ce sens la violence que prend en compte le prêteur, comme seule condition de l'octroi des interdits, ne trouble ni la personne ni son droit sur la chose, mais bien ce rapport intime et original qui, au sein de la *personnalité*, lie la chose à la volonté d'en jouir.

Toute la subtilité du raisonnement réside alors dans la manière de concevoir le lien entre deux figures de la personnalité : la personne dans son intégrité propre, notamment physique, et la personne en tant qu'elle possède. Nous nous représentons bien sûr que ces deux « personnes » s'incarnent dans un seul et même sujet. Pourtant sont-elles exactement identiques ? L'idée que l'inviolabilité de la personne se « réfléchisse » dans le fait possessoire implique qu'elles communiquent, de manière à ce que le lien intentionnel qui attache subjectivement le possesseur à la chose puisse engager la personnalité en tant que telle. Seule cette convergence de la personne et du possesseur peut expliquer que le trouble de la possession soit « toujours » déclaré inique, même lorsqu'il n'y a ni *injuria* sur la personne, ni lésion de ses *jura*. Or c'est bien un certain montage juridique qui préside à cette « convergence ». Au plan doctrinal, les interdits possessoires comblent alors un domaine normatif intermédiaire entre ces deux cas de figure, pour établir une continuité parfaite entre tous les cas possibles d'« attaque » de la personnalité. Si la personne en effet « doit être garantie contre toute violence » et si « la troubler est toujours un tort<sup>79</sup> », ce tort ne doit pas nécessairement porter ni « sur la personne seule » (ce qui donnerait lieu à l'action en réparation d'injure) ni « sur la seule propriété » (ce qui donnerait lieu aux actions qui encadrent le droit de propriété). Car « entre ces deux cas de figure (*in der Mitte zwischen diesen Fällen*) », la perte de la simple possession fait elle aussi figure de « violence » :

---

<sup>79</sup> « Die Person soll schlechthin sicher sein gegen jede Gewalt ; geschieht ihr Gewalt, so ist dieses immer ein Unrecht », RB § 6, p. 55-56 ; tr. Staedler, *op. cit.* p. 39.

Ein selbständiges *Recht* ist in diesem Fall nicht neben der Person verletzt, aber in dem *Zustand* der Person ist doch etwas verändert zu ihrem Nachtheil, und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dieses nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes factischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt hat.

Dans ce cas aucun *droit* ne fait l'objet d'une violation indépendante, séparément de la personne, mais il y a dans la *position* de la personne quelque chose de changé à son préjudice, et le tort qui lui est causé par la violence mérite une réparation complète, que seule peut assurer le rétablissement ou la protection de cet état de fait auquel la violence a porté atteinte<sup>80</sup>.

Par la percée du droit romain des interdits, la jeune science juridique entrevoit donc une *position* (*Zustand*) disjointe de la personne et de la propriété, mais couverte par la première et dirigée sur la seconde. En violentant cette *position* on ne lèse certes aucun droit du sujet, mais on porte tort à sa *personnalité*.

### Arcs

Si l'existence des interdits possessoires « s'explique par l'inviolabilité de la personne *et* par le rapport intime qui s'est établi entre la personne et la chose qu'elle a assujettie<sup>81</sup> », le sens de cette conjonction redéfinit sensiblement l'idée juridique de personne. Elle amène le principe d'une continuité doctrinale entre trois registres procéduraux par ailleurs bien distincts : la défense de l'intégrité physique de la personne ; la défense de son droit sur la chose ; la protection prétorienne de la simple possession. À l'aune du nouveau « concept » de la possession, ces trois segments juridiques apparaissent désormais comme les trois arcs d'un cercle continu, alignés et joints l'un à l'autre pour circonvenir une seule et même « personnalité » et la protéger de toutes parts. Cette construction doctrinale, dont il est clair que l'interprétation des interdits aura formé le point giratoire, déborde manifestement la vieille notion de *persona*, celle dont Hobbes et la tradition classique faisaient un *personnage* sur la scène judiciaire, un point d'imputation de ces *jura* accrochés à l'une ou l'autre

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, tr. Staedler modifiée.

<sup>81</sup> « [Erklärt sich] aus der Unverletzlichkeit der Person und aus der Verbindung, in welche die Person mit einer Sache durch deren Unterwerfung getreten ist », RB, *ibid.* C'est moi qui souligne.

branche de l'arbre des actions de la loi (*arbor actionum*) et dont Hegel critiquait la « rigidité<sup>82</sup> ». À cette notion formelle, l'interprétation de Savigny ajoute un caractère plus proprement subjectif. Ne fallait-il pas en effet procéder à une certaine *subjectivation* de la personne, pour permettre à son caractère juridique de se « réfléchir » sur le sentiment « d'intimité » qu'éveillerait chez le possesseur le simple fait de maîtriser les choses et de vouloir en jouir ? Ici la personnalité ne protège plus seulement l'intégrité du corps propre, mais s'élargit pour envelopper aussi bien la sphère des choses avec lesquelles l'individu se trouve « connecté » *de facto*. Or cet élargissement signe bien l'avènement d'une nouvelle conception juridique de la personne.

C'est ce que révèle l'affinité logique que nous avons remarquée entre l'« intimité » du possesseur avec sa possession et le « sentiment moral » que Kant avait découvert dans le respect. De même que la loi morale engage à respecter la personnalité, la loi civile doit assurer la protection du « rapport intime » dont cette dernière est le théâtre. De même qu'un sentiment n'a d'ordinaire aucune pertinence proprement morale, en droit ni la simple *intention* de posséder ni la simple détention d'une chose n'ont vocation à recevoir de valeur juridique. Ces rapprochements n'ont rien d'une simple analogie. Indépendamment même de l'occurrence du mot de « respect » dans la traduction de Henri Staedler — dont la tonalité kantienne pouvait d'autant moins échapper aux contemporains qu'on l'employait en l'occurrence à propos de l'idée de personnalité — il est frappant de voir que la *Verbindung* qui fonde le droit des interdits fait se chevaucher non seulement deux domaines juridiques distincts (celui du droit réel et celui des droits personnels), mais encore la sphère de la simple subjectivité naturelle et celle, publique, des rapports de droit civil positif. Si « troubler la personne est toujours un tort », cela peut certes se justifier *in abstracto* par une philosophie morale comme celle de Kant, qui oblige en effet catégoriquement à respecter l'idée même de personnalité morale, en soi comme en autrui, ou à traiter celui-ci toujours en même temps comme une fin, et non comme un moyen. Au plan moral en effet la volonté, comme source de toute législation universelle « doit nécessairement, pour cette raison précise, posséder une dignité, c'est-à-dire une valeur inconditionnée, incomparable<sup>83</sup> » que tout être raisonnable se doit impérativement de respecter. Or nous remarquons, dans le *Traité* de Savigny et sa postérité, bien

---

<sup>82</sup> Voir ci-dessus sur le « soi rigide » de la personne juridique, p. 134 seq.

<sup>83</sup> *FMM*, p. 117.

davantage et bien autre chose qu'une simple reprise de cette justification ou qu'une « influence » de la pensée kantienne : nous découvrons son *inscription* au cœur de la jurisprudence positive romaine.

Cette remarque appelle un éclaircissement. Bien sûr la tradition du droit naturel avait déjà présenté la possession comme la « condition subjective » (*subjektive Bedingung*) de la « constitution d'une chose comme mienne<sup>84</sup> ». Les doctrines philosophiques du droit elles aussi l'avaient perçue comme une première manifestation extérieure de la volonté libre<sup>85</sup>. Mais ces analyses restaient précisément de droit naturel ou de droit philosophique. Ou bien elles se projetaient sur un plan d'éternité indifférent à la positivité ou bien elles supposaient une *épuration* rationnelle des normes positives et un tamisage de la jurisprudence qui fasse abstraction des détails réglant l'application concrète du droit<sup>86</sup>. Or le *Traité* de Savigny propose une tout autre opération. En attestant dans les sources romaines cette vision d'un épanouissement de la volonté personnelle, il armait la philosophie d'un « corps textuel » qu'elle n'avait jamais possédé. Soudain la notion philosophique de la personnalité naturelle et la *persona* de la jurisprudence positive se recouvraient pour apporter un nouveau point d'appui à l'ensemble du droit civil : l'idée d'un sujet autonome destiné à la liberté. C'est cette personne qui, dit-on, « se répand successivement sur tout ce qui l'entoure, se l'approprie et se l'assimile, d'abord son instrument immédiat, le corps, puis les diverses choses inoccupées dont elle prend possession<sup>87</sup> ». De manière hautement significative, ces lignes inspirées ne figurent pas dans un ouvrage de philosophie ni de droit naturel — ni d'ailleurs dans un brûlot métaphysique contre la raison instrumentale ou l'*arraisonnement* — mais dans un traité élémentaire de droit civil<sup>88</sup>. Si elles sont bien au départ d'un philosophe, Victor Cousin, elles sont reportées dans un commentaire de pure doctrine positive. N'est-ce pas sur ce plan qu'elles produisent un certain effet ? Je ne saurais ici reconstituer le détail de ces ramifications et de ces emprunts, surtout pour le cas français qui a ses

---

<sup>84</sup> Kant, *RL*, p. 47.

<sup>85</sup> Voir ci-dessus, p. 209.

<sup>86</sup> Comme s'efforce de le montrer ma première partie, les deux branches de cette alternative sont à l'origine des deux attitudes qui continuent de commander l'analyse contemporaine de la normativité : d'une part les théories de la justice, d'orientation philosophico-éthique ; d'autre part l'approche réaliste des institutions, d'orientation socio-économique.

<sup>87</sup> Raymond-Théodore Troplong, *De la prescription. Commentaire au titre XX du livre III du Code civil*, Bruxelles, Méline Cans et Cie, 1843 [1835], Art. 2219, N° 5, p. 3.

<sup>88</sup> Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2 t., 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1915, t. I, p. 694.

spécificités. Mais je crois avoir assez montré le lien du discours philosophique à la production d'énoncés juridiques de ce genre :

L'homme, placé en présence de la matière, a conscience du pouvoir qui lui a été donné sur elle pour satisfaire aux besoins de son être [...]. Quand l'homme porte pour la première fois la main sur un objet sans maître, il s'opère un fait qui, d'individu à individu, a la plus grande portée. La chose ainsi tenue et occupée participe pour ainsi dire de la personnalité de celui qui la tient.

Ces lignes ne sont pas celles d'un philosophe, mais d'un conseiller à la cour de cassation française qui en deviendrait vingt ans plus tard le président<sup>89</sup>. À bien juger les choses, ne rendent-elles pas pourtant indiscernables les provinces de la philosophie et de la jurisprudence, unies pour désigner les choses assujetties comme « le centre des affections<sup>90</sup> » de l'occupant ?

C'est donc bien le droit positif qui de son propre chef assimile et digère la leçon idéaliste. Entre les *droits* de la personne et son *intégrité* physique, entre ses prétentions juridiques et son corps propre, il y aurait place pour l'expression normative d'une tendance naturelle du sujet à se lier aux choses. Sans avoir lui-même statut légal, le sentiment d'intimité juridique qui accompagne cette tendance, attesté dans le droit romain des interdits possessoires, se trouverait au principe intellectuel de l'ensemble du droit privé.

Voilà bien une exception à la règle qui pousse d'ordinaire à dénier toute valeur proprement juridique à des sentiments ou des états psychologiques internes. Rapportée *mutatis mutandis* à la distinction médiévale et judiciaire des deux fors, internes et externes, la figure de cette « intimité » paraît presque un hapax. En matière pénale, on sait que cette distinction institutionnelle avait amené à distinguer entre l'espace de la *conscience*, occulte ou secret, et celui de l'*action*, nécessairement manifeste. Même lorsque le *sigillum confessionis* (secret de la confession) était rompu, autorisant par exception le juge d'enquête à scruter l'espace réservé de la conscience, il s'agissait encore pour le juge de prendre connaissance des fautes du confesseur, c'est-à-dire de ses faits et gestes, « lorsque [ceux-ci avaient] des effets manifestes ou

---

<sup>89</sup> Il est vrai que le même auteur assigne en pratique à l'« épanouissement » célébré par Cousin des bornes certaines, refusant de reconnaître aux domestiques, trop dépourvus « d'esprit industriel », aucune personnalité véritable. Voir Mikhaïl Xifaras, *La Propriété*, *op. cit.*, p. 68-70.

<sup>90</sup> Troplong, *op. cit.*, Art. 2219, n° 9, p. 5.

publics sur la société chrétienne tout entière<sup>91</sup> ». En aucun cas il ne s'agissait pour le juge de s'enquérir des états d'âme ou des pensées proprement privées de l'accusé. Seule peut-être l'hérésie avait invité la pensée juridique à compliquer cette distinction, puisqu'en visant le *factum hereticale* la procédure d'enquête l'avait regardé comme un mélange d'errance dans la foi et de faute dans le comportement<sup>92</sup>. Mais voici qu'à l'autre bout du spectre de la légitimité normative, le droit civil du premier XIX<sup>e</sup> siècle invente un brouillage analogue, en instillant au creux de la personnalité une dimension intentionnelle qui, quand bien même elle ne formerait pas, comme dans l'opinion de Gans, le support *philosophique* du droit privé, attesterait une « dilatation » de la notion juridique de personne suffisante à former le fondement des interdits possessoires.

Brouillant la limite de l'intérieur et de l'extérieur, du naturel et du positif, la position (*Zustand*) du possesseur autorise donc le juriste à invoquer un état « intime » pour expliquer la protection normative d'un *Nichtrecht* (non-droit). Ainsi convient-il de lire le résumé qu'offre Puchta de la solution romantique de l'énigme. Plaçons-nous du point de vue de la *prétention* que fait valoir le possesseur pour réclamer l'interdit possessoire. Alors qu'un propriétaire peut « [prétendre] avoir assujetti la chose d'une manière susceptible de revêtir un caractère juridique propre » (« [behaupten, dass seine] Unterwerfung der Sache sei auf eine mit einem selbständigen rechtlichen Charakter bekleidete Art geschehen<sup>93</sup> »), un possesseur ne peut invoquer aucun droit. Le fait dont il réclame la protection n'est précisément susceptible d'être « habillé » par aucun vêtement juridique de droit réel. C'est un *nudum factum*<sup>94</sup>, un fait nu condamné à tirer à soi la couverture de la personne.

Ich behaupte die factische Herrschaft (...), es bleibt also hier nichts übrig als jene Berufung auf meine Persönlichkeit, und diese ist daher nicht bloss die allgemeine Voraussetzung, sondern der specielle Grund meines Anspruchs. Weil ich Person bin, behaupte ich, muss mein die Sache unterwerfender Wille, der Ausfluß meiner Persönlichkeit, bis auf einen

---

<sup>91</sup> Jacques Chiffolleau, « *Ecclesia de occultis non iudicat* ? L'Église, le secret, l'occulte du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », *Micrologus, Nature, Sciences and Medieval Societies*, « Il segreto nel Medioevo », 2006, 13, p. 359-481, p. 388.

<sup>92</sup> Traitée comme *factum* dans le cadre d'une procédure d'enquête, l'hérésie représente en effet un hybride de croyance et d'acte, d'opinion et de comportement (voir Alain Boureau, *Satan hérétique. Une histoire de la démonologie 1280-1330*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 46).

<sup>93</sup> Puchta, *Cursus*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>94</sup> Probablement par dérivation paronymique à partir du *pactum nudum* (D. 19.5.7.4), on rencontre cette expression dans le *ius commune* médiéval et moderne, par exemple chez Domenico Toschi, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, Rome, 1605, 8 t., t. 3, concl. XIII.

gewissen Grad geachtet, es muss ihm eine rechtliche Existenz zuerkannt werden, die er nicht in sich trägt (denn ich sage noch nicht, dass die Sache mir gehört), aber die er aus dem Recht der Persönlichkeit ableitet.

Je revendique [alors] le fait de dominer [la chose] (...) ; ici il ne reste donc plus rien à invoquer, si ce n'est ma personnalité. Dès lors celle-ci ne forme plus la simple présupposition générale, mais le fondement exprès de ma prétention. Parce que je suis une personne, je demande qu'on ait égard et qu'on attribue une existence juridique à la volonté à laquelle j'assujettis la chose et qui émane de ma personnalité. Non pas certes que ma volonté porte en elle-même ce caractère juridique (car je n'en suis pas encore à dire que la chose m'appartient), mais elle la dérive du droit de la personnalité<sup>95</sup>.

D'une densité remarquable, ces lignes touchent au cœur de l'argument savignien. Que Puchta recoure dans la même phrase à l'idée d'*égard* ou de *respect* (« geachtet ») et à celle d'existence *juridique* (« *Zuerkennung einer rechtlichen Existenz* »), c'est à peine si cette coïncidence appelle un commentaire supplémentaire aux considérations que nous venons déjà d'exposer. En revanche on saisit toute la proximité de l'opinion de Puchta et de celle de Gans : au fond que l'*animus possidendi* dérive sa valeur juridique de la personnalité ou qu'elle constitue elle-même déjà un droit, dans les deux cas on conçoit le fait possessoire comme « couvert » par cet « individu en personne » qui devait devenir le centre « philosophique » du système juridique<sup>96</sup>.

On pourra certes alors demander, en historien des idées, jusqu'à quel point la formulation de cette solution juridique, fondée sur l'idée renouvelée de personnalité, aura elle-même dépendu du formidable effort d'abstraction présupposé par la morale kantienne. Le brouillage que nous avons repéré aurait-il été pensable, si Kant n'avait pas déjà élevé la morale à un degré d'abstraction quasi-juridique ? Non seulement le respect, nous l'avons vu, devenait chez Kant un « sentiment moral » fondé sur un concept universel de la raison, mais c'est la nature humaine elle-même qui était éclipsée, de sorte que le respect puisse s'attacher non pas à « l'homme » mais à « tout être rationnel » et que la morale soit « débarrassée de tout ce qui ne peut être qu'empirique et qui appartient à l'anthropologie<sup>97</sup> ». Par ce tour abstrait la « conceptualité » kantienne témoignait d'avance d'une indéniable affinité avec la tradition civiliste occidentale — laquelle en effet ne s'était jamais occupé

---

<sup>95</sup> Puchta, *op. cit.*, p. 136.

<sup>96</sup> C'est d'ailleurs l'avis de Jhering qui minimise de ce point de vue la différence entre la position de Gans et celle de Puchta (*Über der Grund des Besitzschutzes*, *op. cit.*, p. 29).

<sup>97</sup> FMM, préface, *op. cit.* tr. fr. p. 53.

véritablement des *hommes* (*homines – Mensch*) qu'en matière d'hommage vassalique (*hominium – Mannschaft*), ne connaissant par ailleurs que des titulaires de droits et de statuts<sup>98</sup>. Il est alors vraisemblable que cette affinité ait facilité en retour l'appropriation des idées kantienne par les juristes de l'école historique. En un mot le caractère abstrait de la morale kantienne la rendait disponible à son insertion dans le registre jurisprudentiel.

Mais quoiqu'il en soit des préconditions intellectuelles de ce télescopage, l'essentiel encore une fois n'est pas là. Seules importent ses répercussions proprement normatives, que la pensée kantienne n'aurait jamais par elle-même suffi à entraîner. Ces conséquences se présentent d'abord au plan pratique. Nous avons déjà annoncé la teneur générale des retombées potentielles de l'analyse de Savigny, depuis l'émancipation des paysans jusqu'à la *Bodenmobilisierung*. Qu'il me suffise de présenter à grands traits, car il est bien connu, le motif de la connexion entre la thèse centrale du *Traité* et la mise en œuvre de ces innovations juridiques. La réduction de la possession à un *fait* et son identification à la détention remettait immédiatement en cause la tripartition d'origine médiévale entre la propriété, les *jura in re aliena* et la possession. En effet, la doctrine médiévale, qui fut ensuite reçue dans le droit allemand, avait associé la possession aux divisions du droit de propriété, en identifiant le *dominus directus* au détenteur d'une *possessio civilis* et le *dominus utiliter* au détenteur d'une *possessio naturalis*<sup>99</sup>. Tout détenteur d'un *jus in re aliena* — cela comprenait l'ensemble des « *vassalus et similes*<sup>100</sup> », emphytéotes et vassaux, qui avaient le domaine utile — était donc déclaré possesseur naturel. C'était bien le motif qui poussait Placentin à distinguer les différentes possessions en fonction de leur « dignité » et de leur « élégance » : la possession naturelle du vassal, de l'emphytéote ou de l'usufruitier n'était pas supposée présenter le caractère juridique de la possession civile. Or en réduisant universellement la possession à un fait et en dérivant sa promotion juridique du seul *animus possidendi* et sa protection du seul droit de la personnalité — car on suppose que la personne du possesseur subit un tort

---

<sup>98</sup> Une autre manière d'envisager ces circulations serait de se demander si la morale kantienne n'aurait pas simplement extrapolé le penchant abstrait de la pensée juridique postclassique, pour parfaire le dépouillement de l'individu jusqu'à hypostasier un « être rationnel » débarrassé non seulement de sa nature humaine mais encore de ses droits positifs et de son statut, auquel resterait néanmoins en partage une dignité : celle-là même, purement résiduelle, qui commande le respect. Sur l'abstraction dans la pensée juridique postclassique, voir Friedrich Schutz, *op. cit.*

<sup>99</sup> Gl. Ex contrario à D. 41. 2. 3. 5, citée par Kriechebaum, *Actio, ius und dominium, op. cit.*, p. 338.

<sup>100</sup> *Ibid.*

lorsqu'on la trouble dans sa possession — Savigny brise cette distinction. Alors le fait possessoire est réduit en général à un simple « dénominateur commun » de la propriété et des *jura in re aliena*. Si le propriétaire possède la chose qui est la sienne, c'est ce même droit qu'il transmet à autrui, lorsqu'il en fait son vassal, son emphytéote, *etc.* : « le propriétaire a le droit de posséder, droit qu'a également celui auquel il l'accorde<sup>101</sup> ». Du point de vue du droit réel, voilà qui enlève bien toute espèce de caractère discriminant à la possession. Du même coup les *dominia diversa*, c'est-à-dire l'ensemble des divisions de la propriété, étaient rapportées au concept absolu de la propriété, de manière à « abolir (*abschaffen*) les relations graduelles, procéduralement entrelacées, entre plusieurs droits réels<sup>102</sup>. » C'était la destruction intellectuelle de l'idée de domaine divisé.

Voilà toute l'arrière-cuisine technique de l'entrée jurisprudentielle de l'Allemagne dans la modernité. Pour libérer la terre et émanciper les hommes, il ne suffisait pas d'avoir proclamé dans le droit naturel l'idée d'un « individualisme possessif » — pour reprendre une étiquette philosophique célèbre<sup>103</sup>. Il aura fallu en outre cet immense labeur de requalification conceptuelle, dont le droit romain des interdits possessoires aura fourni le champ de bataille exégétique. Or ce labeur ne devait pas seulement avoir les retombées pratiques qu'on a dites : il allait également redéfinir le style scientifique de la pensée juridique. C'est ce dernier point que je voudrais mettre en lumière pour finir.

### **Le parti-pris des choses**

Il n'est pas de meilleur point de vue pour observer ce glissement que de revenir aux raisons qui devaient rendre « pénible » aux juristes de la nouvelle école de suivre l'interprétation scolastique des sources de droit justinien sur lesquelles eux aussi se penchaient pour mettre en place leur refondation du droit civil. J'ai déjà indiqué l'expression obvie de cet antagonisme dans les écrits de Savigny et de Bruns, qui ne semblaient pas avoir de mot assez fort pour dénoncer l'ineptie des conceptions des glossateurs et des commentateurs médiévaux du *ius civile* en la matière. Tâchons

---

<sup>101</sup> « Der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen, dasselbe Recht hat der, welchem der Eigenthümer den Besitz verstattet » RB, § 1, p. 27, tr. Faivre p. 3, cité par Kenichi Moriya, dont je suis ici l'analyse.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>103</sup> Voir Étienne Balibar, « L'individualisme possessif en question », *op. cit.*

maintenant de cerner l'origine et le sens d'une telle animadversion, puisque nous sommes désormais en mesure de confronter les résultats des deux versants, médiéval et moderne, de notre enquête sur le traitement doctrinal du fait possessoire.

Pour prévenir tout malentendu, ajoutons cependant, par incise, une précision préliminaire à cette analyse. D'abord, si cette confrontation conduit à mettre en regard l'une de l'autre des constructions doctrinales apparues à près de six cents ans de distance et dans des contextes géo-historiques bien évidemment distincts, qu'on n'y voie pas une fantaisie qui serait de mon fait. D'abord la remarquable stabilité dans le temps des formes juridiques autorise et même invite leur observateur à de tels bonds dans le temps, à plus forte raison lorsque ces formes sont attachées à des textes monumentalisés, transmis à travers les âges sous une forme à peu près constante, comme le furent les sources justiniennes qui forment le support commun et sacralisé des « lectures » qui nous occupent ici. Ensuite, le degré d'abstraction auquel nous nous plaçons estompe mécaniquement, sans jamais pourtant l'annuler, l'ancrage des catégories que nous étudions dans des contextes particuliers<sup>104</sup>. Enfin souvenons-nous que le Moyen Âge était foncièrement le « présent » des juristes allemands du *Zettelzeit*. Résolus à entrer à pas de loup dans la modernité, ceux-ci se trouvaient tout naturellement conduits à écarter certaines conceptions dont l'origine remontait essentiellement au *ius commune*, « reçu » en Allemagne à l'époque moderne<sup>105</sup>. C'est pourquoi le *Traité* de Savigny ne manque pas de se référer aux opinions des scolastiques : c'est de manière immédiate que celles-ci se dressaient sur le chemin de ses propres analyses.

Pourquoi donc les idées des glossateurs et de leurs continuateurs, en particulier la classification des espèces de possession et la *traditio ficta*, ont-elles paru si bornées aux juristes de l'école historique ? Au plan dogmatique le contraste ne saurait être plus évident. Considérons par exemple l'idée médiévale selon laquelle la possession est susceptible, selon le cas envisagé, de posséder plus ou moins de fait (*plurimum facti vel plurimum iuris*). D'abord cette affirmation permettait d'enrôler la possession dans le morcellement théorique de la propriété, en réservant la possession « la plus » civile au propriétaire et la possession « la plus » naturelle au détenteur d'un *jus in re aliena*. Elle contrariait donc l'ambition qui soutenait le programme pratique

---

<sup>104</sup> Les travaux de Jacques Chiffolleau mais aussi de Paolo Napoli ont assez montré la possibilité et surtout l'intérêt d'étudier au point de vue proprement historique ce lien des catégories juridiques au contexte de leur émergence et de leur mise en jeu.

<sup>105</sup> Sur la *Rezeption* voir plus haut, note 3 p. 161.

de l'école historique. Mais elle entraînait également un problème formel, car l'hypothèse même d'une variation casuistique du caractère juridique de la possession ne pouvait manquer de saper tout projet d'en établir le *concept*. De même qu'en physique la distinction aristotélicienne du monde lunaire et du monde sublunaire empêchait de dégager aucune notion uniforme de l'espace ni aucune règle universelle de la dynamique, de même la classification graduelle des espèces de possessions faisait obstacle à la tentative d'unifier la définition de celle-ci. Aussi Savigny s'est-il directement heurté à cette doctrine. En situant notamment dans la *volonté* le principe générique de « l'élévation » de la détention au plan juridique, en affirmant que la volonté « déterminait » matériellement le *concept* de la possession, il devait rejeter toute distinction entre l'intention de posséder et l'intention de se comporter en propriétaire<sup>106</sup>. Or comment maintenir dans ces conditions la figure d'une possession « sans élégance », comme celle que les scolastiques reconnaissaient au vassal ou à l'emphytéote ? Sous de telles prémisses, cette notion perdait nécessairement toute teneur juridique.

On comprend dès lors que les interprétations scolastiques aient pu paraître « bornées » ou « insignifiantes » à Savigny et à ses disciples. À tous ces égards l'analyse scolastique avait un point de départ et une orientation tout simplement inverses. Aussi Georg Bruns démonte-t-il tour à tour les pièces de la doctrine scolastique de la possession. Les glossateurs avaient-ils rapporté la différence de la possession civile et de la possession naturelle à une classification graduelle des formes de possession ? Aussitôt Bruns dénonce le *kitsch* de l'analyse :

Am auffallendsten und anschaulichsten tritt aber die Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Glossatoren in der Auffassung allgemeiner Begriffe bei der Frage über Civil- und Naturalbesitz hervor.

Les glossateurs donnent la preuve la plus éclatante de leur étroitesse et de leur raideur par les concepts généraux qu'ils emploient pour régler l'articulation de la possession naturelle et de la possession civile<sup>107</sup>.

Ou bien les scolastiques plaçaient-ils l'origine de la possession dans l'insistance ou la pesanteur du corps, à la manière de Balde qui comparait les pieds au socle d'une colonne ou encore des miniaturistes qui présentaient le possesseur en train

---

<sup>106</sup> Voir ci-dessus, note 31 p. 279.

<sup>107</sup> *Recht des Besitzes im Mittelalter, op. cit.*, p. 104.

« d'insister » sur le champ par son labour ? Avaient-ils encadré les autres cas de prise de possession à partir d'une série d'équivalences interprétatives et fictionnelles conçues par dilatation de ce paradigme ? Il n'en faut pas plus à Bruns pour blâmer Placentin et Bassien d'avoir partagé cette manière de voir :

Beide gehen von dem sonderbar engen Gesichtspunkte aus, daß der etymologischen Bedeutung des Wortes *possessio* zufolge natürlicher Weise nur der Besitzer sei, der ganz unmittelbar körperlich oder physisch die Sache detinire, jede anderweitige Annahme eines Besitzes dagegen, also jeder Besitz *solo animo*, nur durch juristische Fiction begründet werden könne<sup>108</sup>.

L'un et l'autre partent de l'idée singulièrement étroite, selon laquelle la possession ne serait naturellement reconnue, d'après la signification étymologique du mot *possessio*, qu'à celui qui détient la chose de manière immédiatement corporelle et physique, et que seule une fiction juridique permettrait de fonder d'une autre manière, c'est-à-dire *solo animo*, la prise de possession.

Quant au fond, ce portrait de la pensée juridique médiévale ne manque certes pas de justesse. L'étude de la conception scolastique de la *traditio ficta* nous a montré ici-même la préférence des glossateurs pour la description physique des faits, parfois symbolisée par l'invocation d'une continuité de l'usage des cinq sens<sup>109</sup>. L'étymologie de Labéon, qui dérivait le mot de *possessio* de la position des pieds (ou du siège) n'avait pas été reproduite par hasard d'une glose et d'un commentaire à l'autre : elle servait bien d'emblème théorique à ce parti-pris des choses si typique en effet de la pensée juridique médiévale. Seule cette orientation expliquait la nécessité où les juristes médiévaux s'étaient trouvés de faire intervenir une *fictio legis* pour expliquer des cas où l'intervention du corps faisait manifestement défaut à l'appréhension (*apprehensio*) d'une marchandise. Il fallait alors que la loi se substitue « mystérieusement » à la réalité, pour suppléer à cet écart avec le paradigme de l'emprise physique ou de la prise en main. En se figurant un *imperium legis* capable de faire en sorte que l'acte de l'un ait été celui de l'autre, comme lorsque l'acte de celui qui cède la nue-propriété d'un fonds dont il retient l'usufruit, tient lieu d'acte d'appréhension pour l'acquérant. Ici l'*animus* n'apparaissait jamais que comme l'une

---

<sup>108</sup> Bruns, *ibid.*, p. 107.

<sup>109</sup> Voir ci-dessus, p. 243.

des conditions factuelles de l'acquisition, de la perte ou de la conservation de la propriété ou de la possession, sans recevoir aucun relief théorique particulier.

En cela l'exposé de Bruns se montre fidèle au contenu de la conception médiévale, à ceci près qu'il la *juge*, et ceci pour le moins sévèrement. Certes Bruns cantonne ses remontrances au « point de vue théorique » (*theoretischen Standpunkt*), estimant « plus satisfaisante » (*befriedigender*) la compréhension médiévale « des principes pratiques de l'application de la possession<sup>110</sup> ». Mais cette opposition de la théorie et de la pratique n'était-elle pas elle-même une pièce du malentendu ? La préoccupation proprement « théorique » au contraire semblait signer le style propre de la nouvelle *science* du droit. Cela est si vrai que la sévérité de ses jugements varie en proportion exacte de l'importance théorique que reçoivent les points controversés pour l'édification du nouveau système du droit des biens.

Pour bien comprendre ce point, il faut revenir à la démarche critique dont le *Traité* de 1803 avait lui-même donné l'exemple. De tous les aspects du traitement scolastique de la possession, nul n'a suscité de rejet plus énergique que la doctrine de la possession dérivée, *abgeleitete Besitz* ou *possessio ficta, interpretativa et impropria* que Savigny réfère à « nos juristes » (*unsere Juristen*) et qu'il critique dès les premières lignes de l'exposé du *concept de la possession*<sup>111</sup>. Mais le vrai foyer du conflit se trouve dans la deuxième partie du *Traité*, consacrée à l'acquisition de la possession. Savigny y écarte non pas l'idée d'une *possessio ficta* en général mais celle, concomitante, de *traditio ficta*<sup>112</sup>.

En droit civil médiéval la *traditio ficta* cristallisait l'approche doctrinale qui consistait à admettre une *fictio legis* en matière d'acquisition de la possession. Nous avons vu qu'elle reflétait toute une représentation de l'*imperium legis*, c'est-à-dire d'une capacité d'intervention du droit dans le réel. Or ce recours à la fiction était intimement lié au paradigme corporel de l'*apprehensio corpore*. La définition restreinte de ce *factum* obligeait alors à revêtir certaines formes d'appréhension d'un caractère *fictif*, pour permettre de concevoir la perfection d'un acte de transfert de propriété, même là où le corps ne prenait pas véritablement (*vere et proprie*) la chose

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 104. On trouve une ambivalence analogue dans le jugement général que Savigny porte sur les glossateurs, qui comme gardiens des sources romaines et comme avant-courriers de l'approche scientifique méritent des éloges.

<sup>111</sup> RB, § 5, p. 45, note 2.

<sup>112</sup> Cette analyse se déploie sur quatre paragraphes (p. 205-242). Le § 14 pose le problème ; les § 15 à 17 examinent pas à pas les cas romains qu'il recouvre en matière de meubles et d'immeubles, de manière à prouver la solution exposée au § 18, intitulé « définition plus exacte de l'appréhension »).

en main. Une telle analyse avait une conséquence immédiatement néfaste pour la théorie de Savigny. Elle impliquait en effet de concevoir que le droit vienne « habiller » un acte d'*apprehensio corpore*, de manière à « venir en aide » aux faits. Or comment concilier une telle conception avec la thèse centrale du *Traité*, selon laquelle la seule protection que peut recevoir la possession dérive d'une « connexion intime » entre le sujet personnel et la chose dont on l'a expulsé ou dont on lui refuse l'accès ? Ici les scolastiques semblaient envisager que le droit porte secours aux faits, d'une manière totalement indépendante de la *personnalité*. Au contraire chez Savigny comme chez Puchta, la protection juridique de la possession passait nécessairement par le « truchement » de la personne, qu'on supposait « violentée » par le trouble de sa possession, y compris en l'absence de toute *injuria* et de toute « violation » de ses droits réels. Au-delà de la discipline particulière du transfert de la propriété, on conçoit sans peine que la question ait donc pu revêtir aux yeux de Savigny un enjeu considérable. « Qu'il soit important pour la théorie de répondre à cette question, voilà qui n'exige aucune explication<sup>113</sup> ». Je la donnerai tout de même : en situant l'origine de l'élévation juridique de la possession en dehors de l'*iniquité* de la violence portée contre la personne et de la « connexion intime » de cette-dernière à la chose qu'elle possède, la doctrine médiévale de la tradition feinte déparait le montage de Savigny.

Ainsi s'explique l'insistance de Savigny à prononcer « l'*Aufhebung*<sup>114</sup> » (le dépassement) de toutes les *fictae apprehensiones*. Voyons quels déplacements exégétiques auront assuré cette relève — sans jamais oublier que l'opération de Savigny ici comme ailleurs se construit par touches et retouches successives, plutôt que par subsomption péremptoire. D'un premier côté il remet en cause l'acception à ses yeux restrictives — aux miens réalistes — que les scolastiques avaient donné du *factum apprehensionis*. Certes,

Wer ein Stück Geld in der Hand hält, ist Besitzer derselben, daran ist kein Zweifel : und von diesem und andern ähnlichen Fällen wurde eben der Begriff einer körperlichen Berührung überhaupt abstrahirt [...]. Aber es liegt in jenem Fall noch etwas anderes, was nur zufällig mit dieser körperlichen Berührung verbunden ist : nämlich die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschliessen.

---

<sup>113</sup> RB § 14, p. 208.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 210 ; tr. Faivre, p. 214.

celui qui tient dans sa main une pièce de monnaie en est sans aucun doute possesseur, et c'est justement de ce cas et d'autres semblables qu'on a déduit l'idée d'un contact corporel [...]. Mais dans ce cas, il y a encore quelque autre chose qui ne se trouve joint qu'accidentellement à ce contact corporel : c'est la possibilité physique d'agir immédiatement sur la chose et d'en écarter toute action étrangère<sup>115</sup>.

Le fait de l'appréhension se dédouble donc en fait actuel et potentiel. Que le lien du factuel au possible soit ici « accidentel » détermine dès lors le nerf de l'argument. Dans le cas basique, les deux coïncident : en tenant la pièce dans la main, la possibilité de la maîtrise recouvre la maîtrise réelle. Or à tous les cas qui avaient poussé les glossateurs et les commentateurs médiévaux à introduire une interprétation ou une fiction, pour étendre l'*actus corporalis* de l'emprise au simple contact, à la déambulation ou à la prise en vue, on peut faire correspondre une simple appréhension possible et sans contact, de sorte que « celui qui peut, à chaque instant, mettre la main sur quelque chose qui est devant lui, en est, sans aucun doute, maître aussi souverain (*eben so unumschränkter Herr*) que celui qui l'appréhende effectivement<sup>116</sup> ». Une fois acquis à cette manière de voir, on peut enfin conclure à l'inutilité d'introduire une *fictio legis* dans les faits d'appréhension qui n'impliquent aucune emprise directe. Ainsi le fait d'avoir reçu la clé du grenier qui contient les marchandises, s'il est matériellement distinct de celui d'avoir appréhendé les marchandises elles-mêmes, donnent bien la *possibilité* matérielle de s'en saisir. En ceci, la tradition des clés équivaut immédiatement à la tradition de la chose, sans besoin d'aucun de ces détours compliqués, par lesquels nous avons suivi les glossateurs et les commentateurs médiévaux.

Mais à *qui* la possibilité de s'emparer des choses est-elle offerte ? Examinons de plus près la prémisse du raisonnement. Le passage du fait actuel au fait virtuel élargit la conception non pas tellement de l'acte physique de l'appréhension, que la représentation du lien qui attache cet acte lui-même à l'acteur. Si le fait est possible, cette possibilité a elle-même un détenteur : celui à *qui* il est possible d'agir. En d'autres termes pour décrire la *possibilité* du fait comme une partie du fait lui-même, il faut bien avoir déjà adopté le point de vue de « l'individu en personne ». La possibilité de s'emparer de la chose *lui* appartient, nous pourrions dire qu'elle l'équipe. Là où les médiévaux imaginaient que le droit se porte au secours des faits

---

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

eux-mêmes, conçus comme des événements du monde physique, Savigny entrevoit plutôt leur psychologisation, si l'on peut-dire, c'est-à-dire leur rapatriement interprétatif dans la sphère de la *conscience*. Un fait n'est pas un événement du monde physique, c'est une possibilité qui s'offre au sujet. Comme telle, elle n'existe avant tout que comme objet de sa représentation, et c'est pourquoi le « concept d'action » n'est « pleinement déterminé » qu'en tant que « *conscience* d'une maîtrise physique<sup>117</sup> » (*Bewusstsein physischer Herrschaft*).

Es muss nämlich die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, von dem, welcher den Besitz erwerben will, unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können.

Il faut que la possibilité d'agir à sa volonté sur la chose puisse être considérée, de la part de celui qui veut acquérir la possession, comme une possibilité immédiate, actuelle<sup>118</sup>.

N'est-il pas remarquable que la volonté, l'*animus possidendi*, refasse surface au cœur même de l'analyse de la l'appréhension corporelle dont le droit justinien faisait l'une des deux conditions de l'acquisition de la possession ? En identifiant le fait matériel à une possibilité, on autorise du même coup sa requalification par la volonté. Objet de la conscience, la possibilité de s'emparer de la chose revêt elle-même un caractère intentionnel.

Assurément une telle description ne pouvait s'insérer qu'avec facilité dans le cadre plus général d'une promotion systématique de la notion de personnalité promue par Savigny. Non seulement le droit des interdits possessoires révèle l'attachement de la *personne* du possesseur à la chose, par une « connexion » que la « situation » (*Zustand*) possessoire suffit à établir entre la volonté du possesseur et la chose, mais le fait même d'avoir la maîtrise matérielle de celle-ci se ramène à une simple possibilité offerte à la *conscience* du possesseur. À tous les points de vue la protection juridique de la possession pouvait s'analyser comme une protection de la personne et de sa volonté de maîtrise, dont émanait les deux conditions de son acquisition : non seulement l'*animus possidendi* proprement dit, mais encore le *factum*, lui-même réduit à un objet intentionnel et à un horizon d'action subjectif.

---

<sup>117</sup> RB § 18, p. 238 ; tr. Faivre p. 249.

<sup>118</sup> *Ibid.* Voir encore cette autre formulation : « Es berührt nämlich aller Besitz einer Sache auf dem Bewusstsein physischer Herrschaft » ; « Toute possession d'une chose repose sur la conscience de sa maîtrise physique », *ibid.*

Pour parachever la démonstration, il ne restait plus qu'à étendre à la possession en général la dissolution doctrinale des cas de fiction relatifs à la tradition, en présentant les cas traditionnellement assimilés à des cas de *possessio ficta* comme des *exceptions* à la règle de l'identification générale de la possession à un simple fait. Pour autant que le droit justinien ait reconnu quelques cas « où il est nécessaire de concéder les droits de la possession, là où le fait n'existe pas, ou de les refuser, là où il existe<sup>119</sup> », de tels cas de figure ne doivent pas mettre en péril l'unité théorique du concept de possession. Cela ferait tomber dans l'erreur des scolastiques, qui fut de « confondre les aspects intellectuel, physique et juridique de la possession<sup>120</sup> ». Au contraire pour garantir l'unité du concept de possession, il faut admettre un certain nombre d'*exceptions* à la règle générale, afin d'établir une distinction nette entre « l'idée mère » ou « primitive » (*ursprünglich*) de la possession et les « modifications positives » dont elle fait l'objet<sup>121</sup>. On perçoit bien le forçage interprétatif auquel recourt ici Savigny. Pour écarter la considération des cas romains qui semblent contredire la valeur générale de son analyse, il pose à sa convenance la distinction « entre les cas qui tombent sous l'empire de la règle, et ceux qui s'en écartent<sup>122</sup> ». Ainsi travaille le manutentionnaire des *leges*. Là où les prétendues « confusions » médiévales avaient précisément le mérite de dispenser de concevoir aucune exception à propos des cas de *possessio ficta* — puisque rien n'empêchait de porter le droit au secours du réel — Savigny rejette à plus tard l'examen des « modifications » de « l'idée-mère<sup>123</sup> » que sa doctrine se propose de mettre en avant<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> RB, § 5, p. 45 ; tr. Faivre p. 25.

<sup>120</sup> C. G. Bruns, *op. cit.*, p. 104.

<sup>121</sup> RB, § 5, *ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> C'est pourquoi la *traditio ficta* n'est critiquée qu'au § 18 du *Traité*, alors que « l'idée primitive » de la possession est exposée dès le § 5. Comme l'avait annoncé Savigny « nous placerons chacune de ces modifications positives [de la règle] en son lieu, c'est-à-dire après la règle à laquelle elle fait exception » (RB, § 5, *ibid.*).

<sup>124</sup> Un forçage similaire réside évidemment dans l'interprétation que Savigny propose des interdits possessoires. Seule la sanctuarisation idéalisante de l'individu permettait d'imaginer que l'interdit protégeait la « personne » contre la violence qui lui serait faite à travers le trouble de sa possession. Les interdits protègent bien plutôt une violence contre une autre, au sens où ces « expédients » visent à « maintenir en place un ordre qui tient en la formule suivante : la dernière violence a moins de titre à faire valoir que celle qui précède » (Yan Thomas, « Réparer le temps », *op. cit.*, p. 188).

## Philosophie

En réalité les aspects médiévaux rejetés par Savigny lui-même ou par Bruns après lui apparaissent avant tout comme des éléments *récalcitrants* à la réorganisation systématique du droit privé autour de « l'individu en personne ». Le tort véritable des gradations de la possession comme de la *traditio ficta* était d'empêcher de dériver la protection de la possession d'un droit de la personnalité « réfléchi » dans le droit des biens. Elles barraient la route à la reconnaissance juridique de cette connexion intime entre le possesseur et la chose, que le jusnaturalisme classique avait certes formulé *in abstracto* ou auquel les philosophies du droit avaient apporté un certain raffinement idéal, mais qui n'avait jamais pénétré le domaine positif de la jurisprudence de droit civil. Désormais le droit romain de la possession corrobore au contraire la destination de la volonté subjective, « émanation » (*Ausfluß*) de la personnalité, à assujettir les choses ou se les soumettre (*unterwerfen*<sup>125</sup>). Il n'y avait pas besoin d'autre point de départ pour repenser l'ensemble du droit privé, en lui assignant la tâche « d'élargir la puissance de la personne titulaire de droit vers l'extérieur, par-delà les frontières naturelles qui bornent son essence<sup>126</sup> ».

Mais l'acclimatation proprement jurisprudentielle de ce principe n'était pas sans contreparties. Elle aura supposé de condamner non pas tel ou tel point de droit présent dans le *ius commune* — au contraire les lois romaines continuent de former la matrice normative du *système du droit actuel* — mais le style même de la pensée juridique médiévale. Lorsque les juristes de l'école historique, armés de leur nouvelle visée systématique, faisaient grief aux glossateurs de la raideur de leur fidélité à l'étymologie de Labéon et l'imputaient à leur soumission excessive à la lettre des textes romains<sup>127</sup>, ce n'est pas tant leurs *concepts* et leurs *définitions* qu'ils rejetaient : c'était plus profondément le style casuistique que leur pensée avaient repris, en partie tout au moins, des sources byzantines de la jurisprudence romaine. N'est-ce pas la

---

<sup>125</sup> Puchta, *op. cit.*, p. 136, voir plus haut p. 297.

<sup>126</sup> À travers les obligations et les droits réels « wird die Macht der berechtigten Person nach aussen, über die natürlichen Grenzen ihres Wesens hin, erweitert » (*System*, éd. 1840, t. 1, *op. cit.*, p. 339).

<sup>127</sup> Ce reproche ne manque pas d'une certaine ironie, si l'on songe à l'importance littéralement sotériologique qu'accordait Jason de Mayno à ne pas tomber dans l'erreur du juriste qui « parcourt de l'extérieur l'enveloppe des mots et manque leur sens intérieur (*pro eo qui circuit exterius corticem verborum et sensum interiorem dimittit*) » « comme le font les Juifs perfides qu'on voit s'attacher à l'enveloppe de la lettre de la loi divine et pour cette raison vont à la damnation (*sicut faciunt perfidi iudei qui observate inherent cortici verborum legis divine et propterea in damnationem pergunt*) ». Jason de Mayno, *In prima, secunda, tertia et quarta partem Codicis*, 1449, ad l. non dubium, C. 1.17.5. (Rome, Biblioteca Casanatense, Inc. 149).

raison pour laquelle Bruns n'arrivait qu'à grand peine à « rentrer dans la pensée » (*hineindenken*) des civilistes médiévaux ou que Savigny ne parvenait pas même à en faire sens ? Ce n'est pas que les scolastiques avaient une *autre théorie*, c'est qu'ils n'en avaient pas, ou du moins qu'elle participait d'un style de pensée si différent, que son sens ne pouvait plus apparaître que sous une forme énigmatique aux modernes qui en avaient adopté un nouveau.

Derrière les analyses médiévales il y avait moins peut-être des « conceptions », par hypothèse indexables sur une métaphysique, qu'une certaine *pratique* de l'exégèse, fondée sur tout un jeu de rapprochements intertextuels, d'allégations et d'interprétations, où en effet le « Texte » faisait l'objet d'un certain *maniement*. Quel sens philosophique ou conceptuel est-il permis par exemple de donner à l'idée d'un *imperium legis* avancée par Placentin ? Faut-il tâcher d'y voir l'influence d'une ontologie thomiste ou scottiste ? Ou cette question n'est-elle pas plutôt le reflet d'une obsession que nous n'avons nous-mêmes contractée que sous l'influence récente des idées nouvelles ? Nous avons déjà indiqué l'artifice des entreprises historiographiques qui cherchent à toute force à situer dans la philosophie les principes des jurisprudences anciennes, médiévales ou modernes. Autant nous avons vu en détail toutes les raisons qui justifiaient cette recherche dans le cas d'une pensée juridique répondant, comme celle de Savigny, à une ambition elle-même fortement teintée de philosophie idéaliste ; autant cette recherche perd toute raison d'être et toute légitimité, lorsqu'on la transpose à des jurisprudences dont le caractère au contraire profondément autonome est tel que leur style, tout en procédant de considérations presque exclusivement pratiques et techniques, revendique le monopole de la *vera philosophia*.

La pensée juridique aura donc payé un certain prix, pour pouvoir se réorganiser autour d'un centre idéal dérivé de la philosophie. Elle y aura gagné le nom de *science* et l'apparence d'un *système*, mais cela l'aura rivée à une forme de pensée non moins « rigide » peut-être que les idées courtes que Savigny avait reprochées à Placentin, Azon ou Jean Bassien. Pour mesurer la force de cette contrepartie, il suffit de retourner contre l'école historique l'attaque qu'elle aura portée contre la doctrine médiévale. En nous situant sur le terrain propre de la jurisprudence, au plus près de sa dimension exégétique et technique, cette approche nous permet mieux qu'aucune autre de tenir à bonne distance le présupposé idéaliste, hélas encore commun dans les cercles philosophiques, qui pousse à se figurer que les idées se diffusent

*naturellement* dans le monde, en particulier dans la sphère des affaires judiciaires dont le droit est le langage. Au contraire nous avons vu l'opération spécifique que Savigny aura dû mettre en place pour transcrire les principes idéalistes kantien de l'autonomie de la volonté et de la personnalité dans le domaine de la jurisprudence. Cette opération ne repose pas uniquement sur des « idées » nouvelles, toutes prêtes à être rangées dans un nouveau chapitre de l'histoire des idées juridiques. Elle indique un réaménagement plus complexe des rapports de l'*ars juris* à l'idéalisme philosophique, qui jette en retour une lumière précieuse sur l'ensemble du programme normatif de l'école historique.

Examinons la présence des textes médiévaux au sein même du *Traité*. Au cœur même de la première section, consacrée à poser le nouveau concept de possession ; juste après le paragraphe 9, qui fait de la volonté « l'idée matérielle (*materieller Begriff*) de la possession<sup>128</sup> », le paragraphe 10 nous projette dans l'« histoire littéraire du concept ». C'est donc au titre de l'histoire littéraire que Savigny proclame « l'insignifiance » des idées scolastiques :

Die Definitionen des Besitzes überhaupt, die sich in grosser Anzahl finden, und vorüber sehr viel gestritten worden ist, sind völlig unbedeutend.

Les définitions de la possession en général, que l'on trouve en grand nombre, et sur lesquelles on a beaucoup disputé, sont totalement insignifiantes<sup>129</sup>.

Or toute notre analyse démontre le caractère factice de l'ordre qu'épouse ainsi le *Traité*, en passant de la position du concept de possession, à l'exposé des doctrines qui, par contraste, paraissent « insignifiantes ». C'est l'ordre contraire qui nous renseigne sur « l'opération » véritable de Savigny : il fallait d'abord que celui-ci ait traité l'histoire du droit comme une série continue de doctrines différentes, entées sur des *textes* identiques, pour frayer ensuite la voie au bon « concept » de la possession.

S'il peut sembler à première vue anecdotique que Savigny rejette les définitions d'Azon, de Jean Bassien ou d'Odofrède, nommément visés dans la note à ce passage, rappelons au contraire que nous nous situons encore ici, quoiqu'à haut régime d'abstraction scientifique, sur le terrain de l'exégèse de *textes juridiques*. Ici le

---

<sup>128</sup> RB, p. 108 ; tr. fr. Faivre, p. 101.

<sup>129</sup> RB. p. 139.

respect des définitions traditionnelles n'a pas le même sens qu'en philosophie ou que dans les autres sciences, où l'expression d'un désaccord avec les opinions admises est non seulement monnaie courante, mais de mise. Au contraire pour pouvoir projeter sans appel les définitions scolastiques dans le registre de l'insignifiance, il fallait à Savigny davantage qu'une *opinion*. Une condamnation aussi péremptoire aurait été difficilement concevable sans tout l'arrière-plan historico-philosophique qu'on a dit. Ne fallait-il pas avoir d'abord distingué deux sortes d'histoire érudite, celle des textes et celle des dogmes ; puis fondé la continuité du patrimoine normatif dans les textes et reconnu la variabilité historique des dogmes venus se greffer à eux ? Précisément seul l'ensemble de ces présupposés et de ce labeur autorise Savigny à présenter ici la pensée scolastique comme cette mauvaise « greffe » dogmatique, poussée sur des textes romains mal compris.

Voilà donc la fragmentation romantique de cet écriture (*Schrift*) où nous avons appris avec Kant à percevoir le substrat de tout l'*ars iuris*. Autour du noyau textuel vivant qui contient l'origine ultime de la validité juridique s'agitent des textes de second ordre, gloses ou commentaires qui, perdant tout lien véritable au texte premier et par conséquent toute valeur normative authentique, se prennent eux-mêmes pour objet et s'auto-génèrent sous une forme stérile :

aller Streit dreht sich dabei um den Ausdruck, nicht der Römischen Juristen, sondern dieser Definitionen selbst.

tout le débat roule sur les termes, non des jurisconsultes romains, mais de ces définitions mêmes<sup>130</sup>.

Une lecture attentive du *Traité* ne nous montre donc pas seulement que Savigny et Bruns ne se trouvaient pas d'accord avec les juristes médiévaux quant à la bonne manière d'interpréter les sources romaines. Elle révèle plutôt l'enrôlement de l'histoire littéraire dans la manipulation du *Schrift*, qui seul devait permettre de réorganiser le droit civil autour de « l'individu en personne ». Cette réorganisation n'était pas seulement le fruit d'une disposition philosophique de Savigny : pour s'accomplir elle avait besoin d'un protocole interprétatif spécifique, capable de transcrire les idées abstraites et éternelles des philosophes sur le terrain de la jurisprudence positive. Seul ce protocole aura permis de franchir « l'immense écart »

---

<sup>130</sup> *Ibid.*

qui pouvait séparer « l'aspiration politique à la propriété absolue » et « la difficulté juridique de la délimiter au sein du système complexe des *iura in re aliena*<sup>131</sup> », c'est-à-dire de tous les droits réels d'usage ou de jouissance que la tradition avait distingués du *dominium plenum*, en séparant l'*actio utilis* (disponible à l'usufruitier ou à l'emphytéote) de l'*actio in rem directa* ou *vindicatio directa* (relative à la pleine propriété)<sup>132</sup>. C'était là jeter un pont inédit entre le droit rationnel et les droits historiques. La « connexion intime » que Savigny supposait au fondement de la protection des interdits possessoires pouvait bien présenter un air de famille avec le « sentiment moral » auquel Kant avait identifié le respect, mais son inscription dans la jurisprudence serait restée parfaitement impensable, sans toute la série des protocoles indissociablement exégétiques *et* historico-littéraires que nous avons tenté d'explorer.

La prémisse historico-littéraire du *Traité* permet ainsi de faire apparaître la *traditio ficta* et les gradations de la possession non pas tellement comme des erreurs *in abstracto*, mais comme l'exemple par excellence des scories d'origine scolastique dont il convenait, aux yeux de Savigny, de débarrasser la doctrine du droit romain *actuel*. Ce ne sont pas seulement des erreurs mais des erreurs « fléchées<sup>133</sup> », des éléments *inactuels* du droit positif dont le repérage mobilise en filigrane une expertise strictement historique. Une telle appréciation ne sera certes pas l'affaire du magistrat : elle implique précisément le professeur de droit, seul à même, par sa fine connaissance des traditions textuelles, de se prononcer en la matière. En somme pour que la condamnation des idées juridiques médiévales ait pu s'énoncer, il fallait au préalable que la nouvelle approche historique du droit ait entrepris de fractionner le droit positif de l'Allemagne, afin de mettre à jour la stratification, en lui, de conceptions attribuables à divers « âges » de la pensée juridique. Pour reprendre le terme que j'ai employé plus haut, ces deux aspects de la doctrine médiévale, respectivement un point de doctrine et une classification, se voient apposés un *fléchage* historique, lui-même assez normatif pour justifier de leur dénier toute pertinence dogmatique réelle, autrement dit de les écarter des considérants pertinents pour la présentation de conception proprement *romaine* de la possession. Romaine en effet, mais en ce sens relativement nouveau, qui apparaît au « souvenir » du juriste romantique, dès lors qu'il sépare entre le visage originel de l'institution,

---

<sup>131</sup> Kenichi Moriya, *op. cit.*, p. 59.

<sup>132</sup> Feenstra, *op. cit.*

<sup>133</sup> Au sens où je prends ce terme de fléchage, Deuxième partie, chapitre 1, § 4.

appelé à s'associer au « système actuel du droit romain » ; et son visage médiéval, appelé le cas échéant à sombrer dans l'oubli. Dans un geste indissociablement historique et dogmatique, Savigny souligne ainsi l'écart entre la conception médiévale du *factum fictum* et le droit romain que celle-ci avait pourtant pour ambition d'expliquer, de manière à dénoncer leur inconsistance dogmatique, tout en respectant le jeu purement textuel et « historique » qui doit présider à tout raisonnement de droit positif. Mais il fallait également que le « long Moyen Âge » du droit savant ait rendu en quelque sorte le magistrat du début du XIX<sup>e</sup> siècle contemporain des *doctores legis* de l'Italie médiévale<sup>134</sup>.

N'est-ce pas la raison pour laquelle Bruns avait entrepris de retracer l'histoire des interprétations de la possession « dans le Moyen Âge et le temps présent<sup>135</sup> » ? Il s'agissait d'ancrer dans le fleuve ininterrompu d'une même tradition textuelle l'efflorescence progressive d'un concept *actuel*, comprenons savignyen, de la possession. Comme il l'explique lui-même dans sa préface :

Ich wollte die Gestaltung, die das Römische Besitzrecht seit dem Mittelalter bis auf die neueste Zeit bekommen hat, in genauer historischer Nachweisung darstellen, um auf diese Weise zunächst ihr Verhältnis zum Römischen Rechte selbst festzustellen, und damit dann weiter eine vollständige historische Grundlage zu gewinnen, auf der die philosophische Erkenntnis [...] des Besitzrechtes mit Erfolg angebahnt werden könnte.

Je souhaitais donner une qualité probatoire plus précise à l'exposé historique de la forme que le droit romain de la possession a reçu depuis le Moyen Âge jusqu'aux temps les plus nouveaux, afin d'établir son rapport au droit romain lui-même puis de dégager le fondement historique exhaustif qui permettrait d'ouvrir la voie à la connaissance philosophique du droit de la possession<sup>136</sup>.

Quel sens donnerons-nous donc à cet usage du mot de « philosophie » ? Il resterait difficilement compréhensible, s'il fallait lui conserver la signification restrictive qu'il a acquise depuis la « duplication » des philosophies du droit advenue, d'après nos hypothèses, dans l'Italie du premier XX<sup>e</sup> siècle. Il paraît clair que Bruns ne l'oppose absolument pas ici à la jurisprudence positive. Il n'en fait pas non plus semble-t-il une

---

<sup>134</sup> Voir ci-dessus, p. 176 seq.

<sup>135</sup> Selon le titre complet de son *Droit de la possession au Moyen Âge et au présent (im Mittelalter und in der Gegenwart)*.

<sup>136</sup> *Op. cit.*, p. IX.

*description* réflexive de l'activité des juristes, telle que l'envisagerait une théorie du droit contemporaine, à la façon de Hart ou de Kelsen. Il me semble plutôt que Bruns l'emploie d'une manière tout à fait typique du style de pensée de cette *classical legal science* que l'école historique avait rendu possible en inventant la formule d'une dérivation tout à fait originale de l'idéalisme et de l'interprétation historico-philologique.

On y décèle notamment une rupture théorique tout à fait explicite avec Hegel, dont Bruns avait été l'élève dans sa jeunesse, avant de passer de la faculté de philosophie à celle de droit<sup>137</sup>. Par-delà tout partage extrinsèque entre les écoles philosophique et historique du droit, le mot de philosophie sert à Bruns à reformuler sous une forme plus universelle les principes du droit de la possession que Savigny avait déjà exposés dans son *Traité*. Pour Bruns la philosophie du droit n'est pas la « servante » (*Madg*) d'un système particulier de droit positif, mais elle n'est pas non plus le relai d'un système de « droit rationnel » de type kantien, qu'il s'agirait de « substituer<sup>138</sup> » (*ansezten*) au développement historique du droit. « Annexant » (*erobernd*) plutôt tout système de droit rationnel — c'est-à-dire aussi bien toute « philosophie du droit » au sens de l'idéalisme allemand — la philosophie se veut plutôt ici l'*aboutissement* de l'histoire du droit. En effet,

alles rechtshistorisches Studium, wenn es wahrhaft geschichtlich ist [...] muss notwendig zur Rechtsphilosophie hinführen.

toute étude d'histoire juridique, dès lors qu'elle est véritablement historique, doit nécessairement conduire à la philosophie du droit<sup>139</sup>.

Une telle affirmation n'apporte-t-elle pas une confirmation très explicite à l'hypothèse que nous avons développée plus haut, lorsque nous avons mis en avant la nature indissociablement philosophique et historique du programme de l'école historique ? Du moins l'affirmation de Bruns vérifie très nettement la vocation normative de l'étude historique du droit. D'abord, il s'agit pour lui d'associer étroitement la connaissance historique à la préparation d'une codification du droit civil de l'Allemagne, dans le contexte de l'unification politique de l'Allemagne et de la

---

<sup>137</sup> *Neue Deutsche Biographie*, notice « Bruns, Karl Georg », Berlin, 1955, vol. 2, p. 685.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 463.

maturation de ce qui deviendra à la fin du siècle le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>140</sup>. Ensuite, l'histoire du droit est clairement destinée à occuper un point de vue « depuis lequel il est possible de parcourir et de juger les phénomènes du passé, tout en donnant satisfaction aux exigences du futur<sup>141</sup> ». Il s'agira donc de reparcourir le développement diachronique du droit de la possession, du droit romain à la glose en passant par le droit canon et les codifications des Temps modernes, de sorte à trouver le *fondement historique exhaustif* de la « philosophie » de Savigny.

Quoiqu'il en soit il est certain que seule la conjonction de ces deux conditions, fragmentation du droit et long Moyen Âge, pouvait apporter à la critique doctrinale de Savigny, prononcée à l'appui des sources romaines, un titre quelconque à influencer le droit de son temps. Seule la réunion de ces présupposés à la fois philologiques et dogmatiques équipait sa doctrine d'une *force* capable d'emporter vers des voies nouvelles la jurisprudence positive de l'Allemagne.

---

<sup>140</sup> L'ouvrage de Bruns paraît en 1848, la même année que la révolution qui allait donner à l'Allemagne une première unité politique, ce qui témoigne des vicissitudes qui ont peu à peu conduit les disciples de Savigny à accepter l'idée d'une codification du droit privé.

<sup>141</sup> « Von wo aus er auf der einen Seite die Erscheinungen der Vergangenheit übersehen und beurteilen, und auf der andern den Anforderungen der Zukunft Genüge leisten kann », *ibid.*, p. 464.

## CONCLUSION

Voici venu le moment de m'extirper du domaine de la jurisprudence où mes premières réflexions m'avaient invité à pénétrer. Ce domaine m'était apparu d'abord comme un angle mort d'une certaine tradition philosophique : celle qui, vivotante, nous vient droit de l'idéalisme allemand. En remontant cette tradition comme à contre-courant, j'avais isolé plusieurs obstacles à la prise en compte conceptuelle de la jurisprudence : la préférence pour le *catégorique* sur le *réglementaire* ; pour la *raison* sur l'*entendement* ; pour la connaissance *ex principiis* sur la connaissance *ex datis* ; pour le livre de la nature sur les écritures historiques ; ou bien encore la préférence plus raffinée pour le modèle grec de la *beauté éthique* sur celui romain de l'état du droit ; pour l'harmonie holistique de la cité sur les relations de personne à personne ; pour l'économie réelle sur les garanties formelles. Il y avait là autant de barrières pour encercler du dehors l'atelier des juristes de métier, ou pour prévenir le philosophe contre la tentation de deviner ce qui s'y trame.

Or le repérage de ces différents « obstacles » ne nous a pas apporté qu'un bénéfice négatif. Il nous a permis de relever également quelques failles au sein de la posture idéaliste. Chez Kant, la formidable énergie du rejet des écritures historiques s'accompagnait d'une investiture de la raison dont le modèle était lui-même tout à fait juridique. N'est-il pas d'ailleurs ironique de voir des générations entières de philosophes « rationalistes » ânonner la *Critique de la raison pure* en citant l'*Akademie Ausgabe* avec un esprit réglementaire en tout point analogue à celui que Kant repoussait chez les médecins ou les théologiens ? Paradoxalement, en dénigrant le rapport traditionnel aux monuments intellectuels du passé, Kant aura substitué au système autoritaire des « statuts », au sens où il prend le terme, une *Déduction* de la raison destinée à apparaître elle-même sous la forme d'un écrit sacralisé — si du moins l'on peut juger de la nature de cette « apparition » par l'attitude des communautés textuelles et pédagogiques qui se rassemblent à l'occasion de sa lecture.

Quant au système de Hegel, la revalorisation philosophique qu'il a proposée de la positivité était elle aussi pleine d'ambivalences. Il est vrai qu'on ne saurait reprocher aux écrits de Hegel d'avoir inspiré des lectures conventuelles : c'est là exactement le sort auquel ils s'étaient eux-mêmes destinés. Puisque le « monde est

fait pour aboutir à un beau livre », comme l'écrit Mallarmé saisi par l'ivresse idéale, il convient d'adorer ce livre, non pas peut-être à la façon d'une icône ou d'un livre saint proprement dit, mais au prisme de cette *recollection* de l'histoire du monde, de ce grand rembobinage conceptuel qui s'identifie à la pratique du savoir absolu et qui est appelé à prendre la relève de tout art et de toute religion.

Ce sont-là des pages bien connues de l'histoire de la philosophie européenne. Ce qui est beaucoup moins connu en revanche, c'est la parfaite ambiguïté du rôle que tient la tradition de la jurisprudence dans la mise en place de ce « grand récit ». Je crois avoir assez montré le destin pour le moins contrasté que le droit romain recevait dans la *Philosophie du droit* de Hegel, qu'on ne saurait en aucun cas dissocier de sa *Philosophie de l'histoire*. D'un côté, le droit des Pandectes formait le noyau *positif* du droit abstrait auquel Hegel mettait un point d'honneur à réduire le droit naturel. À Rome était assignée la « mission historique<sup>1</sup> » de révéler le système des prétentions personnelles qui forme le cœur de ce droit abstrait. De l'autre côté, il ne s'agissait déjà plus que d'une épure et d'un souvenir. Une épure, puisque ces prétentions étaient réduites à une poignée de principes *rationnels* dont avait été soigneusement retranché le détail des dispositions positives par lesquels l'entendement, administrateur par vocation, fixait les conditions de leur application. Un souvenir, car au sein de l'histoire mondiale le *Reich* germanique chrétien avait de longue date racheté la vie éthique du peuple de Rome, en l'arrachant à l'état de « pourrissement » propre à la juridicisation romaine de la vie éthique. En termes politiques et contemporains, cela se traduisait par la subordination primordiale de l'administration de la justice à des calculs gouvernementaux d'une part, économiques de l'autre.

D'une façon comme de l'autre, la pensée idéaliste, rationaliste avec Kant ou historicisante avec Hegel, bloquait toute reconnaissance véritable de ce que j'ai nommé la *jurisprudence*. Quels sont en effet les traits caractéristiques de ce domaine ? Tel que je l'envisage, la jurisprudence représente un type de pensée à la fois souverain et inextricablement associé à des *textes*. C'est le croisement pratique d'un discours et d'un patrimoine normatif, d'un style de pensée et d'un corps de règles, d'un formalisme abstrait et d'une attention aux cas qui se présentent dans l'expérience.

---

<sup>1</sup> Un peuple « reçoit la mission » d'accomplir le principe dont il est porteur, GPR, § 347, tr. fr. p. 336. Voir plus haut p. 139 seq.11

Quelles leçons tirer en effet de nos excursions sur le terrain historique de la discussion savante du droit de la possession ? J'ai bien conscience d'en avoir dressé un tableau singulièrement incomplet : par touches successives davantage que par fresque linéaire. Mais il ne m'en faut pas davantage pour *présenter* cette jurisprudence autrement engloutie, sinon certes en pratique — puisqu'on a souligné l'ampleur considérable de ses retentissements historiques — du moins philosophiquement. Dans le traitement scolastique du droit romain de la possession, tel qu'il ressort des définitions de la possession, de la classification de ses espèces et de la doctrine particulière des possessions « interprétatives », j'ai tâché de montrer la « jurisprudence » à pied d'œuvre, en retraçant quelques uns des chemins par lesquels quelques juristes italiens et français du XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles étaient passés afin de prendre en charge quelques questions juridiques. L'examen de ces textes ne nous a-t-il pas donné une première image de la nature de ces « chemins » ? On y a vu précisément les juristes, soucieux des conséquences pratiques de leurs principes, s'évertuer à ménager un certain nombre de passages entre des « textes » dépositaires d'une autorité sacrée. En suivant le jeu des allégations et des gloses, nous avons gagné une perception de cet aspect *manutentionnaire* de la jurisprudence, qui apparaît comme une pensée sous contrainte, une pensée obligée à prendre en charge des textes qui ne sont pas seulement la trace matérielle de pensées possibles, ou l'écrin de paroles ancestrales ou prophétiquement proférées, mais des « êtres réels », des choses dont il convient de prendre soin *en pensée*.

Est-ce à dire pour autant que les juristes ne *pensent* pas ? Au contraire, la myriade de connexions que les exigences de leur art les poussent à établir entre les textes de droit ouvrent à la pensée des chemins insolites. N'a-t-on pas vu par exemple le caractère profondément étrange, au plan conceptuel, des explications médiévales du transfert par les clés ? Les prouesses interprétatives des juristes médiévaux les conduisaient à se représenter qu'une chose *prenait soin* d'une autre ou *entraînait* avec elle, en vertu seulement de l'*intention* qui glissait du corps de l'une au corps de l'autre. L'hypothèse de ce magnétisme n'avait certes aucun fondement *naturel*. Mais elle apparaissait à l'imagination théorique du glossateur, dès lors qu'il se trouvait dans la nécessité d'assurer l'équivalence entre deux faits : celui de s'emparer de la clé et celui de s'emparer de la marchandise contenue dans le grenier dont elle ouvre la porte.

N'y a-t-il pas alors dans ces suppositions une qualité aussi contre-intuitive que celle qui se trouve par exemple dans l'idée physique d'une double nature de la

lumière ou dans la thèse philosophique d'une indétermination radicale de la traduction ? On trouve là l'expression d'une *métaphysique* du droit qui procède non pas du tout du *Zeitgeist*, ni surtout de l'influence supposée de telle ou telle Idée philosophique, hypostasiée sous forme de séquence structurante d'une histoire édifiante et rétrospective de la philosophie, mais qui constitue plutôt une sorte d'*excédent* ou de *chute* des opérations exégétiques destinées à assurer la « manutention » des lois. De même qu'un sculpteur, lorsqu'il découpe une plaque de bois, produit une *chute*, dont la forme est purement accidentelle, puisqu'elle ne se définit, dans les conditions matérielles particulières de la découpe, que par l'écart qui sépare la forme prévue de la coupe et le format initial de la plaque ; de même les opérations du juriste *produisent* une sorte de métaphysique résiduelle qui ne forme ni l'enjeu ni le point d'appui de leur travail, mais leur résultat incident. Ainsi la représentation des « faits de la loi » ou la conception d'une « intervention » de la fiction juridique dans le réel ne s'expliquent pas tant comme des *causes* intellectuelles des interprétations de la *traditio ficta* ; mais plutôt comme l'*effet* latéral des constructions doctrinales qui accompagnent le traitement des textes consacrés au transfert de la propriété par appréhension.

Or il est clair qu'il nous est aujourd'hui devenu très difficile de nous représenter cette forme d'emboîtement accidentel de la métaphysique et de l'*ars juris*. Non seulement peut-être en raison de la nature des efforts qu'il faut consentir pour aller recueillir ces « chutes », à l'arrière-fond de l'atelier des juristes, mais plus profondément car nous semblons avoir le plus grand mal à imaginer pouvoir les affecter à aucun usage. Cela tient non seulement à nos présupposés proprement philosophiques — et il n'est pas besoin de revenir sur les raisons que l'approche idéaliste du droit ne manquera pas d'opposer à la reconnaissance de ces « métaphysiques » accidentelles, indirectement secrétées par l'exercice même de l'exégèse juridique — mais encore à l'évolution de la pensée juridique elle-même.

En déclinant précisément les principes philosophiques de l'autonomie personnelle sur le terrain de la doctrine de droit positif, comblant par là le fossé séculaire des lois arbitraires et des lois de nature, l'école historique allemande n'a-t-elle pas mis en place un tout autre branchement du droit sur la philosophie ? On dira qu'il y a quelque chose de désuet aux vastes présentations systématiques de Savigny, de Puchta puis des Pandectistes, ainsi qu'à l'affirmation que l'étude du droit romain

relève d'une « mission<sup>2</sup> ». Mais d'abord l'héritage de ces constructions dans le droit des pays de droit civil, mais aussi de *common law*<sup>3</sup>, est par lui-même assez considérable pour que nos petits sentiments, en la matière, soient de peu de poids. Ensuite, il importe surtout d'apercevoir que la dérivation normative de ces principes marque moins un épisode intéressant de l'histoire des idées et des croisements disciplinaires, que la mise en place d'un style de pensée juridique nouveau. Au plan formel, cette nouveauté s'accuse d'abord par la nouvelle tournure systématique de l'interprétation du droit romain, ensuite par le montage si singulier, romantique et historicisant, qui consistait à « fractionner » le corps textuel de l'esprit juridique du peuple allemand, en discriminant en lui les éléments de provenance historique distincte. Au plan substantiel, elle coïncide avec ce que l'historiographie juridique aime à présenter comme la « nouvelle ère » du droit des biens, où l'on a vu que les rapports des sujets de droit aux choses était conçu à partir d'un principe univoque d'épanouissement de la personnalité libre. Mais au plan archéologique, il me semble témoigner encore d'un autre glissement.

L'exemple du droit de la possession, à tout point de vue central, nous a montré tout l'écart qui sépare en effet la métaphysique juridique du XIX<sup>e</sup> siècle de l'ancienne — s'il est permis d'employer des syntagmes si flous. Pour autant qu'on trouve quelque « métaphysique » chez Savigny et Puchta, il s'agit d'une métaphysique non pas du tout résiduelle, ni produite à la manière accidentelle d'une « chute », mais de propositions idéalistes parfaitement assumées, quoiqu'énoncées à demi-mot. Le nouveau « style » juridique ne se contentait pas alors d'assimiler des notions de philosophie comme la *conscience*, la *liberté personnelle* ou le *respect moral*. Elle en faisait des points d'appui décisifs pour l'interprétation des lois romaines, comme nous l'a parfaitement montré l'analyse de l'explication que le *Traité de la possession* de Savigny offrait de l'origine des protections interdictales et prétorienne contre le trouble de la possession. Ainsi l'idée même faire de l'interdit des obligations *ex delicto* se fondait sur une vision tout empreinte de la doctrine kantienne du respect de la personne. Non seulement la « métaphysique » trouvait ici une origine situable dans l'histoire de la philosophie, mais elle apportait des *principes* à la nouvelle « science ».

---

<sup>2</sup> Cette affirmation de Savigny dans le *Beruf*, qu'on mettra en vis-à-vis de celle de Hegel relative à la « mission historique de Rome », trouve néanmoins dans le néo-pandectisme contemporain un certain démenti, puisque les juristes adeptes de ce courant vantent encore la capacité du droit romain à servir de sésame pour la pratique et l'ajustement du droit international privé.

<sup>3</sup> À propos du rôle de la doctrine allemande de la possession dans la mise en place du système de l'*indirect rule* dans les colonies britanniques, voir ci-dessus note 28, p. 219-220.

C'est sans doute une question importante d'histoire juridique, que de savoir jusqu'à quel point la science a profité de cette importation, et plus encore de déterminer si ces principes sont encore appropriés pour faire sens du droit positif. Bien des aspects de l'évolution juridique semblent indiquer tout le contraire, puisque du droit des biotechnologies au droit de l'environnement, du droit des brevets à la lutte anti-terroriste, on ne compte plus les incitations à renoncer à l'unité des concepts axiomatiques de la science juridique classique : la personne, la chose, la liberté publique. Or précisément, cette situation relativement nouvelle ne nous incite-t-elle pas à remonter le fil de la pensée juridique, pour retrouver un autre « style » de celle-ci ?

L'un dans l'autre, nous disposons désormais de quelques éléments susceptibles de nous aider à orienter une telle tentative, qui impliquerait nécessairement l'effort conjugué des juristes et des philosophes, c'est-à-dire de juristes authentiquement « philosophant » et de philosophes tout à fait praticiens. Un premier point important, il me semble, consiste à tenir ferme sur le point de l'autonomie des formes juridiques. Contre l'héritage hégélien, il s'agit de reconnaître à celles-ci une origine et une destination propre, qu'il importe de bien savoir distinguer, de toute tentation fonctionnaliste à appréhender les dispositifs juridiques en termes de simple *output* gouvernemental, économique ou « policier », au sens classique du mot. Ensuite, il s'agirait de réagir à la situation nouvelle faite aux juristes positivistes, non pas en déplorant la perte de la « gloire » de la discipline, ni même en faisant mine, contre toute vraisemblance, que perdure la « nouvelle ère » de la science juridique classique — en continuant à travailler selon une formule dont on ne compte plus les preuves de l'anachronisme — mais prenant acte de ces bouleversements, de « récupérer » les fragments de métaphysique sauvage qu'on trouve dans l'ancienne jurisprudence, et peut-être même après tout dans l'actuelle.

N'importe-t-il pas en effet de tirer de l'oubli la manière ancienne de pratiquer l'*ars juris*, l'esprit casuistique des juristes romains, dont se ressentent encore si souvent, quoiqu'avec des accents nouveaux, les constructions de la glose ? Un projet d'amendement a récemment visé à supprimer en France le régime des actions possessoires. On n'en perçoit plus l'« utilité<sup>4</sup> ». Et qui se souvient encore, hormis

---

<sup>4</sup> Amendement proposant d'abroger l'art. 2279 du code civil relatif aux actions possessoires, rejeté en mars 2011.

quelques spécialistes, du sens que le XIX<sup>e</sup> siècle accordait à leur origine ? Voilà moins peut-être un motif d'indignation, qu'un signe supplémentaire de l'opportunité de tirer les fils de cette « science » dont le déclin s'étale sous nos yeux. Faut-il donc que les sciences sociales en précipitent la chute, en refusant de prendre au sérieux la pratique intellectuelle de l'exégèse ou de la qualification formelle ? Faut-il donc que les philosophes persistent dans leur étonnante indifférence aux destinées pratiques, en l'occurrence malheureuses, des idées qu'ils professent *ex abstracto*, non sans les magnifier ? Au contraire j'espère avoir assez fait sentir l'urgence de persévérer dans la direction opposée.

## Principaux juristes médiévaux cités

Ces quelques indications biographiques sont reprises d'Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletta (éds.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologne, Il Mulino, 2013 et pour les juristes français d'Ennio Cortese, *Il Diritto nella storia medievale, op. cit.*

Accurse (1180 ca – avant septembre 1262)

Azon (Bologne 1190 – avant 1233)

Bartole de Saxoferrato (Venatura, près de Sassoferrato 1313/1314 – Pérouse 1357)

Balde degli Ubaldi (Pérouse, 2 octobre 1327 – Pavie, 28 avril 1400)

Jean Bassien (Crémone, XII<sup>e</sup> siècle – XII<sup>e</sup> siècle)

Gratien (XI<sup>e</sup> siècle – XII<sup>e</sup> siècle)

Jason de Maino (Pesaro, 1435 – Pavie 20/25 avril 1519)

Dino de Mugello (Florence, 1253 ca – Mugello ? après 1298)

Odofrède (Bologne XIII<sup>e</sup> siècle – 3 décembre 1265)

Placentin (XII<sup>e</sup> siècle – 1192 ?)

Jacques de Révigny (1235 ca. — Ferentino 1296)

Albericus de Rosate (Rosate, 1290 ca. – Bergame 14 septembre 1360)

## Liste des abréviations

**D. 1.1.1.1.** signifie : Digeste, premier livre, première rubrique, première loi, premier paragraphe.

**C. 1.1.1.1.** Code de Justinien, même principe de numérotation.

**Enz**, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Encyclopédie des sciences philosophiques de Hegel.

**FMM**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Kant.

**GPR**, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, de Hegel.

**KrV**, *Kritik der reinen Vernunft*, *Critique de la raison pure* de Kant. Je cite la pagination de l'académie *Akademie Ausgabe*, référée à l'une ou l'autre de ses deux versions successives : A pour l'édition originale de 1781 ; B pour la seconde de 1787.

**PhG**, *Phänomenologie des Geistes*, *Phénoménologie de l'Esprit* de Hegel.

**RB**, *Das Recht des Besitzes*, *Traité de la possession en droit romain*, de Savigny.

**RL**, *Rechtslehre*, *Doctrine du droit* de Kant.

**WL**, *Wissenschaft der Logik*, *Science de la logique* de Hegel

## BIBLIOGRAPHIE

- *RAPPORTS*

Rapport fait à l'Assemblée nationale, au nom du Comité de féodalité, le 8 février 1790, par M. Merlin, Député de Douai. Imprimé par ordre de l'Assemblée, Paris, Baudouin, 2 vol.

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les Droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing business de la banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

*Guantanamo and Beyond: The Continuing Pursuit of Unchecked Executive Power*, Rapport d'Amnesty International, 13 Mai 2005.

- *PRESSE*

Joseph N. Hosteny, « What makes a good Lawyer ? », in *Intellectual Property Today*, « Litigators Corner », Octobre 2002 (sans pagination).

- *ENTRÉES DE DICTIONNAIRES*

« Bruns, Karl Georg », in *Neue Deutsche Biographie* Berlin, 1955, vol. 2, p. 685.

« Contractarianism », in *Stanford online encyclopedia of Philosophy*, URL <http://plato.stanford.edu/entries/contractarianism/> consulté le 12/09/2013.

« Historische Rechtschule » in Adalbert Erler et Ekkehard Kaufmann (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1978, t. II.

« Possession en droit canonique », Raoul Naz, *Dictionnaire de droit canonique*, éd. Letouzey et Ané, 1965 [1935], t. VII, p. 44-63.

« Rechtsphilosophie », dans *l'Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 8, 1992.

- *NUMÉROS DE REVUE*

*Quaderni fiorentini*, « Su F.C. von Savigny », n. 9, 1980.

Droits. Revue française de théorie juridique, n° 4 « Crises dans le droit », 1986.

*Le Débat*, N° 74, 1993.

*Quaderni storici*, « I Fatti », 108, 3, 2001.

*Annales. Histoire, Sciences Sociales*, Numéro spécial « Histoire du droit », 57, 6, 2002.

- *OUTILS DE TRAVAIL*

BERGER Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphie, Transactions of The American Philosophical Society, 1953.

BRYSON William H., *Dictionary of Sigla of Abbreviations to and in Law books before 1607*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1975.

COING Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. 2 : Neuere Zeit (1500-1800). *Das Zeitalter des Gemeinen Rechts*, t. 1 : Wissenschaft, München, Beck, 1977.

DOLEZALEK Gero, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600. Materialsammlung, System und Programm für elektronische Datenverarbeitung*, 4 t., Francfort sur le Main, 1972.

*Les Cinquante livres du Digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, tr. fr. Henri Hulot, 14 t., Aalen, Scientia Verlag, 1979 [1803-1804].

EISLER Rudolf, *Kant-Lexikon. Nachschlagewerk zu Emmanuel Kant*, Hildesheim, Zürich et New-York, Georg Olms Verlag, 1984 [1930].

- *SOURCES JURIDIQUES MÉDIÉVALES ET RENAISSANTES*

*Pandectarum iuris civilis. Commentariis Accursii et scholiis Contii, et paratitulis Cuiacii*, 5 t., Venise, 1584, Bibliothèque Apostolique Vaticane, Stamp.Chig.S.190, t. 1-4 :

- Digestum vetus, t. 1.
- Infortiatum, t. 2.
- Digestum novum, t. 3.
- Codex Iustinianus, t. 4.

*Alberici de Rosate in primam Partem Digesti novi*, Venise, 1585 ; Biblioteca Apostolica Vaticana, Barberrini CC VIII 4.

*Repertorium in lecturas Alberici de Rosate*, reproduction anastatique de l'édition de Venise, 1586, *Opera Giuridica Rariora*, Bologne, A. Forni, 1979.

*Summa Azonis super Codice et Institutis*, éd. Speyer, Peter Drach, 1482, inc. 329 Paris, Bibliothèque Mazarine et Spire, 1482, BNF, Res. F 338.

Jean Bassien, Distinction « possessio alia est naturalis tamen, alia civilis », Ms. Chigiano E VII, 218, f° 105 ra/rb, Biblioteca Apostolica Vaticana, Rome.

Bartole, *Super prima digesti novi*, ad l. *is qui pro emptore*, *Opera omnia*, 10 t., Venise, 1506-1512, t. 3 ; Biblioteca Apostolica Vaticana, RG. Dir. Civ. S. 95.

*Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis Gregorii XIII pont. max. iussu editum*, Venise, 1595.

Jason de Mayno, *Prima super digesto novo*, Lugduni, 1542.

— *In prima, secunda, tertia et quarta partem Codicis*, 1449 (Rome, Biblioteca Casanatense, Inc. 149).

Odofrède, *Lectura super codicem*, Lyon, 1546.

*Placentini Summa Institutionum, Bulgari De judiciis. Hugonis De expediendis judiciis. Jacobi Tractatus criminum*, Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, 1973, reproduction anastatique de l'édition Mayence, 1535.

*Placentinus in librum septimum codicis*, Lyon, 1536.

Jacques de Révigny, *Petri de Bella Pertica Lectura super codice*, Bologne, A. Forni, 1967, reproduction anastatique de l'édition 1519, sans l.e., faussement édité sous le nom de Pierre de Belleperche.

Domenico Toschi, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, 8 t., Rome, 1605.

### • SOURCES CLASSIQUES

ACHENWALL Gottfried, *Jus naturae in usum auditorum*, Göttingen, 1753.

AUGUSTIN D'HIPPONE, *De Sermone Domini in monte*, I, 5-15, in *Opere di Sant'Agostino*, t. X/2 *Opere esegetiche*, Rome, Città Nuova, 1997.

BACON Francis, *The Advancement of Learning*, éd. David Price, Londres, Cassell & Company, 1893.

BONCART Pierre-François, *Inconvénients des droits féodaux*, Londres, Vallade, 1776.

DAMASCÈNE Jean, Πηγή Γνώσεως (*Fons cognitionis*) — in B. Kotter (éd.), *Die Schreiben des Johannes von Damaskus*, vol. 1, p. 27-146 ; vol. 2 ; vol. 4, p. 1-67, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1968-1988.

DESCARTES René, *Méditations Métaphysiques*, Paris, Flammarion, 1908.

DIDEROT Denis et D'ALEMBERT Jean, *Encyclopédie méthodique - Jurisprudence*, Paris, Panckoucke, 1786.

DOMAT Louis, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, 3 t., Paris, Knapen, 1777.

GROTIUS Hugo, *Hugonis Grotii De jure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturæ & gentium, item juris publici præcipua explicantur*, éd. Hagae comitis : apud Arnoldum Leers, 1680 ; tr. fr. Barbeyrac, *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, 1724 ; tr. fr. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 [1867].

HÉRACLITE, *Fragmenta Heraclitea. Libri reliquiae superstites. Textus, versiones, apparatus*, éd. et tr. Serge N. Mouraviev, Sankt Augustin, Academia Verlag, 2006.

HOBBS Thomas, *Leviathan*, éd. Noel Malcolm, in *The Works of Thomas Hobbes*, t. 3-5, Oxford, Clarendon Press, 2012.

PASCAL Blaise, *Pensées*, éd. Brunschvicg, Paris, Garnier-Flammarion, 1976.

PLOTIN, *Ennéades*, I, Paris, Les Belles Lettres, 1924; tr. fr. Anne-Lise Darras-Worms in *Les Écrits de Plotin*, Pierre Hadot (dir.), *Traité I, I, 6*, Paris, Cerf, 2007.

PHÈDRE, *Phaedri augusti liberti Fabulae Aesopiae*, éd. Louis Havet, Paris, Hachette, 1895, p. 9 ; tr. fr. modifiée Henri Tournier, *Fables Grecques et latines*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2006.

RABELAIS, François, *Le Quart livre des faits et dicts héroïques du bon Pantagruel*, Paris, M. Fezandat, 1552.

SADE, Donatien Alphonse François de, *La Philosophie dans le Boudoir ou les Instituteurs immoraux*, Paris, Folio-Gallimard, 1976.

VOLTAIRE François Marie Arouet dit, *Dictionnaire philosophique. La Raison par l'alphabet*, Genève, Cramer, 1769.

- **OUVRAGES ET ARTICLES**

ABEL Richard L., « Redirecting Social Studies of Law », in *Law & Society Review*, 14 (3), Printemps 1980, p. 805-829.

AGAMBEN Giorgio, *Homo Sacer I. Il potere sovrano e la vita nuda*, Turin, Einaudi, 1995 ; tr. fr. Marilène Raiola, Paris, Seuil, 1997.

— *Il Regno e la gloria. Per una genealogia dell'economia e del governo*, Vicenza, Neri Pozza, 2007.

— *Altissima povertà. Regole monastiche e forme di vita*, Vicenza, Neri Pozza, 2011.

ALBERTARIO Emilio, « Postliminio e possesso », *Studia et documenta historiae et iuris*, Rome, Pontificum Institutum Utriusque Iuris, 6, 1940, p. 384-387.

ALTHUSSER Louis, « Idéologie et appareils idéologiques d'Etat », in *Positions (1964-1975)*, Paris, Les Éditions sociales, 1982 [1976], p. 79-138.

ALVAZZI DEL FRATE Paolo, « L'historiographie juridique en Italie », *Clio@Thémis*, 1, 2009, en ligne URL <http://www.cliothemis.com/L-historiographie-juridique-en>.

ARANGIO-RUIZ Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Naples, Jovene, 1927.

ARNAUD André-Jacques, *Critique de la raison juridique*, t. 1, *Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1986.

ASCHERI Mario, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Turin, Giappichelli, 2007.

ATIAS Christian, *Science des légistes, science des juristes*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993 [1985].

ATIYAH Patrick, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.

AXELOS Kostas, *Arguments d'une recherche*, Paris, Minuit, 1969.

AUBRY Charles et RAU Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Cosse-Marchal, 8 t., 1869-1879.

AUDREN Frédéric, « Paul Huvelin (1873-1924) : juriste et durkheimien », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001/1, N° 4, p. 117-130.

AYER Alfred J., *Language, Truth and Logic*, Londres, Victor Gollanz, 1946.

BABINGTON MACAULAY Thomas, *The Life and Writings of Francis Bacon, Lord Chancellor of England*, Edimbourg, 1837.

BALIBAR Étienne, « Le renversement de l'individualisme possessif – la propriété », in Hervé Guineret et Arnaud Milanese (éds), *La Propriété : le propre, l'appropriation*, Paris, Ellipses, 2004, p. 9-30.

BAKOUNINE Michel, *Dieu et l'État*, Genève, Imprimerie Jurassienne, 1882.

BAYLEY John, *Keats and reality*, Proceedings of the British Academy, XLVIII, Londres, Oxford University Press, 1962, p. 98-105.

BEAUD Olivier, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

— « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », in Jean-Bernard Auby et Mark Freedland (éd.), *La Distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, Paris, Éditions Panthéon, 2004.

BENTHAM Jeremy, *Fragment sur le gouvernement. Manuel de sophismes politiques*, tr. J.-P. Cléro, Paris, Bruylant, 1996.

BELLIS Delphine et BRUN-ROVET Étienne, *Les détours du savoir : expérience de pensée, fiction et réalité*, Paris, Nouveau Monde, 2009.

BELLOMO Manlio, « 'Factum' e 'ius'. Itinerari di ricerca tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale », in *Medio evo edito e inedito*, t. II, *Scienza del diritto e società medievale*, Rome, Il cigno Galilei, 1997, p. 63-89.

— « "Legere, repetere, disputare". Introduzione ad una ricerca sulle "questiones civilistiche" », in *Medioevo edito e inedito*, t. 1, *Scholae, universitates, studia*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000 [1974], p. 51-98.

BERGFELD Christian, « Savigny und Donellus », in Heinrich Coing (éd.), *Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. Von Savigny*, Ius Commune, 8, 1979, p. 24-35.

BERLINS Marcel et DYER Clare Dyer, *The Law Machine*, Londres, Penguin Press, 2000 [1982].

BERMAN Harold J., *Law and Revolution*, t. 1, *The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 1983.

BERTANI Corrado, *Eduard Gans (1797-1839) e la cultura del suo tempo*, Naples, Guida, 2004.

BERTI Giampetro, *Il Pensiero anarchico dal Settecento al Novecento*, Lacaïta, Manduria, 1998.

BIENER Friedrich August, *Das englische Geschworenengericht*, Leipzig, 2 vol., 1852 ; cité par James B. Thayer, « "Law and Fact" in Jury Trials », *Harvard Law Review*, 4 (4), Novembre 1890, p. 147-175.

BIERMAN Johannes, *Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1891.

BILAND Émilie et ISRAËL Liora, « À l'école du droit : les apports de la méthode ethnographique à l'analyse de la formation juridique », in *Les Cahiers du Droit*, vol. 52, n<sup>os</sup> 3-4, 2011, p. 619-658.

BINDER Julius, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig, G. Boehme, 1907.

BIROCCHI Italo, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turin, Giappichelli, 2002.

BLOCH Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1961 ; tr. fr. *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 2002.

BLOCH Marc, *Apologie pour l'histoire*, Paris, Armand Colin, 1949.

BOBBIO Norberto, *L'Indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Turin, Istituto Giuridico dell'Università di Torino, 1934.

BOBBIO Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, Ed. di Comunità, 1977.

BOBBIO Norberto, *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts », *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, Surhkamp, 1991, p. 9-41.

BOLTANSKI Luc, *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Seuil, 2009

BOLTANSKI Luc, CLAVERIE Élisabeth, OFFENSTADT Nicolas, VAN DAMME Stéphane (dir.), *Affaires, scandales et grandes causes. De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007.

BONFANTE Pietro, *Corso di diritto romano*, t. III « I diritti reali », Rome, Società editrice del Foro italiano, 1933.

BOURDIEU Pierre, « L'ontologie politique de Martin Heidegger », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1 (5-6), nov. 1975, p. 109-156.

— « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 3-19.

BOUREAU Alain, « Droit et théologie au XIII<sup>e</sup> siècle », *Annales ESC*, 47/6, 1992, p. 1113-1125.

— « Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*. 57<sup>e</sup> année, 6, 2002. p. 1463-1488.

— *Satan hérétique. Naissance de la démonologie dans l'Occident médiéval. 1280-1330*, Paris, Odile Jacob, 2004.

BOURGEOIS Bernard, « Histoire et droit chez Kant », *Revue germanique internationale*, 6, 1996, p. 91-100.

BOUTROUX Émile, *La Philosophie de Kant*, Paris, Vrin, 1926.

BOUTRUCHE Robert, *Seigneurie et féodalité*, 2 t., t. 1 *Le premier âge des liens d'homme à homme*, Paris, Aubier-Montaigne, 1959.

BOYENS Emil, « Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts », in *Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts. Sonderheft der Sächsischen Archivs für Deutsches Bürgerliches Recht*, Leipzig, 1904, p. 153-202.

BOZZA Francesca, « Sull'origine del possesso », in *Ann. Macerata*, 6, 1930.

— *La Possessio dell'ager publicus*, 2 t., Milan, Giuffrè, 1938.

BRAUN Johann, « Die Besitzrechtsstreit zwischen F.C. von Savigny und Eduard Gans – Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX (1980), p. 457-506.

BRETONE Mario, « Il Beruf e la ricerca del tempo classico », in *Quaderni fiorentini*, « Su F.C. von Savigny », n. 9, 1980, p. 189-216.

BRUNO Isabelle et DIDIER Emmanuel, *Benchmarking. L'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte, 2013.

BRUNS Georg, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, Mohr, 1848.

BUCKLAND William W., *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge University Press, 1947 [1925].

BUND Elmar, « Rahmenerwägungen zu einem Nachweis stoischer Gedanken in der römischen Jurisprudenz », in Manfred Harder et Georg Thielmann (éds.), *De Iustitia et Iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1980, p. 127-146.

CANFORA Luigi, *Storia della letteratura Greca*, Bari, 2008.

CANGUILHEM Georges, *Le Normal et le pathologique*, Paris, Puf, 1966.

— « L'objet de l'histoire des sciences », in *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 2002 [1968], p. 9-24.

CAPOGROSSI COLOGNESI Luigi, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età repubblicana*, Milan, Giuffrè, 1969.

CARBONNIER Jean, *Introduction au droit civil*, Paris, PUF, 1995.

CASANOVA Pascale, « World-Fiction », in *Revue de littérature générale. Digest 96/2*, Paris, P.O.L., 1996 (sans pagination).

CAYLA Olivier, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 18, 1995, p. 3-18.

CHANDLER James K., DAVIDSON Arnold I., HAROOTUNIAN Harry (dir.), *Questions of evidence. Proof, Practice, and Persuasion accross the Disciplines*, University of Chicago Press, 1994.

CHIFFOLEAU Jacques, « Ecclesia de occultis non iudicat ? L'Église, le secret, l'occulte du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », *Micrologus, Nature, Sciences and Medieval Societies*, « Il segreto nel Medioevo », 2006, 13, p. 359-481.

COCCIA Emanuele, « L'institution et la vérité », in O. Cayla, M.-A. Hermite et P. Napoli (éds.), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, Ecole Française de Rome, à paraître.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Eurostudia*, vol. 2, n° 2, 2006, sans pagination.

CONGAR Yves, « Un témoignage des désaccords entre canonistes et théologiens », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, t. II, 1965, p. 861-884.

CONTE Emanuele, « L'utilisation de la législation Justinienne concernant le colonat aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles », in Elisabeth Magnou-Nortier (dir.), *Aux sources de la gestion publique*, t. III, *Hommes de pouvoir. Ressources et lieux du pouvoir: Ve-XIIIe siècles*, Lille, 1997, p. 129-142.

— « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, nov.-déc. 2002, p. 1593-1613.

— « Possedere l'uso. Profili oggettivi e soggettivi della consuetudine nel diritto comune », in Silvia Zorzetto (dir.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2008, 41-61.

— *Diritto Comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, Il Mulino, 2009.

COPPENS Chris, « The Teaching of Law in the University of Paris in the First Quarter of the 13th Century », *RIDC*, 10, 1999, p. 139-173.

CORNIL Georges, *Ancien droit romain. Le problème des origines*, Paris, Sirey, 1930.

CORNU-THÉNARD Nicolas, *La Notion de fait dans la jurisprudence classique. Étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, Thèse pour le Doctorat en droit Paris II – Panthéon Assas, 2011.

— « Le duel entre fait et droit chez les juristes classiques », in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, sous la direction d'E. Chevreau, D. Kremer et A. Laquerrière-Lacroix, Paris, De Boccard, 2012, p. 191-205.

CORTESE Ennio, « Alle origini della scuola di Bologna », in *RIDC*, 1993, 4, p. 7-49.

— *Il diritto nella storia medievale*, 2 t., Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1998.

— « Les origines du droit savant », *Comptes rendus de l'Académie des inscriptions et des belles lettres*, année 2002, p. 70.

DASTON Lorraine, « The Factual Sensibility », *Isis* 79, septembre 1988, p. 452-467.

DAVID Jean-Michel, *Le Patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Publications de l'École Française de Rome, B.E.F.A.R., Rome, 1992.

DAVIS Kevin E. et KRUSE Michael B., « Taking the Measure of Law. The case of the *Doing Business* project », *Law and Social Inquiry*, 32 (4), Printemps 2007, p. 1095-1119.

DELEUZE Gilles, « Hume », in *L'Île déserte et autres textes*, Paris, Minuit, 2002 [1972], p. 226-237.

— *Pourparlers*, Paris, Minuit, 1990.

— « Le devenir révolutionnaire et les créations politiques. Entretien avec Toni Negri », *Futur antérieur*, 1990, désormais en ligne <http://multitudes.samizdat.net/Le-devenir-revolutionnaire-et-les> (consulté le 18/03/2013).

— *L'Abécédaire de Gilles Deleuze*, avec Claire Parnet, Paris, DVD Editions Montparnasse, 2004

DEL VECCHIO Giorgio, « L'*homo juridicus* e l'insufficienza del diritto come regola di vita », in *Studi sul diritto*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1958, p. 279-308.

DEMOULIN-AUZARY Florence, *Les Actions d'état en droit romano-canonique, XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles*, Paris, LGDJ, 2004.

DERRIDA Jacques, *Du Droit à la philosophie*, Paris, Gallilée, 1990.

DERRIDA Jacques, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994.

DUCOS Michèle, *Les Romains et la loi : recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, Les Belles Lettres, 1984.

DUMÉZIL Georges, *Idées romaines*, Paris, NRF-Gallimard, 1969.

DUSO Giuseppe, *La Logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma, Laterza, 1999.

ENGELS Friedrich, « Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie » in Karl Marx et Friedrich Engels, *Werke*, Karl Dietz Verlag, Berlin, vol. 21, cinquième édition, 1975, Berlin/DDR, p. 265-273.

EWALD William, « Comparative Jurisprudence I : What was it like to try a rat ? », *University of Pennsylvania Law Review*, 143 (1889), 1985, p. 2012-2043.

ERRERA Andrea, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Bologne, Monduzzi, 1995.

L'ESPAGNE Michel et WERNER Michael, *Philologiques III. Qu'est-ce qu'une littérature nationale ? Approches pour une théorie interculturelle du champ littéraire*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1994.

- EWALD François, *L'État-Providence*, Paris, Grasset, 1986.
- FASSIN Didier, *La Force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers*, Paris, Seuil, 2012.
- FEENSTRA Robert, « Les origines du dominium utile chez les glossateurs, avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani », in Id., J. H. A. Lokin et N. van der Wal (éds), *Flores legum H. J. Scheltema oblati*, Wolters-Noordhoff, Groningen, p. 49-93.
- FIORI Roberto, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Naples, Jovene, 1996.
- FLECK Ludwig, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv*, Francfort sur le Main, Surkamp, 1980.
- FOCILLON Henri, *Moyen Âge. Survivances et réveils. Études d'art et d'histoire*, Brentano's, Canada, s. lieu d'éd., 1943.
- FOSSIER Arnaud, *La Fabrique du droit. Casuistique, qualifications juridiques et pratiques administratives de la Pénitencerie apostolique (début XIII<sup>e</sup> – début XV<sup>e</sup>)*, Thèse en histoire de l'EHESS, 2012.
- FOUCAULT Michel, *Les Mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.
- « La vérité et les formes juridiques » [1974], in *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001, t. I, p. 1406-1513.
- FREGE Gottlob, « Der Gedanke. Eine logische Untersuchung », in *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, 2, 1918-1919, p. 58-77.
- FUSTEL DE COULANGES Numa Denis, « L'organisation de la justice dans l'antiquité et les temps modernes. II - La justice dans la société féodale », *Revue des deux mondes*, Février 1871, p. 274-298.
- Histoire des institutions de l'ancienne France. Les origines du système féodal, Paris, Camille Julian, 1890.
- GANS Eduard, *System des Römischen Civilrechts im Grundrisse*, Berlin, Von Veit, 1827.
- GAUDEMET Jean, « Théologie et droit canonique. Les leçons de l'histoire », in *La Doctrine canonique médiévale*, Aldershot, Variorum, 1994 [1989], n. p.
- GAUDEMET Yves, « Plurimae leges, corruptissima res publica : l'inflation législative », in *Les Abus du juridisme, Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Publications de l'Institut de France, 1997, p. 5-13.
- GENETTE Gérard, *Palimpsestes*, Paris, Seuil, 1982.
- GENTILE Giovanni, *I Fondamenti della filosofia del diritto*, Florence, Sanzoni, 1937 [1916].
- GERNET Louis, « Droit et prédroit en Grèce ancienne », *Droit et Institutions en Grèce Antique*, Paris, Flammarion, 1982 (1951), p. 7-119
- GILMORE Grant, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.
- GIORDANENGO Gérard, « Résistances intellectuelles autour de la Décrétale "Super Speculam" (1219) », in *Histoire et société : mélanges offerts à Georges Duby*, t. 3, *Le moine, le clerc et le prince*, Paris, 1992, p. 141-155.
- GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Arthur Rousseau, 1929.

GOETHE Johann Wolfgang von, *Sämtliche Werke, Briefe, Tagebücher und Gespräche*, t. 2., Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1987.

— *Zur Farbenlehre*, 2 t., Tübingen, 1810.

GORDLEY James et MATTEI Ugo, « Protecting Possession », *American Journal of Comparative Law*, N. 44 (293), 1996, p. 293–334

GIULIANI Alessandro, « L'elemento 'giuridico' nella logica medioevale », *Jus*, 15, 1964, p. 1-28.

GRIMM Jacob, « Das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung von D. J. Grimm. Heil dem Funfzigjährigen Doctor Juris F.C. von Savigny », in *Rede und Abhandlungen*, Berlin, Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1864, t. 1, *Kleinere Schriften*, p. 113-143.

GROSSI Paolo, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1995.

GUINLE Jean-Philippe, « Hegel et le droit romain », *Revue historique de droit français et de l'étranger*, 1981, 4, 59, p. 593-619.

HAASE Sven, *Berliner Universität und Nationalgedanke 1800-1848. Genese einer politischen Idee*, Stuttgart, Steiner, 2012.

HABERMANN Norbert, « Die preussische Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums », in Helmut Coing et Walter Wilhelm (éd.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, t. III, *Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, Francfort sur le Main, Klostermann, 1976, p. 3-43.

HABERMAS Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1992 ; tr. ang. William Rehg, *Between Facts and Norms*, Cambridge Massachussets, MIT Press, 1998.

— « Une révolution de rattrapage », *Écrits Politiques*, tr. Christian Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1995.

HACKING Ian, « Style for historians and philosophers », *Studies in History and Philosophy of Sciences*, 23, 1992, p. 1-21.

— « The Disunities of the Sciences », in Peter Galison et David J. Stump (éd.), *The Disunity of Science. Boundaries, Contexts and Power*, Stanford University Press, 1996, p. 37-74.

HAFERKAMP Hans-Peter et REPGEN Tilman (éd.), *Usus modernus pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Cologne, Böhlau, 2007.

HÄRING Nicholas M., « The Interaction between Canon Law and Sacramental Theology in the Twelfth Century », in Stefan Kuttner (éd.), *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Vatican, 1976, p. 483-493.

HART Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

HAURIOU André, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 197-225.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Theologische Jugendschriften*, éd. Hermann Nohl, Tübingen, Mohr, 1907.

— *Über die Reichsverfassung*, éd. Kurt Rainer Meist, Hambourg, Meiner, 2004.

— « Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften », in *Jenaer kritischen Schriften. Gesammelte Werke*, t. 4, Hambourg, Meiner, 1968 ; tr. fr. Bernard Bourgeois *Des manières*

*de traiter scientifiquement du droit naturel, de sa place dans la philosophie pratique et de son rapport aux sciences positives du droit*, Paris, Vrin, 1972.

— *Phenomenologie des Geistes*, éd. Hans-Friedrich Wessels et Heinrich Clairmont, Hambourg, Meiner, 1988 ; tr. fr. Jean Hyppolite, *Phénoménologie de l'esprit*, 2 t., Paris, Aubier, 1997 [1941].

— *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (édition de 1817), *Gesammelte Werke*, t. 13, Meiner, Hambourg, 2000 ; tr. fr. pour la première partie (*Science de la Logique*) Bernard Bourgeois, *Encyclopédie des sciences philosophiques, Science de la Logique*, Paris, Vrin, 1994, p. 113-280 ; et *in extenso* : *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé*, tr. fr. Maurice de Gandillac, Paris, NRF-Gallimard, 1970.

— *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1821 ; éd. K.H. Iltting, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 4 t., Stuttgart, 1974, t. 2 — *Die Rechtsphilosophie von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825* ; tr. fr. Robert Dérathé, *Principes de la philosophie du droit en abrégé*, Paris, Vrin, 1975 ; tr. fr. Jean-François Kervégan, *id.*, Paris, P.U.F., 2003.

— *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (édition de 1830), *Gesammelte Werke*, t. 20, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1992 ; tr. fr. Bernard Bourgeois pour la Science de la Logique in *Encyclopédie des sciences philosophiques, Science de la Logique*, Paris, Vrin, 1994, p. 281-464.

— *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, tr. J. Gibelin, Paris, 1970.

HEIDEGGER Martin, *Gelassenheit*, Neske, Pfullingen, 1957 ; tr. fr. A. Préau, « Sérénité », in *Questions III*, Paris, Gallimard, 1989, p. 161-181.

— « La question de la technique », tr. fr. André Préau, in *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1999 [1958], p. 8-48.

HEINRICH Dieter, « Kant's Notion of a Deduction and the Methodological Background of the First Critique », in Eckart Förster (dir.), *Kant's Transcendental Deductions. The three "Critiques" and the "Opus postumum"*, Stanford University Press, 1989, p. 29-46.

HERMITTE Marie-Angèle, « Le droit est un autre monde », *Revue Enquêtes. Les objets du droit*, 1998, p. 17-37.

HÖFFE Otfried, *Kants Kritik der reinen Vernunft. Die Grundlegung der modernen Philosophie*, München, Beck, 2004.

HONNETH Axel, *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der hegelschen Rechtsphilosophie*, Stuttgart, Reklam, 2001.

HOUSEMAN Michael, « Relationality », in Jens Kreinath, Jan Snoek et Michael Stausberg (éd.), *Theorizing rituals. Issues, Topics, Approaches, Concepts*, Leiden, Brill, 2006, p. 413-442.

HUVELIN Maurice, « Les tablettes magiques et le droit romain », *Annales internationales d'histoire*, Congrès de Paris 1900, 2<sup>e</sup> section, Paris, Armand Colin, 1902, p. 15-81.

HYPPOLITE Jean, *Genèse et structure de la phénoménologie de l'Esprit de Hegel*, Paris, Aubier-Montaigne, 1946.

— *Introduction à la philosophie de l'histoire de Hegel*, Paris, Seuil, 1983.

ISRAËL Liora, *L'Arme du droit*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2009.

JABLONER Clemens Jabloner et STADLER Friedrich, *Logischer Empirismus und reine Rechtslehre. Beziehung zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Vienne, Springer, 2001.

JACOB François, *La Logique du vivant. Une histoire de l'hérédité*, Paris, Gallimard, 1970.

JACOB Robert, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'Or, 1994.

JAKOBS Horst Heinrich, « Der Ursprung der geschichtlichen Rechtswissenschaft in der Abwendung Savignys von der idealistischen Philosophie », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 57, 1989, p. 241-273.

JHERING Rudolf von, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tr. fr. de la deuxième édition O. de Meulenaere, Paris, A. Maresq aîné, 4 t, 1880 [1854-1865].

JHERING Rudolf, *Über der Grund des Besitzschutzes*, Iéna, Mauke, 1869.

JOUANJAN Olivier, « Un tournant philologique dans la science du droit. Histoire et métaphysique chez Savigny », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 107-125.

KALMO Hent, « Le positivisme de Karl Magnus Bergbohm : son arrière-plan et ses reflets dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », *Droits*, 42, 2006, p. 199-228.

KANT Emmanuel, *Dohna-Wundlacken Logik*, in *Handschriftlicher Nachlass: Band III Logik, Gesammelte Schriften (Akademie Ausgabe)*, t. XVI, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1924.

— *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, Œuvres en 12 volumes, vol. 8, Francfort sur le Main, Meiner, 1977 ; tr. fr. Jean Gibelin, *La Religion dans les limites de la simple raison*, Paris, Vrin, 1983.

— *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig, Meiner, 1922.

— *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in *Werke in zwölf Bänden*, Vol VII, *Die Metaphysik der Sitten*, éd. Wilhelm Weischede, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1977, p. 345 ; tr. fr. Alain Renaut, Paris, Flammarion, 1994.

— *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, Œuvres en 12 volumes, vol. 8, Francfort sur le Main, Meiner, 1977, tr. fr. Jean Gibelin, *La Religion dans les limites de la simple raison*, Paris, Vrin, 1983.

— *Der Streit der Fakultäten in drei Abschnitten*, éd. Horst D. Brandt et Piero Giordanetti, Hamburg, Meiner, 2005 ; tr. fr. Gibelin, Paris, Vrin, 1955 (d'après l'édition plus ancienne de l'Académie).

KANTOROWICZ Hermann, « Note on the development of the Gloss to the Justinian and canon law », in Beryl Smalley, *The Study of the Bible in the Middle Ages*, Oxford University Press, 1952 [1941], p. 52-55.

— *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, 1970, p. 137-185.

KARSENTI Bruno, « “Nul n'est censé ignorer la loi” », *Archives de Philosophie*, 4, 67, 2004, p. 557-581.

— *D'une philosophie à l'autre. Les sciences sociales et la politique des modernes*, Paris, Gallimard-NRF, 2013.

KELSEN Hans, « Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob », in *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, p. 630-658.

— *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Philosophische Vorträge der Kant-Gesellschaft (31), Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heine, 1928.

— « La Naissance de l'État et la formation de sa nationalité », *Revue de droit international*, 1929, p. 613-641.

- *Théorie pure du droit*, tr. Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1950.
- *General Theory of Law and State*, 1945 ; tr. fr. B. Laroche, 1997.
- KENNEDY Duncan, « Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *The American Journal of Comparative Law*, n. 58, 2010, p. 811-842.
- KERVÉGAN Jean-François, *L'Effectif et le rationnel. Hegel et l'Esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007.
- KIEFNER Hans, « Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert », in *Ideal wird, was Natur war*, Keip Verlag, 1997, p. 59-81.
- KOJÈVE Alexandre, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.
- KOHLER Josef et WENGE Leopold (éd.), *Allgemeine Rechtsgeschichte*, 2 vol, Leipzig et Berlin, B.G. Teubner, 1914.
- KOLAKOWSKI Leszek, *Chrétiens sans Église. La conscience religieuse et le lien confessionnel au XVIIIe siècle*, tr. fr. Anna Posner, Paris, NRF-Gallimard, 1987.
- KOSELLECK Reinhart, « Einleitung », in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (éd.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, t. 1, Stuttgart, 1972, p. 13-27.
- *Le Futur Passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, tr. Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock, Paris, Éditions de l'EHESS, 2000 [1979].
- KOSHORKE Albert et VISMANN Cornelia, *Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analyse der Werke von Luhmann*, Oldenbourg Akademieverlag, 1999.
- KRIECHBAUM Maximiliane, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhundert*, Ebelsbach, Aktiv Druck und Verlag, 1996.
- KÜTTNER Stefan, « Réflexions sur les brocards des glossateurs », in *Mélanges De Ghellinck*, Gembloux, 1951, p. 767-792.
- « Reflections on Gospel and Law in the History of the Church », in *Studies in the History of Medieval Canon Law*, Aldershot, Variorum Reprints, 1990 [1976].
- Stefan Kuttner, « Papst Honorius III und das Studium des Zivilrechts », in *Gratian and the Schools of Law 1140-1234*, Londres, Variorum Reprints, 1983, essai n° X, p. 79-101.
- LABOULAYE Édouard, *Essai sur la vie et les doctrines de M. de Savigny*, Paris-Leipzig, Durand, 1842.
- LABRUNA Luigi, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Camerino, Joveno, 1971.
- LACEY Nicola, « Government as Manager, Citizen as Consumer : The Case of the Criminal Justice Act 1991 », *The Modern Law Review*, 57 (4), Juillet 1994, p. 534-554.
- LASCOUMES Pierre et LE GALÈS Patrick (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Science Po, 2005.
- LATOUR Bruno, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.
- LEBRUN Gérard, *La Patience du concept. Essai sur le discours hégélien*, Paris, NRF-Gallimard, 1972.
- LEFEBVRE Alexandre, *The Image of Law : Deleuze, Bergson, Spinoza*, Stanford University Press, 2008.

— « Law and the Ordinary : Hart, Wittgenstein, Jurisprudence », *Telos*, 154, Printemps 2011, p. 99-118.

LEGENDRE Pierre, « Le Droit romain, modèle et langage. De la signification de l'*Utrumque Ius* », in *Écrits juridiques du Moyen Age occidental*, Londres, Variorum, 1988.

— *L'Autre Bible de l'occident. Le monument romano-canonique*, Leçons IX, Paris, Fayard, 2009.

LE GOFF Jacques, « Pour un long Moyen Âge », in *L'imaginaire médiéval*, Paris, Gallimard, 1985 [1983], p. 7-13.

LEPSIUS Susanne, « Juristische Theoriebildung und philosophische Kategorien: Bemerkungen zur Arbeitsweise des Bartolus von Sassoferrato » in Martin Kaufhold (éd.), *Politische Reflexion in der Welt des späten Mittelalters: Political Thought in the Age of Scholasticism: Essays in Honour of Jürgen Miethke*, Leiden, Brill, 2004, p. 287-304.

LUHMANN Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1993.

— « Legal Argumentation : An Analysis of Its Form », *The Modern Law Review*, 58 (3), Mai 1995, p. 285-298.

MABILLE Bernard, *Hegel. L'Épreuve de la contingence*, Paris, Aubier, 1999.

MACCARONE Michele, *Vicarius Christi. Storia del titolo papale*, Rome, 1952.

MAGDELAIN André, *La Loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, Les Belles Lettres, 1978.

MAITLAND Frederic W., *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1919.

MALINOWSKI Bronislaw, *Crime and Custom in Savage Society*, Totowa (New Jersey), Rowman and Littlefield, 1985 (1926), p. 2-3

MANTOVANI Giovanni Paolo, « Le orazioni accademiche per il dottorato : una fonte per la biografia dei studenti ? Spunti sul caso padovano », in Raffaella Piovan et Luciana Sitran Rea, *Studenti, università, città nella storia padovana. Atti del Convegno, Padova 6-8 Febbraio 1998*, Trieste, Lint, 2001, p. 73-115.

MARX Karl, « Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule », in Karl Marx et Friedrich Engels, *Gesammte Ausgabe*, 1<sup>ère</sup> série, t. 1.1, Verlag Detlev Auvermann, Glashütten im Taunus, 1970, p. 251-259.

MASMÉJAN Lucien, *La Protection possessoire en droit romano-canonique médiéval*, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1990.

MAZZACANE Aldo, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori editore, 1976.

MEINECKE Friedrich, *Die Entstehung des Historismus. Werke in Drei Bände*, vol. 1, München, Oldenbourg, 1965.

MILLER William Ian, *Bloodtaking and Peacemaking. Feud, Law, and Society in Saga Iceland*, University of Chicago Press, 2009.

MILSOM Stroud F.C., « Law and Fact in Legal Development », *University of Toronto Law Review*, 17, 1967, p. 1-19.

MOMMSEN Theodor, *Le Droit pénal romain*, tr. fr. J. Duquesne, 3 t., Paris, Albert Fontemoing, 1907.

MONNIER Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2 t., Scientia Verlag, Aalen, 1977 [1947-1954].

MONTAZEL Laurence, *Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle*, Francfort, Klostermann, 1998.

MONTUSCHI Eleonora, « The « Inquisition » of Nature : Francis Bacon's View of Scientific Enquiry », LSE, *Center for Philosophy of Natural and Social Science, Discussion Paper Series*, DP 48/00, 2000.

MORIYA Kenichi, *Savignys Gedanke im Recht des Besitzes*, Francfort sur le Main, Klostermann, 2003.

MOUNIER Jean-Pierre, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 20-30.

NANCY Jean-Luc, « Lapsus iudicii », in *Communications*, 26, 1977, p. 82-97.

NAPOLI Paolo, « La pensée de "l'entre" », *Agenda de la pensée contemporaine*, 14, 2009, p. 157-164.

NEUSTADT Mark, *The Making of the Instauration: Science, Politics and Law in the Career of Francis Bacon*, Ph.D. diss., Johns Hopkins University, 1987.

NICOLET Claude, *Les Gracques ou Crise agraire et révolution à Rome*, Paris, Julliard, 1967.

NIEBUHR Barthold Georg, *Römische Geschichte*, Berlin, 1853, t. 2. ; tr. fr. *Histoire romaine*, t. 3, Paris, 1830.

NIETZSCHE Friedrich, *Jenseits von Gut und Böse*, § 5, in *Sämtliche Werke. Kritische Studien Ausgabe*, 15 t., t. 5, München, Detuscher Tachenbuch Verlag, 1999

NICOD Jean, *Le Problème logique de l'induction*, Paris, Alcan, 1924.

NÖRR Dietrich, « Savignysanschauung und Kants Urteils kraft », in Nicolas Horn (dir.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, t. 1, München, Beck, 1982, p. 615-636.

— *Savignys philosophische Lehrjache. Ein Versuch*, Francfort sur le Main, Klostermann, 1994.

NYS Ernest, *Le Droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruxelles, C. Muquardt, 1882

OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, Londres, Stevens, 1971.

ORTIGUES Edmond, « Philosophie du droit et philosophie du langage », in *Religion du Livre. Religion de la coutume*, Paris, Le Sycomore, 1981, p. 158-186.

OTTE Gerhard, « Die Aristoteleszitate in der Glosse — Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren », in *SZRom* 85, 1968, p ; 368-393

— *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1971.

OURLIAC Paul, « Troubadours et juristes », *Cahiers de civilisation médiévale*, n°30, Avril-juin 1965, p. 159-177.

PADOA SCHIOPPA Antonio (dir.), *Storia del diritto in Europa del medioevo all'età contemporanea*, Bologne, Il Mulino, 2007.

PASSERIN D'ENTRÈVES Alessandro, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milan, Giuffrè, 1973.

PENNINGTON Kenneth, « Learned law, droit savant, gelehrtes Recht, the tyranny of a concept », *Rivista internazionale di diritto commune*, n° 5, 1994, p. 197-209..

- PERELMAN Chaïm, *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984.
- PESSIC Peter, « Wrestling with Proteus : Francis Bacon and the Torture of Nature », *Isis*, 90, 1, 1999, p. 81-94.
- PIERI Bernardo et ROTOLO Antonino (éd.), *La Filosofia del diritto dei giuristi*, Bologne, Gedit, 2004.
- PININSKI Leo Grafen, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Eine zivilistische Untersuchung*, 2 t., Leipzig, Dunker und Humblot, 1885-1888.
- PIRON Sylvain, « Congé à Villey », *L'Atelier du Centre de recherches historiques*, Janvier 2008, URL : <http://acrh.revues.org/index314.html>, consulté le 24/03/2013.
- PLANCK Max, *Where is Science going ?* New York, Norton & Co., 1932.
- POPPER Karl, « On the Sources of Knowledge and Ignorance », in *Conjectures and Refutations*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969 [1963], p. 3-32.
- POSNER Richard A., « Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession », *Virginia Law Review*, 86 (3), Avril 2000, p. 535-567.
- POTTAGE Alain Pottage et MUNDY Martha (éds.), *Law, Anthropology and the Constitution of the Social. Making Persons and Things*, Cambridge University Press, 2004.
- PUCHTA Georg, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 t., Erlangen, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 1828.
- *Cursus der Institutionen*, 3 t., 10<sup>e</sup> édition, Leipzig, von Breitkopf und Härtel, 1893 [1841-47].
- QUAGLIONI Diego, *La Giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologne, Il Mulino, 2004.
- RABINOW Paul, *Anthropos Today: Reflections on Modern Equipment*, Princeton University Press, 2003.
- RADBRUCH Gustav, « Die Natur der Sache als juristische Denkform », in *Festschrift für Rudolf Laun*, Hambourg, 1948, p. 155-176.
- *Einführung in die Rechtswissenschaft*, neuvième édition augmentée, Stuttgart, K.-F. Koehler Verlag, 1958 ; traduction italienne de Dino Pasini et Carlo A. Agnesotti, Turin, G. Giappichelli, 1958.
- REID Jeffrey, *L'anti-romantique : Hegel contre le romantisme ironique*, Presses de l'Université de Laval, 2007.
- REINACH Adolf, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Saarbrück, Verlag VDM Müller, 2007 [1953].
- REIS Thiago, *Savignys Theorie der juristischen Tatsache*, Francfort sur le Main, Klostermann, 2013.
- RENAUD Alain et TROPER Michel, « Droit des juristes ou droit des philosophes. Malentendus franco-allemands », in Pierre Bouretz, (dir.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 229-245.
- RICCOBONO Salvatore, *Traditio ficta*, Weimar, H. Böhlau, 1912.
- RODOTÀ Stefano, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- RUSKIN William, « On the Nature of Gothic », in *The Stones of Venice*, 3 t., New York, Merrill and Baker, 1851, t. 2, ch. 6.

RUSSELL Bertrand, « The Monistic Theory of Truth », in *Philosophical Essays*, Londres, Longmans, 1910, p. 131-146.

SAINT-HILAIRE Maxime, « Autour d'un paradigme juridique de la reconnaissance. Présentation du dossier Axel Honneth et le droit », *Droit et société*, 2011, 2, 78, p. 260-291.

SARGENT Rosemary, « Scientific Experiment and Legal Expertise: The Way of Experience in Seventeenth-Century England », *Studies in the History and Philosophy of Science*, 20, 1989, p. 19-45.

SAVIGNY Friedrich Carl von, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, éd. A. Mazzacane, Francfort sur le Main, Klostermann, 1993.

— *Das Recht des Besitzes*, Giessen, Heyer, 1803 ; id. réédition de la 7<sup>e</sup> édition revue et augmentée par Adolf R. Rudorff, Vienne, Scientia Verlag, Aalen, 1990 ; tr. fr. Jules Beving d'après la 6<sup>e</sup> édition de 1837, *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1840 ; tr. fr. Charles Faivre d'Audelage, d'après la 6<sup>e</sup> édition de 1837, Paris, Joubert, 1845.

— « Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », in Jacques Stern, *Thibaut und Savigny. Ein Programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin, Vahlen, 1914, p. 72-86.

— « Über den Zweck dieser Zeitschrift », in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, p. 1-17, repris in *Vermischte Schriften*, Berlin, Veit und Comp., 1850, 5 vol., tome 1, p. 105-126 ; tr. fr. O. Jouanjan, « Sur le but de la présente revue », in *L'Esprit de l'école historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 7, 2004, p. 25-33).

— Recension de Nicolaus Thaddäus Gönner, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit* (in *Vermischte Schriften, op. cit.*, t. 5, p. 115-172).

— *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohl und Zimmer, 8 t., 1815-1831 ; *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, tr. fr. Charles Guenoux, 4 t. Paris, Charles Hingray, 1839.

— *System des heutigen römischen Rechts*, 8 t., Berlin, Veit und Comp., 1840-1849 ; tr. fr. Charles Guenoux, *Traité de droit romain*, 8 t., Paris, Firmin Didot Frères, 1840-1851.

SATTA Salvatore, *Il Mistero del processo*, Milan, Adelphi, 1994.

SCIOLI Federico, *Il Possesso*, Turin, Grapiccheli, 2002.

SCHAEFFER Pierre, *À la recherche d'une musique concrète*, Paris, Seuil, 1952.

SCHELLING Friedrich Wilhelm Joseph, *Discours sur la méthode de l'étude académique, (Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums)*, Université d'Iéna, 1802).

SCHIAVONE Aldo, *Alle Origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Rome, Laterza, 1984.

SCHILLER Friedrich, « Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte ? » [Conférence inaugurale à l'Université d'Iéna, prononcée le 26 mai 1789], in *Sämtliche Werke*, éd. par G. Fricke et H.G. Göpfert, 4 vol., Munich, 1980, vol. IV.

SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, tr. fr. Lilyane Deroche, Paris, P.U.F., 1993.

— *Théologie politique*, tr. fr. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988 [1922].

SCHRÖDER Jürgen, « Savigny », in Jürgen Schröder et Gerd Kleinheyer (éds), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989.

SCHULZ Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts : Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, München, Duncker et Humblot, 1934.

SCHÜRMAN Reiner, *Le Principe d'anarchie. Heidegger et la question de l'agir*, Bienne-Paris, éd. Biaphanes, 2013 [1982].

SEGRESTIN Blanche, « Quel droit pour l'entreprise ? », *Entreprise et histoire*, 2009, 57, p. 8-13.

SHAPIN Steven, « Epistemological decorum : the practical management of factual testimony », in *A Social History of Truth, Civility and Science in seventeenth century England*, University of Chicago Press, 1994, p. 193-242.

SHAPIRO Barbara, *Probability and Certainty in Seventeenth-Century England. A Study of the Relationships Between Science, Religion, History, Law and Literature*, Princeton University Press, 1983.

— « The Concept 'Fact.' Legal Origins and Cultural Diffusion », *Albion*, 26, 1994, p. 227-252.

SIEP Ludwig, « Vernunftrecht und Rechtsgeschichte. Kontext und Konzept der *Grundlinien* im Blick auf die Vorrede », in id. (éd.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Akademie Verlag, (Klassiker Auslegen), 2005, p. 5-29.

SOHM Rudolf, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, Leipzig, 1918.

SOLAZZI Sirio, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Naples, Jovene, 1947.

STOLLEIS Michael, *Histoire du droit public en Allemagne*, tr. Michel Sennelart, Paris, Puf, 1998.

STRATHERN Marylin, « Discovering 'Social Control' », *Journal of Law and Society*, Vol. 12, N° 2, 1985, p. 111-134

TARDIF Adolphe, *La Procédure civile et criminelle aux XIII<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, A. Picard, 1885.

TARELLO Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, t. 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1976.

TEUBNER Günther, *Global Law without a State*, Brookfield (USA), Durmouth, 1997.

THÉRY Julien, « Atrocitas/enormitas. Pour une histoire de la catégorie d'*énormité* ou *crime énorme* du Moyen Âge à l'époque moderne », dans *Clio/Thémis*, n°4, 2011, p. 1-45.

THÉVENIN Pierre, « Michel Foucault et l'histoire. Stratégies philosophiques et utilisation des données historiques », Mémoire de D.E.A. de l'EHESS, sous la direction de Heinz Wismann, septembre 2004.

— « Le droit hors de compte. L'aiguillage managerial de la discrétion policière », à paraître.

THOMAS Yan, « Parricidium I. Le père, la famille et la cité (la lex Pompeia et le système des poursuites publiques) », in *Mélanges de l'école française de Rome. Antiquité*, 93-2, 1981, p. 643-715.

— « Mommsen et l'Isolierung du droit. Rome, l'Allemagne et l'Etat », préface à Th. Mommsen, *Droit public romain*, tr. fr. P. F. Girard, 7 vol., Paris, De Boccard, 1984, vol. 1, p. 3-48.

— « Michel Villey, la romanistique et le droit romain », in *Droit, nature, histoire*, Aix-Marseille, 1985, p. 31-41.

— « *Confessus pro iudicato*. L'aveu civil et l'aveu pénal à Rome », in *L'aveu. Antiquité et Moyen-Age*, Rome, Publications de l'EFR, 1986, p. 89-117.

— « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits. Revue de théorie juridique*, 1987, p. 149-160.

- « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, 74, mars-avril 1993, p. 23-44.
- « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » in *Droits, revue française de théorie juridique*, 21, 1995, p. 17-63, p. 21.
- « Réparer le temps en droit », in P. Loraux (éd.), *La Méthode de l'expédient*, Paris, Kimé, 2006, p. 95-116.
- *Les Opérations du droit*, Paris, Seuil-Gallimard, 2011.
- TODESCAN Francesco, *Le Radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, Milan, Giuffrè, 2001.
- TOURTOULON Pierre de, *Placentin. La vie, les œuvres*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1896.
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1995.
- TROPLONG Raymond-Théodore, *De la prescription. Commentaire au titre XX du livre III du Code civil*, Bruxelles, Méline Cans et Cie, 1843 [1835].
- *Le Droit civil expliqué selon l'ordre des articles du code. De l'échange et du louage*, Bruxelles, Méline, Cans et Cie, 1851.
- ULLMANN Walter, *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, Londres, 1970.
- VASSALLI Filippo, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovverosia La dogmatica ludicra*, Rome, G. Bardi, 1944
- VERBRUGGHE Gerald P., « Narrative Pattern in Posidonius' "History" », in *Historia. Zeitschrift für Alte Geschichte*, 24, 2, 1975, p. 189-204.
- VESPERINI Pierre, *La Philosophia et ses pratiques d'Ennius à Cicéron*, Rome, Publications de l'Ecole Française de Rome, 2012.
- VESTING Thomas, *Rechtstheorie. Juristische Kurz-Lehrbücher*, München, Ulrich Beck, 2007.
- VEYNE Paul, « Les droits de la conscience publique sur la conduite individuelle : un constat ethnologique », in *La Société romaine*, Paris, Seuil, 1991, p. 57-88.
- VIOLLET LE DUC Eugène, article « Architecture », in *Dictionnaire raisonné de l'architecture française du XI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, t. 1, Paris, 1854.
- VILLEY Michel, « Retour à la philosophie du droit », *Études philosophiques*, t. II, 1955, p. 260-270.
- « Kant dans l'histoire du droit », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 251-269.
- *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrétien, 1975.
- *Philosophie du droit*, t. II, Paris, Dalloz, 1984.
- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957.
- VOLTERRA Eduardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Rome, Edizione Ricerche, 1961.
- WAELEKENS Laurent, Recension de Hans Erich Troje, *Crisis digestorum*, Klostermann, Francfort sur le Main, 2011, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, p. 321
- WAGNER Anne et BROEKMAN Jan M., *Prospects of Legal Semiotics*, Springer, 2010.

WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1980 [1922].

WELCH Charles, WOLFE-BARRY Sir John, BENHAM William, *History of the Tower bridge and of other bridges over the Thames built by the Corporation of London: Including an account of the Bridge House trust from the twelfth century, based on the records of the Bridge House estates committee*, Londres, Smith, Elder & co., 1894.

WELLMER Albert, « Die Bedeutung der Frankfurter Schule Heute », in *Endspiele : Die unversöhnte Moderne*, Suhrkamp, 1993, p. 224-239.

WEIMAR Peter, « Argumenta brocardica », *Studia Gratiana*, XIV, 1967, p. 89-124.

WERNER Michael et L'ESPAGNE Michel, *Philologiques III. Qu'est-ce qu'une littérature nationale ? Approches pour une théorie interculturelle du champ littéraire*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1994.

WESENER Gunter, « Ius possessionis », in Dieter Medicus et Hans Hermann Seiler (dir.), *Festschrift für Max Kaser*, München, Bech, 1976, p. 159-178.

WHITMAN James, « Bring back the Glory ! », *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, 4, 2004, p. 74-81.

WIEACKER Franz, « Friedrich Carl von Savigny », in *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, 1959, p. 107-143.

— *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ; tr. it. Umberto Santarelli et Sandro-A. Fusco, Milan, Giuffrè, 1980, 2 t.

WIFFJELS Alain, « La procédure romano-canonique : un algorithme médiéval ? », in "In principio erat verbum". Mélanges offerts en hommage à Paul Tombeur par des anciens étudiants à l'occasion de son éméritat (2005), p. 431-465.

WITTGENSTEIN Ludwig, *Logisch-philosophische Abhandlung, Tractatus logico-philosophicus*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1989.

XIFARAS Mikhaïl, *La Propriété. Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

# TABLE DES MATIÈRES

## INTRODUCTION

Habillage, p. 5  
Archéologie philosophique, p. 8  
Factum, 11  
Procédure p. 13  
Déliaison, p. 18  
D'un droit l'autre, p. 22  
Terminus Technicus, p. 27  
Extraversion, p. 37

## PREMIÈRE PARTIE ACCOSTER LA JURISPRUDENCE

### 1. PENSER PAR LOTS

*Les traits du savoir* p. 42  
Bologne et Paris p. 43  
Politique et philosophie juridiques p. 47  
La culture engloutie p. 51  
Philosophes à contretemps p. 54  
Le droit hors de compte p. 60  
*Trois obstacles* p. 65

### 2. LA RÈGLE ET L'IDÉE

Duplicata p. 67  
Mouvoir les lois ou les connaître p. 74  
Gelehrte et Literaten p. 80  
*Larvatus prodere* p. 86  
Deux types de sources p. 93

### 3. TOUCHER L'HISTOIRE

Deux clés de répartition p. 100  
Les curseurs de l'esprit p. 104  
Logique et devenir p. 109  
Le malheur et l'exemple p. 113  
Le grand malentendu p. 122

#### 4. DEUX ROYAUMES

- La positivité selon le contenu p. 128
- Fractions de raison p. 132
- La forme silencieuse p. 137
- Le soi rigide p. 142
- Le miroir du droit p. 148

### DEUXIÈME PARTIE **HABILLER LES FAITS**

#### 1. VIE D'UNE FORME

- Seamy corner* p. 160
- Affection réciproque p. 167
- Archéologie juridique p. 169
- Fléchages p. 174

#### 2. L'ENCERCLEMENT IDÉAL

- Un problème juridique p. 179
- Le cercle et l'impossible p. 184
- Le droit sans tête p. 187
- Prolonger le sujet p. 197

#### 3. LA BAIGNADE AU MÊME FLEUVE

- Révolution des successions p. 209
- L'humeur scientifique p. 213
- La foule des détails p. 221
- Le corps littéraire p. 225

#### 4. EMPRISES

- Manutention des *leges* p. 230
- Traditio ficta* p. 233
- Peser sur les choses p. 236
- Les clés du corps p. 245

#### 5. *FICTUM FACTUM*

- Intervenir dans le réel p. 250
- Plurimum iuris* p. 256
- Les faits élégants p. 262

## 6. ATTESTER LA PUISSANCE

Babil p.	270
Couleur des faits p.	273
Violence et violation p.	279
À l'abris de la personnalité p.	287
Arcs p.	293
Parti-pris des choses p.	300
Philosophie p.	309

## **CONCLUSION.....p. 317**

Chronologie des principaux juristes médiévaux cités.....p.	324
Liste des abréviations.....p.	325
Bibliographie.....p.	326
Table des matières.....p.	346